

UNIVERSITE D'ALGER
FACULTE DE DROIT

Handwritten signature and date: *Me. Chraïg*
2008

R E V U E ALGERIENNE

DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES
ET POLITIQUES

Dans ce numéro :

- Les aspects juridiques de la privatisation des entreprises publiques économiques.
- De quelques aspects juridiques saillants de la réforme des télécommunications.
- La conditionnalité politique dans le cadre de la coopération euro-méditerranéenne
- Les droits à construire.

La Revue Algérienne

est publiée trimestriellement

par la faculté de Droit de Ben-Aknoun – Université d'Alger

sous le Haut Patronage de la Présidence de la République Algérienne Démocratique
et Populaire et du Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche
Scientifique

- **Président d'honneur** : Tahar Hadjar
- **Président de la revue** : Tounsi Benameur
- **Direction de la rédaction** : Dr. Ammar Belhimer
- **Rédacteur en chef** : Rabah Ait Saïd

- **Comité de la rédaction** : MM. : Mohand Issad, Abdelhamid Berchiche, Med Lamine Boussoumah, Med Chérif Salah bey, Med lassakeur, Ghaouti Benmelha, Omar Saadallah, Amor Zahi, Ali menaa, Abdelkader Fekhar, Abderrahmane Melzi.

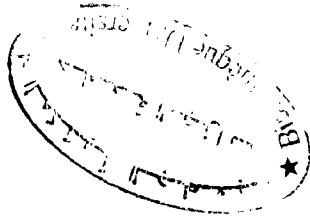
- **Les anciens responsables de la Revue Algérienne** : M. Keddari, A. Mahiou, M. Bencheikh, H. Berchiche, N. Terki, A. Aouabdj, T. Boussahia, A. Fekhar, A. Zouina, M. Brahimi, T. Benameur, H. Benchniti, M. N. Boughezala, Meziane Ghezali, Ahmed Kheroua, Walid Laggoune, Abdelmadjid Zaalani.

- **Adresse** : Faculté de Droit de Ben Aknoun, Alger.
Tél. : 021 93 76 89.
Email : revalgscj@yahoo.fr

- **Impression, distribution, abonnements** : Entreprise Nationale des Arts Graphiques, Librairie Média-book, 26-27 rue Ahmed Zabana (ex-Hoche), Alger. Tél. : 021 74 33 13.

Les collaborateurs de la Revue Algérienne prennent l'entière responsabilité de leurs notes et articles. La reproduction de tout article est interdite sauf autorisation de la rédaction.

UNIVERSITE D'ALGER
FACULTE DE DROIT



R E V U E
ALGERIENNE

**DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES
ET POLITIQUES**

Sommaire

NOUR – EDDINE TERKI

Les aspects juridiques de la privatisation des entreprises publiques économiques
.....05-34

M'HAMED TOUFIK BESSAÏ

De quelques aspects juridiques saillants de la réforme des télécommunications
.....35-54

FOUAD HETTAB

La conditionnalité politique dans le cadre de la coopération euro-méditerranéenne 55-71

AHMED REDDAF

Les droits à construire.73-79

Les aspects juridiques de la privatisation des entreprises publiques économiques

Nour – Eddine TERKI

Professeur à la Faculté de droit d'Alger

1 La notion de privatisation peut être définie, d'une manière générale, comme un passage d'une économie planifiée vers une économie de marché. La privatisation des entreprises publiques a, quant à elle, un double sens. Si on l'envisage dans son acception purement formelle, cette opération a consisté à transformer les entreprises publiques économiques en sociétés commerciales, et plus précisément en sociétés par actions, dans le but de leur conférer davantage d'autonomie en les plaçant sous l'empire du droit privé.

La privatisation quant au fond - qui retiendra notre attention dans le cadre de cette étude - peut être définie comme un transfert total ou partiel du patrimoine des entreprises publiques économiques au profit d'investisseurs privés locaux ou étrangers. C'est dire qu'elle se traduit par un véritable bouleversement de la nature du droit de propriété puisqu'elle permet un flux de la propriété publique vers une propriété privée.

Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance n° 01- 04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques¹, approuvée par la loi n° 01-17 du 21 octobre 2001², «la privatisation désigne toute transaction se traduisant par un transfert à des personnes physiques ou morales de droit privé, autres que des entreprises publiques, de la propriété :

- de tout ou partie du capital social des entreprises détenu directement ou indirectement par l'Etat et/ou les personnes morales de droit public, par cession d'actions, de parts sociales ou souscription à une augmentation de capital ;
- des actifs constituant une unité d'exploitation autonome des entreprises appartenant à l'Etat».

1. Jora du 22 août 2001, p. 7 et s.

2. Jora du 24 octobre 2001, p. 4.

- 2 Il convient de rappeler que c'était l'ordonnance n°95-22 du 26 août 1995³, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 97-12 du 19 mars 1997, qui avait organisé, pour la première fois en Algérie, cette privatisation des entreprises publiques. Mais pour des raisons qui restent obscures, cette ordonnance et ses textes d'application⁴ n'ont pas, à notre connaissance, été mis en œuvre. C'est l'ordonnance n°01-04 précitée qui l'a abrogée et qui régit à présent cette matière.
- 3 Quand on s'interroge sur la justification de la privatisation des entreprises publiques, on prend vite conscience que ce sujet est par excellence polémique.

Les détracteurs de ce processus estiment qu'il va à l'encontre de l'intérêt général essentiellement parce qu'il se traduira inéluctablement par une perte de l'emploi, alors que le pays connaît déjà un taux de chômage élevé, mais également par une détérioration de la qualité des services offerts aux citoyens et par une augmentation de leurs tarifs⁵.

Les adeptes de cette privatisation ont, bien sûr, un avis différent. Ils estiment, tout d'abord, que cette opération est une conséquence normale du passage progressif d'une économie socialiste, dans laquelle l'entreprise publique fait davantage de social que d'économique, vers une économie de marché. Ils ajoutent, d'autre part, qu'avec la mondialisation, le phénomène de la privatisation des entreprises publiques a un caractère quasi universel, sauf dans les derniers pays communistes que sont la Chine, Cuba et la Corée du Nord. Ceci est d'autant plus vrai que l'Algérie – qui n'a d'ailleurs pas le choix – aspire à devenir un acteur actif de ce bouleversement de l'économie internationale. C'est pourquoi elle a conclu un traité de libre échange avec l'Union Européenne et qu'elle est actuellement en train de négocier son adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce. Ils mettent en avant, par ailleurs, le fait que la disparition des postes de travail n'a pas attendu la privatisation pour avoir lieu : «... pas moins de 160 entreprises publiques économiques ont déclaré faillite durant les six dernières années avec une perte de 300.000 emplois»⁶.

Le ministre chargé de ce dossier conforte ce dernier point de vue en expliquant que la privatisation a en réalité pour objet de sauver le secteur industriel très

3. Jora du 3 septembre 1995, p. 3. Pour le texte modificatif, V. JORA n° 15, p. 5.

4. V. décret exécutif du 11 mars 1996 portant désignation de l'institution chargée de la privatisation (jora du 20 mars, p.13), décret du 10 septembre 1997 fixant les conditions d'octroi d'avantages spécifiques... (jora du 10 septembre, p. 7), décret exécutif du 7 juin 1998 fixant la liste du premier lot d'entreprises publiques à privatiser (jora du 10 juin, p. 6)...

5. la privatisation des chemins de fer au Royaume-Uni qui est souvent avancée comme exemple.

6. Maghreb, 2 mars 2008, p. 3

diversifié caractérisé néanmoins par une productivité extrêmement faible concernant à la fois la qualité et le coût des produits. Il conclut son intervention en soulignant que notre pays «a besoin de capitaux, de technique et de management»⁷.

4 - Pour entrer davantage dans le vif du sujet, il convient à présent d'essayer de délimiter le champ d'application de cette privatisation des entreprises publiques. A cet égard, l'ordonnance 01-04 du 20 août 2001, qui est mal rédigée et pas du tout structurée, a d'abord posé un principe qu'elle a ensuite atténué.

Le principe général est posé par son article 15 en ces termes : «Sont éligibles à la privatisation les entreprises publiques économiques relevant de l'ensemble des secteurs d'activité économiques». A la lumière de cette disposition, ce sont, a priori, toutes les sociétés dont le capital est détenu par l'Etat qui sont susceptibles de faire l'objet d'un transfert, total ou partiel, au profit d'un ou de plusieurs investisseurs privés. Et il importe de noter que même les entreprises publiques économiques qui assurent une mission de service public n'échappent pas à l'empire de cette privatisation. En ce qui les concerne, le seul engagement que prend la puissance publique consiste à garantir la continuité de ce service public (art.16, ord.01-04)⁸. C'est en tout cas sur cette base légale qu'environ 150 entreprises publiques, sur un total avoisinant les 1200, ont été privatisées⁹.

Mais le législateur a tempéré ce principe – d'une manière maladroitement¹⁰ en disposant : «Nonobstant les dispositions de la présente ordonnance, les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du Gouvernement, sont régies par leurs statuts organiques en vigueur ou par un statut spécial fixé par voie réglementaire» (Art.16). Que faut-il entendre par activité revêtant «un caractère stratégique» ? En l'absence d'une définition légale, il est difficile de répondre à cette question, tout comme il était impossible de donner un contenu précis à la notion de «secteurs vitaux» que le code des investissements de 1966 avait utilisé¹¹. La seule indication qui nous est fournie par le ministre en charge

7. H. Temmar, *Energie et Mines*, avril 2006, p. 40

8. Sous l'empire de l'ancienne loi précitée du 26 août 1995, le législateur ne s'était pas contenté d'énoncer un principe général ; par le décret exécutif du 7 juin 1998(op. cit.), il avait fixé la liste du premier lot des entreprises publiques à privatiser.

9. Karim Djoudi, le ministre des finances, a annoncé à l'AFP, le 17 février 2008, que la privatisation du Crédit Populaire d'Algérie, qui avait été suspendue en novembre en raison de la crise des «subprime» aux Etats-Unis, pourrait être relancée à partir de la fin du premier trimestre.

10. -Au lieu d'énoncer le principe et de l'atténuer ensuite, le législateur a fait l'inverse. Il a commencé par l'atténuer dans l'article 6 avant de le consacrer dans l'article 15. Ce qui constitue une parfaite illustration de la mauvaise rédaction de l'ordonnance n°01-04.

11. V. N. TERKI, *Les codes des investissements au Maghreb*, C.M.E.R.A., Tunis, 1979, p. 45

de la privatisation est la suivante : sur 1270 entreprises publiques économiques, 1060 sont à privatiser¹². C'est dire, en d'autres termes, que 210 entreprises publiques devraient être exclues du champ d'application de la privatisation. En réalité, il est plus que probable que ce sera seulement à la fin du processus de la privatisation que nous aurons une idée plus précise de ce que le Gouvernement déterminera comme des secteurs stratégiques. En attendant ce moment, il convient de nous contenter de proposer une approche générale consistant à exclure de la privatisation toutes les entreprises publiques dont l'activité est intimement liée à l'exercice de la souveraineté nationale. C'est en particulier le cas de la Sonatrach et de toutes sociétés qui agissent dans l'intérêt de la défense nationale.

5 – Les institutions chargées de la mise en œuvre de la privatisation, dont le rôle consiste à suivre, à promouvoir et à contrôler cette opération, sont en principe au nombre de cinq : le Ministère de l'industrie et de la promotion des Investissements, le Conseil des Participations d'Etat, le Comité d'Audit¹³ des entreprises publiques, le Comité de Suivi des Opérations de Privatisation et la Commission de Contrôle des Opérations de Privatisation.

Mais dans le cadre limité de cette étude, notre attention ne sera rapidement retenue que par le Conseil des Participations d'Etat (C.P.E.) qui, en dehors du ministère, joue un rôle fondamental. C'est l'article 8 de l'ordonnance du 20 août 2001 qui l'a institué et placé sous l'autorité du Chef du Gouvernement.

Aux termes de l'article 2 du décret exécutif du 10 septembre 2001¹⁴, le Conseil des participations est composé de la plupart des ministres concernés, directement ou indirectement, par le processus de privatisation.

Placé sous la présidence du Chef du Gouvernement, il se réunit au moins une fois par trimestre. Mais il peut être convoqué à tout moment soit par son président, soit à la demande de l'un de ses membres. Et son secrétariat est assuré par le ministre chargé des participations (Art. 10).

Ses attributions sont importantes. En vertu des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n°01-04, ce Conseil est chargé :

- «de fixer la stratégie globale en matière de participation de l'Etat et de privatisation ;
- de définir et de mettre en œuvre les politiques et programmes concernant les participations de l'Etat ;

12. H. TEMMAR, *Energie et Mines*, avril 2006, p. 40

13. Ce Comité d'Audit n'est pas prévu par l'ordonnance n° 01-04. Il a été institué par la résolution du Conseil des Participations d'Etat n° 01-2003 du 28 juin 2003.

14. J.O.R.A. du 12 septembre 2001, p. 5

- de définir et d'approuver les politiques et programmes de privatisation des entreprises publiques économiques ;
- d'examiner et d'approuver les dossiers de privatisation».

Et cette approbation s'effectue par le biais de résolutions que nous aurons l'occasion de retrouver tout au long de cette étude.

6 La privatisation des entreprises publiques telle qu'elle est organisée par l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001, est gouvernée par un principe fondamental consistant à sortir de l'étatisme pour tenter de mettre en place une économie moderne et compétitive. C'est pourquoi l'accent est notamment mis sur les qualités que doit présenter le futur acquéreur. C'est à dire sa compétence technique, sa notoriété et sa solvabilité. Ce sont ces préalables qui constitue un gage du respect de l'obligation qui lui faite de pérenniser l'entreprise, de son engagement à maintenir l'emploi et, éventuellement, de le développer.

La mise en place d'une économie de marché ne doit pas pour autant signifier le désengagement total de l'Etat. C'est cette volonté politique qui justifie l'exclusion du domaine de la privatisation des entreprises publiques économiques exerçant une activité stratégique.

7 Pour analyser à présent l'ordonnance n° 01 – 04 du 20 août 2001, il importe d'étudier tout d'abord le cadre légal de la privatisation qu'elle met en place. Il faudra envisager ensuite, dans deuxième étape, la mise en œuvre contractuelle de cette privatisation.

Première partie – Le cadre légal de la privatisation

8 – L'étude de ce cadre légal nous oblige à aborder successivement le contenu du processus de privatisation et la détermination des éventuels bénéficiaires de cette opération.

Section 1- Le contenu du processus de privatisation

9 - La privatisation des entreprises publiques économiques nécessite un travail de préparation qui est effectué soit par une Société de Gestion des Participations (S.G.P.)¹⁵ en vue de la privatisation de l'une ou plusieurs de ses filiales, soit par une entreprise publique non affiliée telle que la SNVI, Air Algérie ou la SNTF. C'est pourquoi il convient de passer en revue les conditions préalables à la privatisation. Dans une seconde étape, il y aura lieu de se pencher sur les modalités et les formes de ce processus.

15. Ce sont ces Sociétés de Gestion des Participations qui se sont substituées aux anciens Holdings

Paragraphe 1 – Les conditions préalables à la privatisation

10 – C'est sur proposition du ministre de l'industrie et de la promotion des investissements que le C.P.E. adopte une résolution autorisant la privatisation d'une entreprise publique économique. A partir de ce moment, deux opérations importantes doivent être menées à bien par la S.G.P. concernée : il s'agit de l'évaluation du patrimoine de cette entreprise et de l'établissement d'un cahier des charges.

A- L'évaluation du patrimoine de l'entreprise publique à privatiser

11 – C'est l'article 18 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août qui pose le principe de cette évaluation en ces termes : «Préalablement à toute opération de privatisation, les éléments d'actifs et titres à privatiser devront faire l'objet d'une évaluation par des experts, fondée sur les méthodes généralement admises en la matière».

La rédaction de cette disposition est contestable tout d'abord en ce qu'elle vise uniquement l'évaluation des éléments d'actifs. Or tout le monde sait que le patrimoine de l'entreprise publique, auquel le législateur aurait du normalement faire référence, comprend à la fois des éléments d'actifs et des éléments représentant son passif, autrement dit des créances et des dettes telles qu'elles apparaissent au bilan de la société.

Par ailleurs, l'évaluation des «éléments d'actifs» ne s'impose que lorsque la société à qui ils appartenaient a fait l'objet d'une dissolution en raison de sa mauvaise situation financière et que, pour augmenter les chances de la privatisation, il a été décidé de céder que ces éléments d'actifs.

Enfin, cette disposition est critiquable en ce que ses rédacteurs semblent ignorer que les titres d'une entreprise publique, c'est-à-dire des actions¹⁶, ne sont évaluées que par rapport au contenu du patrimoine de cette société. Plus celle-ci est prospère plus la valeur de ses actions augmentent et plus sa situation est déficitaire et plus la valeur de ses titres baisse. Même lorsqu'une société est cotée en bourse, la valeur boursière de ses actions est dans une grande mesure le reflet de son patrimoine. Et l'évaluation de ce patrimoine doit s'imposer aussi bien en cas de privatisation totale ou partielle du capital social d'une entreprise publique.

Cela étant dit, cette évaluation devrait en principe incomber au Comité d'Audit des Entreprises Publiques, qui a été institué par le Conseil des Participations d'Etat

16. Puis que la quasi-totalité des entreprises publiques économiques ont la forme de sociétés par actions

dans sa résolution n°01-2003 du 28 juin 2003¹⁷. Cet organisme s'est vu fixer pour mission d'auditer les entreprises publiques économiques en ce qui concerne :

- «l'état de leurs ratios de rentabilité (chiffres d'affaires, valeur ajoutée, stocks, frais de personnel), l'état de leur endettement, l'état de leur patrimoine et les perspectives de leurs plans d'action».

La résolution n°07-04 du 2 août 2004 a apporté des précisions supplémentaires en ce qui concerne les conditions et les modalités d'évaluation des entreprises et des actifs à céder. Tout en réaffirmant le principe d'une estimation préalable à la privatisation, elle prévoit l'actualisation éventuelle de cette évaluation si une assez longue période s'écoule entre cette évaluation et la négociation du contrat de cession. Cette résolution impose par ailleurs aux SGP et aux entreprises non affiliées de déposer sous scellé, auprès du Ministre chargé des privatisations, une version originale du rapport d'évaluation, lequel devra indiquer la valeur de l'entreprise ou de l'actif à céder selon la méthode de «l'actif net corrigé».

Mais comme l'évaluation du patrimoine d'une entreprise publique est une opération vraiment complexe qui nécessite l'intervention de spécialistes confirmés, le C.P.E. avait commencé par donner la possibilité à ce Comité d'Audit de faire appel à toute expertise. La résolution du 2 août 2004 a néanmoins préféré donner ce pouvoir de choisir des experts directement aux SGP et aux entreprises publiques non affiliées. C'est ce qui explique que se sont souvent des cabinets d'audit qui sont en fait chargés de cette évaluation. Et dans le cas de la privatisation partielle du Crédit Populaire d'Algérie, ce sont des banques étrangères de notoriété mondiale qui ont été chargées de cette mission.

Cette évaluation du patrimoine de l'entreprise publique doit bien sûr être effectuée sous le sceau de la confidentialité de manière à ce que les éventuels acquéreurs puissent à leur tour faire leur propre évaluation dans le cadre de ce que l'on appelle une «Due diligence», sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus loin. C'est à l'issue de cette opération que l'éventuel acheteur sera en mesure de faire, en toute indépendance, une proposition de prix.

B- L'établissement d'un cahier des charges

12- L'article 19 de l'ordonnance n°01-04 fait référence au cahier des charges sans le définir pour autant. D'une manière générale, il consiste en un document préparé unilatéralement par une SGP ou une entreprise publique non affiliée, avant le lancement de l'opération de privatisation. Il a pour but de donner le maximum d'informations sur cette dernière et d'organiser les conditions que les

17. Ces résolutions même à portée générale ne sont pas publiées.

éventuels soumissionnaires doivent respecter ainsi que la procédure qu'ils doivent suivre. La disposition précitée prévoit que ce cahier des charges fait partie intégrante du contrat de cession qui sera négocié ultérieurement avec le partenaire qui aura été choisi. La résolution n°01-47 du 1er février 2005 a fixé le contenu de cahier des charges. Après avoir exposé ses grandes lignes, il faudra nous intéresser à ce que le législateur appelle l'action spécifique.

1-Le contenu du cahier des charges

- 13 Après une présentation rapide de l'entreprise à privatiser, ce document doit indiquer s'il s'agit d'une cession totale ou partielle de son capital, tout comme il doit préciser les objectifs visés par cette opération, constitués essentiellement par une amélioration de la productivité et de la compétitivité grâce à un apport technologique et une maîtrise du management.
- 14 Les investisseurs, locaux ou étrangers, ne peuvent soumissionner que s'ils remplissent certaines conditions : bénéficier d'une expérience suffisante dans le métier, disposer d'une couverture financière suffisante et d'une exposition internationale, jouir de ses droits civiques et ne pas avoir fait l'objet d'une procédure de faillite.

Conformément aux prescriptions de la résolution précitée, le cahier des charges rappelle les trois obligations principales qui s'imposent aux éventuels acquéreurs. Il s'agit en l'occurrence de la pérennité de l'entreprise publique privatisée, du développement de l'investissement et de la préservation de l'emploi. C'est dire que l'investisseur s'engage de la sorte à inscrire son action dans la durée.

- 15 - En ce qui concerne la procédure, le soumissionnaire, après avoir retiré le cahier des charges, doit poser d'un délai précis pour déposer les documents constitutifs de son offre, c'est-à-dire d'une offre technique et d'une offre financière.

L'offre technique doit comprendre une lettre de soumission, une caution bancaire de soumission – destinée à empêcher le retrait de la candidature pendant un certain délai –, une description de l'entreprise soumissionnaire¹⁸, un business plan – c'est-à-dire en gros une étude de marché pour déterminer, à moyen terme, le chiffre d'affaires prévisionnel et le cash-flow –, un plan d'investissement et une présentation de la politique sociale envisagée.

L'offre financière, qui doit être établie selon un modèle en annexe du cahier des charges, détermine le prix proposé exprimé en dinars, en euros ou en dollars.

18. Cette description doit comprendre une structure de l'actionariat et son évolution, une copie des statuts, un extrait du registre du commerce ainsi que les bilans certifiés des trois dernières années.

16 - Pour terminer de résumer le contenu de ce cahier des charges, contentons nous de dire qu'il contient le maximum d'informations sur l'ouverture des offres – qui doit être faite en public par un comité d'évaluation à une date et une heure précise – sur l'examen préliminaire des offres et, enfin, sur la procédure d'évaluation des offres.

2-L'action spécifique

17 - Cette action spécifique a été introduite par l'article 19, alinéa 2 de l'ordonnance n°01-04 qui prévoit que «Les cahiers des charges peuvent, le cas échéant, prévoir la conservation à titre provisoire par le cédant d'une action spécifique». C'est le décret exécutif n°01-352 du 10 novembre 2001¹⁹ qui fixe les conditions et modalités d'exercice de cette action spécifique. Il l'a défini comme «une action du capital social de la société résultant de la privatisation d'une entreprise publique économique que l'Etat conserve provisoirement et par laquelle il se réserve le droit d'intervenir pour des raisons d'intérêt national» (Art.2).

18 - En ce qui concerne les conditions d'exercice de cette action spécifique, il faut noter qu'elles assez strictes. C'est après un rapport établi par le ministre chargé des participations, qu'elle peut être prévue au profit du cédant par une décision du Chef du Gouvernement, approuvée par le Conseil des Participations d'Etat.

Par ailleurs, cette action spécifique doit obligatoirement être insérée dans le cahier des charges de manière à ce que les investisseurs ne s'engagent qu'en connaissance de cause. Et elle doit également être prévue dans les statuts de la nouvelle entreprise résultant de la privatisation.

19 Même si cette action spécifique n'a aucune incidence financière, ses effets, surtout psychologiques, n'en restent pas moins importants. Elle donne le droit au cédant de nommer un ou deux représentants dans le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la nouvelle société, ainsi que dans ses assemblées générales. Mais cette participation s'effectue sans voix délibérative.

Elle donne en outre le pouvoir à son bénéficiaire de s'opposer à toute décision portant sur le changement de la nature de l'activité de l'entreprise, sur sa liquidation volontaire ou sur la réduction de ses effectifs.

Comme on le voit, cette action spécifique, qui est l'équivalent de ce que les anglo-saxons appellent la «Golden share», confère des pouvoirs exorbitants à son détenteur. C'est une sorte de Cheval de Troie qui lui permet de s'informer sur toute la marche de l'entreprise, alors que la confidentialité est de rigueur dans le monde des affaires, et de faire opposition à certaines décisions. Et une telle immixtion

19. JORA du 11 novembre 2001 p.13

risque de constituer un sérieux obstacle à la privatisation des entreprises publiques. C'est sans doute ce qui explique que cette action spécifique n'a jamais, à ma connaissance, été mise en œuvre. On peut même se demander si elle présente une quelconque utilité à partir du moment où, comme on l'a vu, le cahier des charges impose déjà la pérennité de l'entreprise et le maintien de l'emploi aux soumissionnaires²⁰. Ce qui signifie que l'acquéreur de l'entreprise publique est susceptible d'engager sa responsabilité civile en cas de violation de ces obligations.

Paragraphe 2 – Les modalités et les formes de la privatisation

A – Les modalités de la privatisation

20 – Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance 01-04 du 20 août 2001, la privatisation des entreprises publiques désigne toute transaction se traduisant par un transfert de leur propriété au profit d'une personne physique ou morale, locale ou étrangère, de droit privé. Cette privatisation totale s'opère par la cession de toutes les actions²¹ de l'entreprise, détenues directement ou indirectement par l'Etat. Par cette acquisition de tout le capital de la société privatisée, cet actionnaire²² devient ainsi le seul maître de cette personne morale dont le patrimoine comprend des dettes et des créances qui sont indissolublement liées. Et lorsque le passif de cette entreprise est disproportionné par rapport à son actif, la SGP l'apure au moins en partie pour ne pas décourager les investisseurs.

Dans certains cas, c'est une privatisation partielle de l'entreprise publique qui est choisie par l'Etat pour des raisons stratégiques ou tout simplement financières. C'est ainsi qu'il a décidé de privatiser le capital du Crédit Populaire d'Algérie qu'à hauteur de 51%. Dans ce cas de figure, le futur acquéreur pourra certes gérer librement cette entreprise puisqu'il dispose de la majorité au sein de l'assemblée ordinaire, mais il ne pourra pas, par contre, procéder à une modification des statuts sans la collaboration de son associé²³. Sans l'aval de ce dernier, il ne pourra pas, en d'autres termes, augmenter ou réduire le capital social, transformer la forme de la

20. Supra, n° 14

21. L'article 5 de l'ordonnance 01-04 du 20 août 2001 dispose que «La création, l'organisation et le fonctionnement des entreprises publiques économiques obéissent aux formes propres aux sociétés de capitaux prévues par le code de commerce».

22. Comme la société par actions ne peut pas comporter moins de sept actionnaires, l'acquéreur de l'entreprise privatisée devra donc trouver six autres associés plus ou moins fictifs.

23. Aux termes de l'article 674, al. 3 du code de commerce, l'assemblée générale extraordinaire, qui est seule habilitée à modifier les statuts, ne délibère valablement qu'à la majorité des 2/3.

société, modifier l'objet social ou encore décider une dissolution anticipée de la société pour cause de fusion... Pour diverses raisons, il peut arriver que le capital social de l'entreprise publique soit privatisé à 75 ou 80%. Dans cette hypothèse, le cessionnaire dispose alors de tous les pouvoirs non seulement au sein de l'assemblée générale ordinaire, mais également au sein de l'assemblée générale extraordinaire. Il convient enfin de noter que lors que l'entreprise publique économique est privatisée partiellement, le cédant et le cessionnaire concluent à la fois un contrat de cession et un pacte d'actionnaires pour organiser leurs relations au sein de la nouvelle société.

En principe, le législateur prévoit que la privatisation d'une entreprise publique peut également s'effectuer par une souscription à une augmentation de son capital. Mais ce procédé, qui a été utilisé au moins à deux reprises par les entreprises ERIAD-Sétif et AURASSI, a davantage pour finalité de financer le développement de l'entreprise à moindre coût²⁴ que de la privatiser réellement. Cette augmentation du capital a donc plus de chance d'intéresser des épargnants que des investisseurs. Ce que recherchent ces derniers c'est avant tout d'acheter suffisamment d'actions pour être en mesure d'exercer un contrôle sur la gestion de la société. Or il est peu probable qu'une simple augmentation du capital d'une entreprise publique leur permette d'accéder à son contrôle. Car il ne faut pas oublier que les gestionnaires qui lancent cette opération ne tiennent pas à ce que l'équilibre en place soit bouleversé. C'est pourquoi ils auront tendance à limiter l'importance de l'augmentation du capital pour éviter tout changement au niveau du jeu de la majorité.

La dernière modalité est constituée par la privatisation des actifs d'une entreprise publique. Comme nous l'avons déjà montré²⁵, c'est uniquement lorsque l'entreprise publique est lourdement endettée que la SGP n'a pas d'autre solution que d'isoler cet actif par rapport au passif et de proposer sa privatisation aux investisseurs.

B – Les formes de la privatisation

21 – L'article 26 de l'ordonnance du 20 août 2001 énumère plusieurs formes de privatisation dont la première est représentée par un recours aux mécanismes du marché financier notamment par une introduction en bourse. C'est par le biais de cette cotation en bourse que la privatisation des entreprises publiques s'est

24. Comme le crédit bancaire est souvent cher, les entreprises peuvent recourir à une augmentation de leur capital pour se financer sans avoir à payer des intérêts. Les nouveaux actionnaires ne perçoivent des bénéfices que si la société en réalise.

25. *Supra*, n° 11

faite dans tous les pays industrialisés disposant d'une bourse des valeurs digne de ce nom. Mais pour le moment, la Bourse d'Alger est encore loin de remplir la mission pour laquelle elle a été créée²⁶ ; d'autant plus que les entreprises qui y sont cotées sont vraiment l'exception. C'est sans doute ce qui explique qu'aucune privatisation n'a encore été faite par un tel recours à la bourse des valeurs mobilières.

La privatisation par un appel d'offre est certainement de loin la forme la plus utilisée. Cette procédure se traduit concrètement par un appel à manifestation d'intérêt adressé aux investisseurs locaux et étrangers. Tout en précisant s'il s'agit d'une privatisation totale ou partielle de l'entreprise publique, cet avis, qui est publié dans la presse, donne une description sommaire de cette société en mettant l'accent sur la nature de son activité, sur le nombre de ses salariés, sur son dernier chiffre d'affaires et sur la progression de celui-ci par rapport à l'année précédente. Par ailleurs, cet appel invite les candidats qui sont intéressés à cette opération à contacter la SGP – par courrier express ou par porteur – en lui faisant parvenir, dans le délai prévu, certains documents²⁷. Ce sont seulement les candidats qui remplissent ces critères qui recevront une notification en vue du retrait du cahier des charges. Et la sélection du ou des bénéficiaires de l'opération de privatisation se fera en fonction du respect des conditions prévues par ce cahier des charges.

Section 2 – La détermination des éventuels bénéficiaires de la privatisation

22 – Conformément aux dispositions de l'ordonnance n°01 – 04, l'éventuel bénéficiaire de la privatisation peut être soit une personne physique ou morale de droit privé étrangère à l'entreprise, soit la masse des salariés de celle-ci.

Paragraphe 1 – Les personnes physiques ou morales étrangères à l'entreprise

23 – Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance précitée, la privatisation des entreprises publiques s'effectue au profit d'une personne physique ou morale, locale ou étrangère, de droit privé, à l'exclusion d'une autre entreprise publique. Mais le législateur a réduit la sphère de ce choix en prévoyant des incompatibilités et en sanctionnant leur violation.

26. Décret législatif n° 93 -10 du 23 mai 1993 relatif à la Bourse des valeurs mobilières, JORA du

27. Ces documents sont en général constitués par une manifestation d'intérêt, par une brochure présentant la société, son implantation, son expérience dans ce domaine d'activité et son chiffre d'affaires des trois dernières années.

A – Les incompatibilités

24 – La première incompatibilité a trait à la gestion. En effet, les membres de la commission de contrôle des opérations de privatisation sont exclus de l'exercice d'un mandat au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de toute entreprise publique économique inscrite au programme de privatisation. Cette incompatibilité étend ses effets aux fonctionnaires en charge de la privatisation, ainsi qu'aux experts et leurs éventuels associés (Art. 36).

La seconde incompatibilité semble plus importante. En dehors des salariés²⁸, «il est interdit à toute personne qui, en raison de ses fonctions ou de l'autorité qu'elle exerce ou a exercées sur les structures concernées par des opérations de privatisation, a eu à connaître ou a pu avoir à connaître de tout ou partie du dossier de privatisations des dites structures, de se porter au moment de la privatisation acquéreur directement ou indirectement de tout ou partie de ces dernières» (Art. 38). A la lumière de cette disposition, on constate qu'elle exclut une personne du processus de privatisation lorsqu'elle réunit deux conditions. D'une part, avoir été proche, par le poste qu'elle occupe, de l'environnement de la privatisation surtout si elle dispose ou a pu disposer d'un pouvoir hiérarchique sur la SGP chargée de cette opération. Ce qui signifie, en d'autres termes, que toute personne ayant une fonction au sein de cette SGP ou de son ministère de tutelle est visée par cette interdiction. A condition, d'autre part, qu'elle a ou aurait pu avoir accès aux informations qui touchent la privatisation d'une entreprise publique déterminée. Pour résumer, on dira que c'est l'appartenance à la sphère des initiés qui justifie une telle incompatibilité.

B – Les sanctions de la violation des incompatibilités

25 – «Constitue une infraction toute inobservation des dispositions relatives à l'incompatibilité au sens de l'article 36 ci-dessus» (Art. 39, al. 2). L'auteur de cette violation encourt une amende de 1.000.000 à 2.000.000 DA. Il est, par ailleurs, susceptible d'engager aussi bien sa responsabilité civile qu'administrative.

Abstraction faite du caractère dérisoire de cette pénalité au regard des profits pouvant résulter de l'acquisition d'une entreprise publique économique, il est singulier de constater que cette amende n'est applicable qu'à la première incompatibilité. C'est dire que l'inobservation de la seconde incompatibilité, qui est autrement plus importante, n'est pas constitutive d'une infraction et qu'elle n'est donc pas punissable et ce, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines.

28. Infra, n° 26 et s.

Dès lors la seule question qui se pose consiste à se demander si cet oubli est fortuit ou volontaire ? Les salariés ne sont pas en tout cas concernés par ces incompatibilités.

Paragraphe 2 – La masse des salariés de l’entreprise

26 – Les salariés de l’entreprise publique en voie de privatisation ont en principe la possibilité de faire un choix entre deux options : soit une participation au capital social à titre gracieux, soit le bénéfice d’un droit de préemption.

A – La participation gracieuse au capital social de l’entreprise privatisée

27 – Aux termes de l’article 28 de l’ordonnance n°01- 04, «Les salariés des entreprises publiques éligibles à la privatisation totale bénéficient à titre gracieux de 10% maximum du capital de l’entreprise concernée». Le droit qui leur est ainsi reconnu a un caractère uniquement financier. Lors que l’entreprise réalise des bénéfices, ce pourcentage des profits doit en principe revenir aux travailleurs. Par contre, même si cette quote-part est représentée par des actions, celles-ci ne donnent pas à leurs titulaires le droit de voter au sein des assemblées générales ni d’être représentés au conseil d’administration ou au directoire de l’entreprise privatisée.

En dépit de la reconnaissance aux salariés de ce droit à une participation gracieuse, il semble que celui-ci ne soit pas toujours respecté en fait. C’est ainsi que ce droit paraît avoir été ignoré lors de la cession totale des Unités Aïssat Idir et Smaïlia du Groupe Eriad Alger²⁹. Mais dans d’autres cas, les salariés auraient donné leur préférence à une indemnisation plutôt qu’à cette participation au capital de la nouvelle société³⁰.

Toujours est-il qu’il importe de rappeler que cette participation gracieuse n’est prévue qu’en cas de cession totale du capital de l’entreprise publique. Ce qui signifie a contrario qu’elle est exclue lors que nous nous trouvons en présence d’une privatisation partielle.

B – Le bénéfice d’un droit de préemption sur la reprise de l’entreprise

28 – La première question que suscite ce droit de préemption concerne la délimitation de sa portée. Il convient d’envisager ensuite deux hypothèses : celle de la reprise de l’entreprise par les salariés et celle de l’absence de cette reprise.

29. V. El Watan du 15 novembre 2006, p. 6

30. Le texte d’application, qui aurait pu clarifier cette situation, n’est pas encore paru à ce jour.

1 – La portée du droit de préemption

29 – Selon les dispositions de l'article 29 de l'ordonnance du 20 août 2001, «Les salariés intéressés par la reprise de leur entreprise bénéficie d'un droit de préemption...». A la lumière de ce texte, cette faculté qui est ainsi reconnue aux travailleurs de l'entreprise publique semble avoir un caractère absolu. Mais il n'en est rien en réalité puisque le décret exécutif n°01-353 du 10 novembre 2001³¹, définissant les conditions et modalités de reprise d'une entreprise publique économique par ses salariés, limite sa portée. Il prévoit en effet que «La décision de reprise d'une entreprise publique économique par ses salariés est prise par le Conseil des Participations sur rapport circonstancié du ministre chargé des participations» (Art. 2). Ce qui signifie clairement que l'exercice du droit de préemption reconnu au personnel est subordonné à un avis favorable de cet organisme.

Toute la question consiste à se demander quels sont les critères qui sont pris en considération par le CPE pour prendre une telle décision, c'est-à-dire pour faire la distinction entre les entreprises publiques qui sont ou ne sont pas susceptibles d'être reprises par les salariés. A cet égard, force est de constater que la loi est muette sur ce point. Et cette incertitude risque de susciter l'incompréhension des salariés qui apprennent que leur entreprise est privatisée au profit d'un investisseur local ou étranger. Pour éviter ce genre de difficultés, il serait donc souhaitable que le législateur intervienne pour clarifier cette situation. En attendant, on est tenté de penser que les décisions prises par le CPE pour autoriser le personnel à reprendre éventuellement son entreprise sont essentiellement justifiées par trois paramètres : la dimension réduite de cette entreprise, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une PME, la relative simplicité de sa gouvernance et le recours à une technologie de base.

2 – La reprise par les salariés de leur entreprise

30 – Avant toute chose, il faut rappeler que jusqu'à présent les salariés ont acquis au moins 80 entreprises publiques³². C'est dire que toutes les conditions imposées par le législateur ont été réunies dans ces précédentes opérations : en l'occurrence celles qui sont préalables à cette reprise, celles qui sont relatives à la nouvelle société et celles qui concernent le prix de cette acquisition.

31. JORA du 11 novembre 2001, p. 14

32. V. H. Temmar, op. cit.

a- Les conditions préalables à la reprise de l'entreprise publique

31 – C'est seulement après que le Conseil des Participations d'Etat ait autorisé les salariés à reprendre leur entreprise, que ceux-ci disposent d'un délai de un mois, après la notification de l'offre de cession, pour manifester aux institutions concernées leur volonté d'acquérir l'intégralité du capital social de cette société.

Que faut – il entendre par salarié ayant le droit d'exercer ce droit de préemption ? C'est «tout salarié de l'entreprise inscrit depuis une année au moins au tableau des effectifs à la date de (cette notification) et ce, quelle soit la nature juridique de son contrat» (Art. 4, décret n° 01 – 353).

32 – Une autre condition préalable est exigée. L'entreprise proposée à la reprise par ses salariés doit, bien sûr, faire l'objet d'une évaluation. Elle doit être effectuée par des experts désignés non pas par la SGP³³ mais par l'assemblée générale de cette entreprise.

C'est sans doute à cause de cette particularité et du fait que les salariés sont présumés connaître la situation patrimoniale de leur entreprise que le législateur ne semble pas leur donner la possibilité d'effectuer leur propre «Due diligence», à l'instar des investisseurs étrangers à l'entreprise publique économique.

b- Les conditions relatives à la nouvelle société

33 – Après avoir manifesté leur intention d'acheter leur entreprise, les salariés intéressés doivent obligatoirement constituer une société qui aura pour objet de procéder à cet achat. Même si le législateur ne donne aucune indication sur la forme de cette société, il est probable que les salariés choisiront, en fonction de leur nombre, soit la société par actions, soit dans une moindre mesure la société à responsabilité limitée.

La participation de chaque salarié au capital de cette nouvelle société est proportionnelle au montant de son apport. A ce propos, si aucun minimum de participation n'est exigé, un salarié ne peut pas détenir 50% ou davantage des droits de vote au sein des assemblées de la nouvelle société (Art. 8). Mais cela n'empêchera ce dernier d'utiliser, éventuellement, un homme de «paille» pour se donner la possibilité de contrôler, d'une manière occulte, cette entreprise.

Les titres obtenus en contrepartie de cet apport sont incessibles pendant une période de cinq ans à compter de la date de leur souscription. Par contre, «Les titres de la société rachetée détenus en portefeuille par la société de reprise ne peuvent faire l'objet de transaction avant leur paiement intégral» (Art. 9, al. 1er). En cas de

33. Supra, n° 11

violation de cette disposition, la société de reprise est non seulement obligée de rembourser le montant de l'abattement qui lui a été consenti, mais elle perd également le bénéfice des autres avantages qui lui ont été accordés.

c- Les conditions relatives au prix de la reprise

34 – Les conditions relatives au prix de cession de l'entreprise publique économique sont organisées par l'article 29 de l'ordonnance du 20 août 2001 et surtout par les dispositions du décret exécutif précité du 10 novembre 2001. Conformément à ces prescriptions, les salariés bénéficient d'un abattement de 15% au maximum sur le prix de cession de l'entreprise privatisée.

Le paiement de la somme restante s'effectue d'abord par le versement d'un apport initial dont le montant sera déterminé par le contrat de cession. Ce qui signifie que le législateur, dans un souci d'encourager une telle privatisation, laisse une liberté aux parties contractantes pour négocier le quantum de cette première tranche. Mais la libération de cet apport initial n'intervient pas lors de la conclusion du contrat de cession. Elle ne se concrétise qu'au terme d'un délai de deux années.

Le reliquat du prix de cette privatisation sera ensuite remboursé sur une période de vingt ans, courant après ce différé, par des annuités fixes payables à la fin de chaque année.

En dehors des avantages qui leur sont ainsi reconnus, les salariés qui rachètent leur entreprise par le biais de la société nouvellement créée bénéficient, en outre, d'un taux d'intérêt relativement allégé de 6%, applicable seulement à partir de la sixième année du paiement du reliquat.

En contrepartie de toutes ces faveurs, la société de reprise accorde à l'ancien actionnaire de l'entreprise publique, c'est-à-dire le plus souvent à la SGP, un nantissement des titres qu'elle détient à hauteur du reliquat de leur valeur. Ce qui signifie, en d'autres termes, que l'assiette de cette garantie subira une réduction après le versement de chaque annuité.

3 – L'absence de reprise par les salariés de leur entreprise

35 – Si les salariés refusent d'exercer le droit de préemption qui leur a été accordé, deux alternatives s'offrent alors à eux : ou bien conserver leur statut d'employés dans l'entreprise privatisée, ou bien bénéficier d'une indemnisation conformément à la législation en vigueur (Art. 7, d. n° 01 – 353).

Après avoir décrit l'essentiel du cadre légal de la privatisation, il importe à présent de tenter de montrer comment s'effectue sa mise en œuvre contractuelle

Deuxième partie – La mise en œuvre contractuelle de la privatisation

36 – La mise en œuvre contractuelle de la privatisation suppose la sélection préalable du soumissionnaire ayant fait la meilleure offre. En ce qui concerne le cheminement de la procédure qui aboutit à effectuer ce choix, il convient de rappeler rapidement que son point de départ est constitué par l'appel à manifestation d'intérêt³⁴ lancé par la SGP chargée de privatiser l'une de ses filiales. Après avoir retiré le cahier des charges³⁵, les candidats intéressés par cette opération ont la possibilité de procéder à l'évaluation du patrimoine ou des actifs de cette entreprise dans le cadre de ce que l'on appelle une «Due diligence». Ils ont en effet la possibilité d'avoir accès à la «Data room», c'est-à-dire à la salle qui contient tous les documents comptables et autres de l'entreprise des trois dernières années. Tout comme ils ont la faculté d'apprécier l'état des équipements et des immeubles de cette société. C'est seulement après avoir mené à bien cette évaluation, que les candidats seront en mesure de faire parvenir à la SGP leur offre technique et leur offre financière³⁶.

C'est sur la base de ces deux offres que la commission d'évaluation de la SGP choisit un ou deux soumissionnaires les mieux placés. Mais le choix de l'éventuel bénéficiaire de la privatisation ne devient définitif que lorsqu'il aura été avalisé par une résolution du Conseil des Participations d'Etat et qui, en même temps, rappelle les conditions de cette privatisation. Qu'il s'agisse du prix de la cession, du nombre des emplois à sauvegarder, de la nature des bâtiments ou de la superficie du terrain³⁷ à inclure dans cette opération...

Les parties peuvent, à l'issue de cette phase de désignation du cocontractant, commencer les négociations en vue de la privatisation de l'entreprise publique économique. Si l'intégralité du capital de celle-ci est cédée, c'est uniquement un contrat de cession qui est discuté entre les deux partenaires. Par contre, si la privatisation est partielle, les futurs associés devront en outre négocier un pacte d'actionnaires.

34. *Supra*, n° 21

35. *Supra*, n° 12

36. *Supra*, n° 15

37. L'opération de privatisation s'est également accompagnée d'une récupération du foncier excédentaire des entreprises publiques économiques. Au début de l'année 2006, il semble que 88 hectares aient été récupérés et remis aux domaines afin que ces surfaces soient mises à la disposition des investisseurs (H. Temmar, *op. cit.*).

Section 1 – Le contrat de cession de l’entreprise publique économique

37 – Le projet de contrat de cession que les parties vont négocier, pendant une période plus ou moins longue, commence presque toujours par un préambule qui rappelle que cette négociation s’effectue conformément aux dispositions de l’ordonnance n° 01 – 04 du 20 août 2001, que l’investisseur a manifesté son intérêt en vue de la reprise d’une partie ou de la totalité du capital social de l’entreprise publique en voie de privatisation, qu’il a librement procédé à la «Due diligence» avant de faire son offre et, enfin, que le CPE a approuvé cette opération dans une résolution particulière en subordonnant cette transactions à certaines conditions. Après avoir analysé ces obligations, il faudra ensuite survoler le régime de ce contrat.

Paragraphe 1 – Les obligations résultant du contrat de cession de l’entreprise publique

38 – Alors que certaines de ces obligations s’imposent au cessionnaire, c’est-à-dire à l’acquéreur, d’autres s’appliquent au cédant.

A – Les obligations du cessionnaire

39 – Les obligations du cessionnaire sont consécutives au paiement du prix, au plan pluriannuel d’investissement, au maintien des effectifs et à sa garantie.

1 – Le paiement du prix

40 – La principale obligation de l’acquéreur est constituée par le paiement du prix convenu par les parties, et approuvé par la résolution du CPE, en contrepartie du transfert de la totalité ou d’une partie du capital social de l’entreprise publique économique. Ce prix est en principe déterminé d’une manière définitive. Mais exceptionnellement, il peut faire l’objet d’une actualisation dans les circonstances suivantes : lorsqu’il a été fixé à une date déterminée et que la signature du contrat de cession est intervenue plusieurs mois plus tard, le prix est alors réajusté afin de tenir compte de l’évolution positive de la situation financière de l’entreprise publique privatisée. Et conformément aux prescriptions du cahier des charges, le versement de cette somme peut être effectué en dinars, en euros ou en dollars par virement sur un compte d’affectation spécial³⁸

38. Ce compte d’affectation spéciale n° 302 – 083 intitulé «Ressources des privatisations» est ouvert auprès du Trésor Public

41 – En ce qui concerne les modalités de paiement, il convient de rappeler que les salariés qui consentent à exercer leur droit de préemption jouissent d'un statut favorable³⁹. En dehors de ce cas particulier, la résolution du CPE n° 01 – 48 du 15 février 2005 fait une distinction : lorsque la privatisation concerne une entreprise publique de taille PME, le paiement du prix doit s'effectuer au comptant ; en revanche, quand cette opération touche une grande entreprise publique, les conditions de paiement sont arrêtées par le CPE. Ce qui signifie, implicitement, que le repreneur peut alors bénéficier d'un paiement échelonné. A condition sans doute qu'il accepte de payer un intérêt et qu'il offre au cédant une garantie suffisante constituée soit par un nantissement des valeurs mobilières acquises, soit par une caution bancaire à première demande.

2 – Le plan pluriannuel d'investissement

42 – En dehors du paiement du prix, le cessionnaire doit également s'engager à réaliser un plan d'investissement d'une durée de trois ou quatre années et d'un montant global déterminé. Dans l'esprit de la puissance publique, une telle obligation a essentiellement pour objet le renouvellement ou le développement des équipements existants et, par voie de conséquence, de pérenniser l'entreprise privatisée tout en sauvegardant les emplois.

Bien que cet engagement figure dans son offre de soumission et qu'il sert finalement ses intérêts à moyen terme, l'acquéreur a souvent du mal à l'accepter au cours de la négociation du contrat de cession. D'une part, parce qu'il considère que cette obligation qui est ainsi mise à sa charge constitue une immixtion dans son pouvoir de gestion de la nouvelle société. D'autre part, parce qu'il estime qu'il s'agit non pas d'une obligation de résultat mais de moyen. C'est pour cette raison que sa réalisation doit dépendre des conditions du marché et du chiffre d'affaires obtenu par l'entreprise. Il serait en effet pour le moins anormal d'imposer un tel investissement alors que la conjoncture économique est défavorable.

Quoiqu'il en soit, les parties au contrat conviennent en général de se rencontrer une fois par an pour apprécier l'état d'avancement de ce plan d'investissement. Chaque fois que le cédant constate une insuffisance dans ce domaine, il doit en informer par écrit son partenaire et provoquer une réunion en vue d'en discuter. Et à défaut d'accord sur l'analyse de la situation économique, les deux parties doivent alors désigner d'un commun accord un expert ayant pour mission de trancher cette question.

39. *Supra*, n° 34

3 – Le maintien des effectifs

43 – En dépit du principe de l'effet relatif des contrats, il est classique de voir les contrats de travail liant les salariés à leur entreprise continuer à produire leurs effets même lorsque celle-ci est passée sous le contrôle d'une autre société. Le cédant ne s'est pas contenté de cette règle traditionnelle ; il a préféré imposer d'emblée dans le cahier des charges cette exigence consécutive à la sauvegarde de l'emploi. C'est pour cette raison que le cessionnaire assume cette obligation de maintenir tous les emplois existants au moment de la conclusion du contrat de cession. Et dans certains cas, il va même au-delà en s'engageant à créer de nouveaux postes de travail dans un délai déterminé.

Pour permettre au cédant de vérifier que cette exigence est respectée, l'acquéreur consent à lui fournir annuellement un état répertoriant les salariés de l'entreprise, les salariés de l'entreprise, les départs à la retraite et les nouvelles recrues.

4 – La garantie du cessionnaire

44 – La première garantie que l'acquéreur est tenu d'assumer a trait à sa capacité juridique pour signer le contrat de cession. Ce qui signifie qu'il doit être dûment habilité par les organes statutaires compétents à conclure l'opération de privatisation et à exécuter toutes les obligations qui en découlent.

Il doit en outre garantir au cédant que la société qu'il représente a été valablement constituée, qu'elle ne fait pas l'objet d'une procédure de faillite ou de règlement judiciaire et qu'aucune décision judiciaire ou arbitrale pouvant avoir de graves répercussions sur son patrimoine n'a été prononcée contre elle.

B – Les obligations du cédant

45 – La principale obligation du cédant est constituée par le transfert de la propriété des actions qu'il détient dans le capital de l'entreprise publique en voie de privatisation. Mais il doit également fournir une garantie à l'acquéreur.

1 – Le transfert de la propriété des actions

46 – En contrepartie du prix que doit payer l'acquéreur, le cédant est tenu de lui transférer la propriété de l'intégralité ou d'une partie du capital social de l'entreprise publique économique objet de la privatisation. Mais comme les actions ne sont pas matérialisées, il s'oblige à accomplir toutes les formalités en vue d'opérer un tel transfert. Il doit, en d'autres termes, convoquer une assemblée générale extraordinaire pour procéder à une modification des statuts

sociaux. Celle-ci consiste à y substituer le nom du cessionnaire à celui du cédant comme nouveau titulaire des valeurs mobilières détenues jusqu'alors par ce dernier. Et pour que cette modification ait une valeur juridique, il faut nécessairement qu'elle prenne la forme d'un acte authentique.

47 – Dans les cas exceptionnels où la privatisation ne porte que sur les actifs d'une entreprise publique économique, le cédant doit, en fonction de la nature mobilière ou immobilière des biens, effectuer, le cas échéant, les formalités nécessaires pour transférer valablement tous ces actifs au cessionnaire. C'est ainsi, par exemple, qu'il devra contacter un notaire pour transférer la propriété d'un bien immobilier ou une daïra compétente pour modifier les cartes grises des véhicules compris dans ces actifs.

2 – La garantie du cédant

48 – La première garantie qui est imposée au cédant concerne la plénitude des pouvoirs qu'il détient en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat de cession. A cet égard, il convient de rappeler qu'il est habilité à signer cet accord par l'article 24 de l'ordonnance n°01-04 qui prévoit que «L'acte de cession est signé par un représentant dûment mandaté par l'assemblée générale de l'entreprise publique économique concernée». Même si cette disposition ne le précise pas, c'est sans aucun doute l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour accorder ce mandat, puisque la privatisation d'une entreprise va nécessairement se traduire par une modification de ses statuts. Singulièrement, alors que cette justification légale se suffit à elle-même, le CPE a cru utile d'adopter la résolution n°06-04 du 29 juin 2004 pour attribuer ce pouvoir de négociation aux organes sociaux de la SGP⁴⁰.

Le cédant doit également garantir que les documents et livres comptables de la société ont été tenus conformément aux dispositions légales en vigueur ainsi qu'aux usages et que le bilan reflète exactement la situation active et passive de la société. Dans le même ordre d'idée, il doit en plus déclarer qu'à la date de l'arrêt des comptes de l'exercice de la dernière année, l'entreprise publique en voie de privatisation n'a inscrit aucun engagement hors bilan au sens des règles de la comptabilité ; et qu'il a obtenu un quitus des administrations fiscales et sociales.

49 – Par ailleurs, lorsque cette entreprise n'est pas propriétaire de certains locaux dont elle a la jouissance, le cédant s'engage à obtenir la négociation d'un avenant entre celle-ci et le bailleur en fixant le loyer à son niveau actuel et une

40. Ce qui constitue une contradiction par rapport à l'article 24 précité qui charge l'assemblée générale de mandater le représentant de l'entreprise publique économique.

durée d'au moins quatre ans à compter de la date de signature du contrat de cession.

Il peut enfin arriver que l'entreprise publique économique en cours de privatisation soit bénéficiaire d'une concession en vue de l'occupation d'un terrain appartenant au domaine public ou de l'exploitation d'une mine. Le cédant doit, dans ce cas de figure, négocier avec l'administration compétente, et cela avant la signature du contrat, une prolongation appréciable de la durée de cette concession.

Paragraphe 2 – Le régime du contrat de cession

50 – L'analyse rapide de ce régime suppose d'aborder successivement la détermination de la loi applicable, la fiscalité, les transferts de fonds, l'entrée en vigueur du contrat et le règlement des différends.

A – La loi applicable

51 – S'agissant de la désignation de la loi applicable au contrat de cession, c'est évidemment le droit algérien qui s'impose chaque fois qu'il est négocié avec une personne physique ou morale locale. Car il est qualifié dans ce cas de contrat de droit interne.

Par contre, ce contrat acquiert un caractère international dès lors que le cessionnaire jouit d'une nationalité étrangère. C'est en raison de cet élément d'extranéité, que le principe de l'autonomie de la volonté – qui est universellement admis – permet aux parties contractantes de choisir librement la législation qui doit régir la conclusion, l'exécution et l'interprétation du contrat de cession. Et à cet égard, l'expérience enseigne que c'est le droit algérien qui a, dans la grande majorité des cas, la préférence des deux partenaires.

52 – La question du choix du droit applicable à l'entreprise publique économique en voie de privatisation ne se pose pas. L'implantation de toute son activité, du lieu de sa constitution et, de surcroît, de son siège social en Algérie⁴¹ plaident naturellement en faveur de sa soumission à l'empire de la législation algérienne.

Même si la compétence de ce droit ne fait aucun doute, elle prend une dimension particulière quand l'investisseur se place dans le domaine d'application de l'ordonnance n° 01 – 03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement⁴² dont l'article 2-3 y intègre «les reprises d'activité dans le cadre

41. Pour plus de développement, v. N. TERKI, *Les sociétés étrangères en Algérie*, OPU, Alger, p.27 et s.

42. JORA n°47 du 22 août 2001, p. 3

d'une privatisation partielle ou totale». Le cessionnaire, local ou étranger, a en effet intérêt à faire cette démarche pour bénéficier des avantages et des garanties prévus par ce code. Or parmi ces dernières figure celle prévue par l'article 15 : «Les révisions ou abrogations susceptibles d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas aux investissements réalisés dans le cadre de la présente ordonnance à moins que l'investisseur ne le demande expressément». Cela signifie, en d'autres termes, que le cessionnaire bénéficie de ce que l'on appelle le gel ou l'intangibilité du droit applicable. Toute son activité reste régit par le droit en vigueur au moment de la signature du contrat de cession. Par voie de conséquence, toutes les modifications ou abrogations législatives lui sont inopposables. Mais il peut néanmoins invoquer le bénéfice des nouvelles dispositions s'il les juge plus favorables que les anciennes.

B – Le régime fiscal

53 – En ce qui concerne ce régime fiscal applicable au contrat de cession, c'est l'article 11 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 doit être sollicité même si ses dispositions manquent de précision. Il prévoit que «Tous les actes, pièces et documents établis dans le cadre des opérations de réorganisation du secteur public économique, décidées par le Conseil des Participations d'Etat, sont exonérés de tous droits et taxes». Bien que le terme «privatisation» n'ait pas été expressément utilisé, il est clair que cette opération constitue la pièce maîtresse de cette «réorganisation du secteur public économique». Comme, par ailleurs, le contrat de cession de la totalité ou d'une partie du capital social d'une entreprise est par excellence un acte juridique, on peut raisonnablement penser qu'il bénéficie d'une telle exonération.

54 – L'autre question qu'il il importe de se poser consiste à nous demander si l'entreprise publique qui a fait l'objet d'une privatisation peut profiter de certaines incitations fiscales. C'est incontestablement une réponse positive qui s'impose dans plusieurs cas de figure.

La première hypothèse trouve son fondement dans l'article 17 de l'ordonnance précitée. Il dispose que «Les opérations de privatisation visées à l'article 13 ci-dessus, par lesquelles le ou les acquéreurs s'engagent à réhabiliter ou moderniser l'entreprise et/ou à maintenir tout ou partie des emplois salariés et maintenir l'entreprise en activité, peuvent bénéficier d'avantages spécifiques négociés au cas par cas». La lecture de cette disposition peut, d'une manière implicite, nous inciter à penser que la réhabilitation de l'entreprise, le maintien des emplois et la pérennité de l'activité de cette dernière ne trouvent leur justification que dans l'engagement de l'acquéreur. Or nous avons montré que ce sont en réalité de véritables obligations que lui imposent le cahier des charges et la résolution du CPE⁴³, même si elles sont

43. *Supra*, n° 42 et 43

ensuite consacrées par les dispositions contractuelles. Cela n'empêchera pas pour autant l'investisseur à négocier des avantages spécifiques comme l'y autorise l'article 17 précité. Mais comme il s'agit d'une simple faculté, il est probable que ces avantages ne seront consentis qu'aux investissements d'une certaine importance.

Il y a une autre voie plus simple et moins incertaine d'accéder à ce statut fiscal privilégié. Il suffit, avant de réaliser la privatisation, de faire une déclaration d'investissement auprès de l'Agence Nationale de Développement de l'Investissement et demander à bénéficier des avantages prévus par le régime général ou par le régime dérogatoire⁴⁴. C'est ainsi que le cessionnaire concerné par le régime général peut bénéficier d'une exonération de droits de douane pour l'importation de biens entrant dans la réalisation de l'investissement, d'une franchise de la TVA, d'une exemption du droit de mutation à titre onéreux pour les acquisitions immobilières, d'une exonération de l'impôt sur les bénéfices des sociétés et de la taxe sur l'activité professionnelle.

C – Les transferts de fonds

55 – Compte tenu de l'inconvertibilité de notre monnaie, il est évident que les investisseurs étrangers ne seraient pas tentés de s'implanter en Algérie s'ils n'avaient pas la possibilité d'effectuer des transferts de fonds. C'est pour cette raison que l'article 31 de l'ordonnance n°01- 03 leur reconnaît cette garantie à condition que l'investissement soit réalisé par un apport en capital, «au moyen de devises librement convertibles, régulièrement cotées par la Banque d'Algérie et dont l'importation est dûment constatée par cette dernière». Dès lors que ces exigences sont remplies, l'investisseur bénéficie d'une garantie de transfert du capital immobilisé et des revenus qui en découlent. Et ce texte souligne que c'est le produit réel net qui est susceptible d'être transféré «même si ce montant est supérieur au capital investi». Ce qui veut dire en clair que la plus-value résultant de l'acquisition de la totalité ou d'une partie du capital social de l'entreprise publique peut faire l'objet d'un transfert par le cessionnaire.

Le règlement de la Banque d'Algérie n° 05 – 03 du 6 juin 2005 relatif aux investissements étrangers donne instruction aux banques et établissements financiers, intermédiaires agréés, d'exécuter «sans délai les transferts au titre (précise-t-il) des dividendes, bénéfices, produits de la cession des investissements étrangers ainsi que celui des jetons de présence et tantièmes pour les administrateurs étrangers». Cette énumération a omis de mentionner en particulier le remboursement des intérêts et du capital de l'éventuel emprunt contracté à l'étranger par le cessionnaire en vue de réaliser son investissement.

44. V. art. 9 et s. de l'ordonnance n°01-04 (op. cit.) modifiée par l'ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006, JORA du 19 juillet 2006, p. 15

D – L'entrée en vigueur du contrat de cession

56 – Le contrat de cession constitue en principe un acte sous seing privé puisqu'il est conclu entre deux ou plusieurs sociétés commerciales, dont l'activité est dominée par une exigence de célérité, et que, de surcroît, l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 n'impose aucune condition de forme. La signature des deux parties contractantes devrait donc suffire pour cet accord entre en vigueur, c'est-à-dire susceptible d'exécution. Mais cette solution traditionnelle est écartée à partir du moment où l'Etat intervient, même d'une manière indirecte, dans cette opération. En effet bien que la SGP soit une personnalité morale bénéficiant d'une autonomie juridique, il n'en demeure pas moins que c'est la puissance publique qui est vraiment détentrice de tout le capital de l'entreprise publique en voie de privatisation. C'est pour cette raison que les parties subordonnent souvent l'entrée en vigueur du contrat de cession à sa signature, au paiement du prix et à l'approbation de l'autorité de tutelle⁴⁵. A cet égard, il convient d'ailleurs d'observer que cette autorité est omniprésente tout au long de la négociation de ce contrat de cession.

57 – Dans certain cas, qui hélas ! ont tendance à se multiplier, le contrat de cession est finalisé devant un notaire, c'est-à-dire qu'il prend la forme d'un acte authentique. Dans la plupart des cas, ce sont les responsables des SGP qui demandent, lors de la phase finale de la négociation, l'intervention de cet officier ministériel en dépit du fait que la législation relative à la privatisation ne leur impose pas une telle obligation. Et s'ils le font c'est sans doute parce qu'ils ont l'impression d'être mieux protégés.

Il arrive également que ce soit le cessionnaire étranger qui soutient le recours à cette forme authentique pour des raisons à la fois de preuve et de sécurité.

E – Le règlement des différends

58 – Lorsque le contrat de cession est conclu entre la SGP et une personne physique ou morale de nationalité algérienne, les litiges ayant trait à l'interprétation ou à l'exécution du contrat de cession sont souvent confiés au juge local territorialement compétent.

Il convient de souligner que ces parties ont également la possibilité de recourir à l'arbitrage interne⁴⁶, alors que ce procédé de règlement des différends est en pratique très peu utilisé.

45. Pour de plus amples développements, v. N. TERKI, La clause d'entrée en vigueur dans les contrats internationaux de longue durée, *Annales de droit de Louvain*, 1983,3,pp.219 à 235

46. V. A. MAHIOU, L'arbitrage en Algérie, *Rev. Algérienne des sciences juridiques*, 1989, pp. 701 à 734

59 – Quand le contrat de cession a un caractère international du fait en particulier de la nationalité étrangère du cessionnaire, les parties peuvent bien sûr décider d'un commun accord de confier l'éventuel conflit à un juge local. Ce choix a d'ailleurs été fait dans une privatisation récente. Mais il est néanmoins probable que la plupart des investisseurs donneront leur préférence à l'arbitrage international. D'une part parce que les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements étrangers ont tendance à privilégier cette solution⁴⁷. D'autre part, parce que depuis 1993 même les personnes morales de droit public sont autorisées à compromettre dans leurs relations économiques internationales⁴⁸. Et cela est d'autant plus vrai s'il s'agit d'une SGP qui a la forme d'une société commerciale.

Cet éventuel recours à l'arbitrage international est cependant toujours précédé par une tentative en vue d'une résolution à l'amiable du différend.

Section 2 – Le pacte d'actionnaires

59 – Lorsque le capital social de l'entreprise publique économique est cédé dans sa totalité, le cessionnaire contrôle à lui seul la gestion de cette société. En revanche, s'il n'a acquis qu'une partie de ce capital, il aura alors besoin de conclure un pacte d'actionnaires avec son associé, même si celui-ci est minoritaire. En effet, le pacte d'actionnaires, qui constitue une suite logique du contrat de cession, a pour objet de définir la coopération des parties au sein de l'entreprise publique partiellement privatisée. Et cette coopération, dont il convient d'évoquer les grandes lignes, porte sur la gestion de la société et sur la future cession des actions de l'associé minoritaire.

Paragraphe 1 – La gestion de l'entreprise publique partiellement privatisée

60 – Dans le cadre de ce pacte d'actionnaires, les deux parties doivent d'abord prévoir la convocation de l'assemblée générale extraordinaire en vue de procéder à une modification des statuts sociaux et à la nomination des membres du conseil d'administration ou du directoire.

En ce qui concerne cette modification des statuts, les actionnaires doivent avant tout décider si la société doit changer de forme et de nom. A ce propos, la pratique enseigne que lorsque l'acquéreur de la majorité du capital est notoirement connu, son nom est accolé à celui de l'entreprise publique en voie de privatisation dans le but évident d'améliorer son image de marque.

47. V. M. ISSAD, Deux conventions pour la promotion des investissements, Rev. Alg. 1991, p. 729 et S. ; N. TERKI, La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, Rev. Alg., pp. 9 à 31

48. V. N. TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger

Mais c'est surtout la nouvelle répartition du capital social qui constitue le changement le plus important que les parties doivent trancher. Car dès lors que les actions ne sont pas matérialisées, ce sont uniquement les statuts de la société qui constituent la seule preuve de l'appropriation du capital social, dans une proportion plus ou moins importante, par le cessionnaire et par le cédant. Si, par exemple, le premier détient 80% de ce capital, cela lui permettra de contrôler à la fois l'assemblée générale ordinaire, dont les délibérations sont votées selon la règle de la majorité, et l'assemblée générale extraordinaire, au sein de laquelle les décisions sont adoptées à la majorité des deux tiers.

Mais le respect de cette dernière condition ne suffit pas pour valider les délibérations de cette dernière assemblée. La modification des statuts n'acquiert une validité juridique que si elle a été effectuée en la forme authentique sur la base du procès verbal de réunion de l'assemblée générale extraordinaire.

61 – La composition du conseil d'administration ou du directoire reflète, en tout cas, cette répartition du capital social. La représentation des associés au sein de cet organe de gestion s'effectue en fonction de l'importance de leur apport. Si nous reprenons l'exemple d'une privatisation de 80% du capital social de l'entreprise publique, cela signifie que sur les huit administrateurs qui siègent au conseil d'administration, six d'entre eux représentent le cessionnaire et les deux autres le cédant.

62 – Le pacte d'actionnaires organise également la nomination du président du conseil d'administration, et éventuellement du directeur général, en confiant évidemment ces postes aux représentants de l'associé majoritaire. Mais il peut arriver que ce dernier accepte, même lorsqu'il détient 80% du capital, que l'associé minoritaire propose un deuxième directeur général à qui il confie des missions bien déterminées.

63 – Le commissaire aux comptes est en principe désigné par l'assemblée générale ordinaire parmi les professionnels inscrits au tableau de l'Ordre National. Ce qui revient à dire que c'est l'associé majoritaire qui dispose indirectement de ce pouvoir de nomination. Le pacte d'actionnaires peut néanmoins prévoir, dans un esprit de conciliation, d'associer l'actionnaire minoritaire au choix de ce commissaire aux comptes. Dans certains cas la solution retenue est encore plus simple : puisque les dispositions du code de commerce autorisent la pluralité des commissaires aux comptes, chaque actionnaire procède à la désignation de l'un d'eux à condition que ce choix soit approuvé par l'autre. Et en cas de désaccord des parties, la solution subsidiaire qui est quelquefois prévue consiste à avoir recours à l'Ordre National des experts comptables pour lui confier la mission de désigner un commissaire aux comptes.

64 – Le pacte d'actionnaires contient souvent, enfin, des stipulations organisant la répartition des bénéfices. C'est à cet égard, la règle légale qui est souvent prise

en considération. Elle consiste à répartir les bénéfices entre les associés proportionnellement aux apports qu'ils ont effectués.

Mais l'assemblée générale ordinaire, qui est contrôlée par l'actionnaire majoritaire, peut refuser de distribuer des bénéfices en invoquant une politique d'autofinancement qui sauvegarde les intérêts de l'entreprise. Dans une telle situation, l'associé minoritaire ne peut que saisir le tribunal compétent en fondant son action sur un abus de la majorité. C'est précisément pour éviter ce genre de difficultés que le pacte d'actionnaires prévoit une répartition annuelle des profits, à condition bien sûr que la société en réalise.

Lorsque l'entreprise publique réalisait des bénéfices avant sa privatisation partielle, le pacte d'actionnaires prévoit que les bénéfices distribués seront au moins équivalents à ceux de l'année précédente, sauf cas de force majeure. L'associé minoritaire profitera de cette distribution tant qu'il n'aura pas cédé ses actions.

Paragraphe 2 – La cession des actions par l'associé minoritaire

65 – La société par actions est par excellence une société de capitaux. C'est dire que les associés qui la composent importent peu. Ce qui compte avant tout c'est uniquement l'apport qu'ils font. C'est pour cette raison que les actions sont librement négociables. Il arrive cependant que les statuts de la société limitent l'exercice de cette liberté. C'est justement cette solution que le pacte d'actionnaire adopte bien souvent. Il prévoit un droit de préemption au profit de l'actionnaire majoritaire qui oblige l'associé minoritaire, qui veut céder ses titres, à les lui proposer en priorité. Dans certains cas, le pacte d'actionnaires va même jusqu'à fixer à l'avance la date de la cession de ces actions à l'associé majoritaire. Et c'est seulement en cas de refus de ce dernier d'exercer le droit de préemption qui lui est ainsi reconnu que l'associé minoritaire aura alors la possibilité de vendre ses valeurs mobilières à une tierce personne.

66 – Le pacte d'actionnaires prend également soin de déterminer le prix de cession de ces actions. L'un des moyens qui est quelquefois utilisé consiste à prendre en considération la valeur nominale de l'action à compter de la conclusion du contrat de cession augmentée annuellement au moins de dix pour cent.

Lorsque la proposition financière qui lui est faite lui paraît inférieure à ce qui a été prévu, l'actionnaire minoritaire a la possibilité de vendre ses actions au meilleur prix à toutes les personnes intéressées.

Une autre formule peut également être prévue par le pacte d'actionnaires pour déterminer le prix de cession de ces actions. Elle consiste à faire appel à un expert désigné par les parties pour lui demander de procéder à l'évaluation de ces titres, ce qui ne peut être fait qu'en évaluant le patrimoine de l'entreprise.

Conclusion

67 – Bien que l'ordonnance qui organise la privatisation ait été promulguée en 2001, force est de constater que ce processus de réorganisation de l'économie nationale est loin d'arriver à son terme. Car il reste encore plus de mille sociétés qui devraient être touchées par cette opération d'envergure. Si l'on veut vraiment que les patrimoines de ces entreprises ne se déprécient pas davantage, en augmentant le risque qu'elles ne trouvent plus de repreneurs, il serait raisonnable d'accélérer la concrétisation de cette privatisation. D'autant plus que la volonté politique de la mener à bien existe, en dépit de quelques tâtonnements, et que le temps nous est de toute façon compté si on garde à l'esprit la perspective de l'entrée en vigueur de l'accord de libre échange conclu avec l'Union Européenne et notre éventuelle adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce.

Alger le 21 juin 2008

Entre le fort et le faible, la liberté opprime et le droit libère.

(Lacordaire)

De quelques aspects juridiques saillants de la réforme des télécommunications

*Par BESSAÏ M'hamed Toufik,
Enseignant à la faculté de droit d'Alger*

Les réformes opérées dans le secteur des télécommunications ont bien évidemment sollicité l'instance juridique au travers de l'instrument législatif et de l'arsenal réglementaire d'application qui s'en est suivi.

Le but et la substance des réformes envisagées sont longuement développés dans un document gouvernemental intitulé politique sectorielle de la poste et des télécommunications¹

Le gouvernement déclare vouloir opérer des réformes matérielles et structurelles dans ledit secteur afin, énonce-t-il, de «assurer la compétitivité et la diversification de l'économie algérienne et de ses entreprises et de favoriser le développement d'un secteur des télécommunications concurrentiel et dynamique»

«Les principaux objectifs de la stratégie des télécommunications du gouvernement, poursuit la déclaration, sont :

Accroître l'offre de services téléphoniques et faciliter l'accès aux services de télécommunications au plus grand nombre d'usagers (...). En plus, il faut que les prix de ; ces services soient compétitifs»

Améliorer la qualité des services offerts et accroître la gamme des prestations rendues. (...)

- Assurer l'accès aux habitants des zones rurales et aux autres groupes défavorisés aux services de télécommunications et aux réseaux d'informations (...)

Développer un réseau national de télécommunications fiable et connecté aux autoroutes de l'information (...)

Promouvoir le secteur des télécommunications comme secteur économique essentiel à l'essor d'une économie compétitive (...)

1. Inédit

La déclaration opte clairement pour un développement du secteur par le marché mais fait dans le même temps, plus loin dans son propos, le constat de l'inadéquation du cadre législatif à un tel objectif qu'elle qualifie «d'insuffisant» en affirmant en conséquence que parmi les grands axes du programme gouvernemental figure : «la refonte du cadre législatif et réglementaire des secteurs de la poste² et des télécommunications pour asseoir ces réformes sur une base solide transparente et sûre.»

La régulation, maître mot de l'ouverture, suppose retrait de l'Etat entrepreneur et ouverture qu'organisent les principes que pose la loi nouvelle. Il s'agit là des aspects juridiques touchant à la substance du nouveau cadre juridique (I) Mais elle implique, en outre, des innovations institutionnelles qu'incarne la création d'une autorité de régulation (II).

I) Les principes juridiques substantiels de libéralisation du secteur :

La libéralisation du secteur implique l'émission de règles du jeu de fonctionnement et d'exercice des droits et devoirs posés en faveur et à la charge des nouveaux entrants (A), mais elle implique avant tout la pose des règles de l'ouverture (B)

A/ Les principes d'une libéralisation ex ante :

La libéralisation ex ante passe par le réaménagement de l'environnement juridique conceptuel propre à l'économie sectorielle.

1. Une interpellation de la domanialité :

Un renvoi pertinent est fait à cet égard à la constitution de 1996 par le texte de la déclaration qui considère que «la poste et les télécommunications sont propriété publique» et que cela n'empêche pas que les marchés relatifs à ces domaines» (puissent) «faire l'objet d'ouverture par le biais de concessions»

Voulant prévenir contre le peu de cas qu'elle fait de cette référence constitutionnelle et introduisant la libéralisation qu'elle poursuit comme une

2. L'irruption dans le propos du secteur de la poste peut étonner à juste titre dans la mesure où toute l'analyse et tous les constats se rapportent exclusivement au secteur des télécommunications dont il est peu satisfaisant pour l'esprit que ses manques puissent fournir l'aliment et les raisons de la réforme ...de la poste.

exception à celle-ci, savoir la propriété publique consacrée par la constitution dans ce secteur, la loi 2000-03 du 5 août 2000³ traduit imparfaitement cette directive gouvernementale comme une exception à la domanialité publique instaurée sur les activités du secteur par la loi domaniale⁴ empruntant ainsi les sentiers d'une confusion qui lui préexiste.

Cette confusion bien mise en évidence par un auteur⁵ consistant à assimiler abusivement et mécaniquement propriété publique et domanialité publique, est à nouveau à l'œuvre dans la loi 2000-03 du 5 août 2000 qui voulant sans doute évoquer la propriété publique que la constitution consacre sur ces «activités» (sic) et tentant de s'en prémunir, les range dans une domanialité publique considérée comme un obstacle non insurmontable pour les desseins qu'elle leur trace dans le nouveau régime juridique que la loi en cause leur assigne.

La loi indique bien en effet que «nonobstant l'article 12 de la loi domaniale édictant leur «appartenance au domaine public» (sic), les activités de la poste et des télécommunications sont ouvertes à l'initiative privée.

L'article 12 indique bien in fine en effet que les biens considérés comme propriété publique par l'article 17 de la constitution font partie du domaine public.⁶

Cette assimilation conduit le législateur de l'an 2000 à la prendre en compte pour la dépasser et en quelque sorte la défier pour lui imposer l'exception des réformes.

Défi don quichottien s'il en est car il n'y avait là au vrai nul combat à livrer tant il est établi que la domanialité publique n'implique jamais une inaliénabilité absolue et que le domaine privé peut lui aussi à l'inverse donner lieu à des protections inattendues mais tout aussi renforcées par le système de l'inaliénabilité propre à la propriété publique.

C'est en fait la propriété publique instaurant un système d'inaliénabilité absolue qui est ici entamé par l'exception et non la domanialité publique dans laquelle les range improprement la loi domaniale et très logiquement à sa suite la

3. JORA n° 48, année 2000, p.5

4. Loi n° 90-30 du 1er décembre 1990, JORA 1990, p.1416

5. Article 12 de la loi domaniale, ibid qui dispose bien que «Le domaine public comprend les droits et les biens meubles et immeubles qui servent à l'usage de tous et qui sont à la disposition du public usager, soit directement soit indirectement par l'intermédiaire d'un service public pourvu qu'en ce cas, ils soient par nature ou par des aménagements spéciaux, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier de ce service, ainsi que les biens considérés comme propriété publique au sens de l'article 17 de la Constitution» (C'est nous qui soulignons).

6. A. RAHMANI, Les biens publics en droit algérien, Editions internationales, Alger, 1996, p.134 et S.

loi 2000-03 qui n'a pas, l'aurait-elle voulu, l'envergure de l'amendement constitutionnel à même de corriger une telle confusion prêtant faussement à la domanialité publique le pouvoir de s'opposer à une telle libéralisation, alors qu'il est patent que celle-ci ne peut au mieux imposer qu'une inaliénabilité relative, l'inaliénabilité ne durant en effet que ce que dure historiquement l'affectation des biens ou de l'activité au service public ou à l'usage du public.

Faire tomber ces activités dans le régime du libéralisme économique spéculatif ne nécessitait pas de passer par l'exception assumée à la domanialité publique que laisse percer l'expression «nonobstant» mais qui en fait ne s'y oppose pas, mais aurait dû convoquer la voie de l'amendement constitutionnel désacralisant la propriété publique sur ces activités. Ce qui n'a pas eu le mérite d'advenir jusqu'ici.

Pour que le défi que pressent confusément le législateur soit campé dans son décor approprié il aurait fallu user comme il se devait, de l'expression «propriété publique» improprement rangée dans la domanialité publique par la loi domaniale en son article 12.

Il faut en effet détacher l'article 17 de la constitution consacré à la patrimonialité publique et où sont rangés limitativement toutes sortes de biens et d'activités, politiquement proclamés sous l'enveloppe et grâce au secours du droit, inaliénables, de l'article 18 qui confie à la loi la définition du domaine national et qu'il décompose en domaine public et privé de l'Etat et dont les règles de gestion sont proclamées comme relevant du domaine de la loi.

C'est à la patrimonialité publique qui peut s'exprimer tout aussi bien dans le domaine public et dans le domaine privé de l'Etat que la loi 2000-03 ose l'exception et non à la domanialité publique dont ce n'est ni l'office ni la vocation de s'opposer catégoriquement à l'inaliénabilité, l'acte administratif de déclassement du domaine public suffisant à écarter la règle de l'inaliénabilité.

Cette audace outrepassant les pouvoirs du législateur en fait de dérogation à un principe constitutionnel, installe cependant le secteur dans la liberté d'entreprendre et l'ouvre à la concurrence en y permettant l'investissement par une patrimonialité privée émanant d'opérateurs non étatiques activant sous le régime de droit privé. Des correspondances doivent ici du reste s'établir avec l'article 37 de la constitution rétablissant un principe que des auteurs avaient considéré en dépit de l'héritage opéré par la loi du 31 décembre 1962, comme considérablement amoindri dans le paysage juridique algérien⁷ celui de la liberté du commerce et de l'industrie dont la logique semble avoir été présentement à l'œuvre dans l'ordre constitutionnel

7. C.DAVID, La liberté du commerce et de l'industrie en Algérie, RASJ, 1972, p.633, J.L. AUTIN, Le droit public économique algérien, Thèse, Montpellier, 1976, p. 365.

achevant de faire tomber par désuétude, la logique de la patrimonialité publique historique sur les activités qui y avaient été rangées par l'article 17.

Plus pertinent en revanche, quant à la domanialité publique, l'espace hertzien et les ressources en fréquences qui le caractérisent et sans lesquelles, aucun réseau de télécommunications n'est concevable et donc, quoique qu'édicte l'article 3 de la loi 2000-03, aucune activité de télécommunications.

La Constitution affirme la souveraineté de l'Etat sur son espace aérien qui comprend forcément nature oblige, les fréquences hertziennes qui s'y déploient. L'article 17 de la constitution ne comprend pas dans son énumération, consacré à la patrimonialité publique, l'espace hertzien ni a fortiori l'espace aérien.

C'est à l'article 12 de la loi domaniale qu'il convient de recourir pour se renseigner sur le statut des fréquences hertziennes ou du moins sur celui de l'espace aérien qui le comprend.

Les fréquences hertziennes font-elles partie des «droits et (des) biens meubles et immeubles qui servent à l'usage de tous et qui sont à la disposition du public usager soit directement soit indirectement par l'intermédiaire d'un service public pourvu qu'en ce cas, ils soient par nature ou par des aménagements spéciaux, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier de ce service» comme en dispose l'article 12 de la loi domaniale ?

La nature incorporelle de ce bien s'accommode mal, en fait, du raisonnement traditionnel repris par ledit article et fondé sur le critère d'affectation des biens du domaine à l'usage du public ou d'un service public.

Il semble bien pourtant que l'espace hertzien appartienne à cette partie du domaine public naturel qu'est l'espace aérien territorial figurant dans l'énumération de l'article 15 de la loi domaniale consacré aux dépendances de ce domaine public et que ce mode de communication constitue un service public par nature, l'utilisation des fréquences radioélectriques par les titulaires d'autorisations, constituant dès lors un mode d'occupation privative de ce domaine.

Est-on en droit de penser, en conséquence, que les fréquences obéissent aux règles d'imprescriptibilité, d'incessibilité et d'inaliénabilité caractéristiques du domaine public et donc en inférer que, dans le respect des normes s'appliquant à l'usage du domaine public, les autorisations d'occupation sont précaires et révocables pour motif d'intérêt général ? La loi 2000-03 prend bien soin de soin de préciser dans ses principes généraux que l'Etat, au titre de ses prérogatives de contrôle des télécommunications «dispose de l'usage exclusif du spectre des fréquences radioélectriques et en administre l'usage par les opérateurs, les prestataires de services et les usagers directs (...)»

L'occupation privative est un droit d'usage qui ne peut-être dès lors que précaire et révocable en conformité avec la domanialité publique et n'emporte pas de droits de type patrimonial, l'inexistence d'un marché des fréquences et leur non attribution par voie d'appel d'offres confirmant ce fait.

Les cahiers des charges des opérateurs de télécommunications fixe et mobile édictent bien à cet égard que «si des fréquences radioélectriques assignées au titulaire ne sont pas exploitées par le titulaire dans le délai d'un an à compter de leur assignation, l'autorité de régulation est habilitée à engager une procédure d'annulation de l'assignation(...)»

De même est-il possible d'induire ce caractère précaire du libellé de l'article 4 du décret exécutif n°04-158 relatif au montant des redevances radioélectriques qui édicte que «les redevances sont dues pendant toute la durée de validité de l'autorisation».

La question qui vient immédiatement à l'esprit est : quid de la sécurité des situations juridiques, si nécessaire à la prise de décision en matière d'investissements dans des activités qui, retirées de la domanialité publique continuent à en relever pour les ressources rares qu'on leur affecte ?

Doit-on se diriger pour ce faire vers l'adoption de solutions semblables à ce qui a cours sous d'autres cieux et dans un environnement juridique conceptuel comparable, en énonçant comme le fait le Conseil d'Etat français que «les autorisations d'utilisation des fréquences délivrées par l'ARCEP, même si elles ont notamment pour effet de permettre l'utilisation du domaine public hertzien, créent des droits au profit de leurs titulaires ; qu'il est constant que les autorisations attribuées à la société Altitude Télécom étaient devenues définitives à la date à laquelle l'ARCEP a statué sur la demande de la SOCIETE NEUF TELECOM ; qu'ainsi, (...), l'ARCEP n'était pas tenue de les abroger».⁸

Ce type de décisions a pour vertu de rassurer les bénéficiaires d'assignation de fréquences qui se voient ainsi reconnaître outre un droit à la fréquence que suggère la licence délivrée et sans lequel le titre serait vidé de sa substance, un droit sur la fréquence jurant quelque peu avec la précarité que suppose l'occupation privative du domaine public mais réconciliant l'assignation de la fréquence (occupation du domaine public) avec la levée de la propriété publique sur les activités des télécommunications inaugurée par la loi 2000-03 (liberté du commerce et de l'industrie dans ces activités) et leur libéralisation subséquente.

8. arrêt Société Neuf Télécom SA, n° 289564, Rapporté par La lettre de l'Autorité, Juillet-Août 2006, P.22 (Cette revue est une publication de l'autorité française de régulation) L'arrêt est téléchargeable sur <http://www.fr/textes/recours/ce-9telecom-300606pdf>

L'exception faite au principe constitutionnel de la propriété publique, l'occupation du domaine public qu'implique l'activité de télécommunications ont paru singulièrement exorbitants et ont à coup sur inspiré les règles d'ouverture du marché que la réglementation subséquente à la loi a posées, notamment pour ce qui concerne les réseaux ouverts au public, justiciables, à l'exception notables des réseaux de téléphonie sur internet, de procédures de «beauty contest» ou d'appel à la concurrence que décrit avec force détails le décret n° 01-124 du 9 mai 2001⁹

2. L'adjudication protectrice de l'intérêt général :

Acte de nature à concéder un droit d'occupation du domaine public hertzien et exception positive à une domanialité publique englobant la propriété publique, le titre d'exploitation dont la loi prévoit la délivrance (licence et autorisation) pour ouvrir le secteur à la concurrence est entouré de précautions procédurales posées par des règles d'adjudication strictes.

Il n'est pas contestable qu'un alignement sur le principe de l'enchère technique et financière est de nature à préserver les intérêts généraux inhérents à tout service ouvert au public, marqué par sa nature passée récente de service public (le service public des PTT comme le dénommait la doctrine et la jurisprudence antérieure aux réformes en France dans des arrêts antérieurs à l'indépendance de l'Algérie).

L'idée d'intérêts généraux, d'autorisation administrative d'occupation privative du domaine public, celle d'accès à la ressource publique qu'est la fréquence et la numérotation, mais aussi celle de service rendu au public expliquent sans doute l'alignement sur un mode d'accès semblable aux marchés publics. On y retrouve d'ailleurs des modalités semblables en tous points comme l'appel à la concurrence et le règlement qui l'accompagne qui stipule l'exigence de la souscription d'un modèle de caution de soumission et d'un autre relatif à la garantie de paiement au profit du Trésor du montant contenu dans son offre financière toutes deux constituées par une banque internationale de premier ordre, une offre technique et financière détaillée dans le document remis à cet effet par le soumissionnaire candidat, conforme aux exigences techniques minimales détaillées dans le règlement d'appel à la concurrence et le cahier des charges faisant partie de la documentation officielle qui lui est remise contre paiement de droits.

De telles exigences sont celles du gouvernement qui émet tous ces documents constituant le dossier d'appel d'offres dont est destinataire l'ARPT chargée de le mettre en œuvre par la procédure d'adjudication qu'elle diligente jusqu'à

9. Décret portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par l'appel à la concurrence pour l'octroi de licences en matière de télécommunications, JORA n° 27 du 13 mai 2001, p. 11

l'établissement du procès verbal par la commission installée à cet effet en son sein rendant compte du résultat final de l'adjudication menée et qui est transmis au ministre du secteur aux fins de sa validation par ce dernier avant que de devenir la substance du décret exécutif qui approuve l'adjudication menée.¹⁰

Du passé récent de domanialité publique du secteur, il subsiste la prérogative régaliennne donnée au ministre de mettre fin sans avoir à le motiver au processus d'octroi de licence, l'autorité de régulation consultée.¹¹ Et des exigences d'intérêt général qu'impose l'application des conditions mises à son octroi, il résulte la possibilité de retrait de la licence en cas de non exploitation dans un délai prévu par le cahier des charges¹² Ce dernier est le siège des principes substantiels d'une régulation ex post : celle qui veille, après l'ouverture au respect d'un fonctionnement harmonieux des régimes juridiques d'exploitation mis en place par la réforme.

B/ Les principes juridiques substantiels d'une régulation ex post :

Les cahiers des charges qui accompagnent aussi bien la licence délivrée par le Gouvernement que l'autorisation qu'octroie l'ARPT, ont certainement une nature réglementaire marquée et l'apposition de leur signature par l'autorité de délivrance et le bénéficiaire ne doit pas faire illusion. Il y a emprunt d'un accessoire de déguisement au procédé contractuel qui donne une façade consensuelle à l'opération et accentue la solennité de la délivrance de même qu'elle rend compte de la conscience que reconnaît avoir le bénéficiaire de l'importance des obligations mises à sa charge par ce cahier qui se présente comme un catalogue de droits et d'obligations à caractère réglementaire et reprenant de toute manière ce que la loi et les textes réglementaires ont prévu en guise de conditions d'exploitation, de redevances et de respect des normes en matière de concurrence et de respect des droits des usagers.

Les analyses doctrinales faites à propos de la concession de service public et du cahier des charges qui l'accompagne sont mutatis mutandis tout à fait transposables à cet égard¹³. Celle-ci est trop porteuse d'injonctions et de commandements d'agir pour se voir valablement qualifiée de contrat. L'unilatéral y est prégnant et le

10. Ibid, article 9 à 15 et 17 du décret.

11. Ibid, art 16 du décret.

12. Ibid article 21.

13. V. A. DELAUBADERE, F. MODERNE et P.DELVOLVE, Traité des contrats administratifs, n°s 63 et et s. et spécialement n° 69 sur l'accord condition ou l'acte condition générateurs de situation réglementaire.

synallagmatisme si caractéristique de situations contractuelles pas du tout ou si peu présent. Une volonté unilatérale de gestion par cahier des charges interposé de la délivrance d'un service au public y prédomine. La licence ou l'autorisation (autre nom en étymologie de la licence) sont bien une permission, la levée d'une interdiction, pour la délivrance en lieu et place du monopole public d'un service que celui-ci rendait centralement. On ne saurait sans en trahir l'essence et les termes où ne se rencontre à aucun moment de formulation de type conventionnel (comme «s'engagent» ou «conviennent»), l'assimiler à un contrat.

La nature réglementaire du cahier des charges n'en apparaît que plus évidente lorsqu'on apprend que tous les cahiers des charges d'une même catégorie de licence ou d'autorisations sont identiques¹⁴ et qu'il en découle que les nouveautés d'un cahier des charges accompagnant un titre d'exploitation attribué à un nouvel entrant dans une même catégorie de licences ou d'autorisation sont déclarés, tout comme une clause non écrite, s'appliquer de plein droit aux cahiers des charges précédents, non discrimination oblige. Cela ne ravive-t-il pas le souvenir d'un principe cardinal du droit, l'égalité des citoyens devant la loi, c'est-à-dire devant des dispositions à caractère impersonnelles et générales ?

L'impression du réglementaire est renforcée du reste par l'approbation de la licence délivrée par décret exécutif accompagnant le cahier des charges qui s'en imprègne immanquablement.¹⁵ Et même si la loi use d'un langage conventionnel en édictant au début de son article 32 que «La licence est délivrée à toute personne physique ou morale adjudicataire d'un appel à la concurrence qui s'engage...», elle tempère le propos consensualiste en finissant ce dernier par le commandement de «à respecter les conditions fixées dans le cahier des charges».

Les cahiers des charges des licences ou des autorisations met en place les conditions d'exploitation dont il modélise de façon uniforme la substance. Ils reprennent en les détaillant les directives de la loi qui édicte deux régimes d'exploitation à permission portant la dénomination même du titre qui les délivre, savoir la licence et l'autorisation, un régime souple et libéral, le régime de la simple déclaration en vertu duquel le déclarant, pour un certain nombre de services limitativement énumérés par décret¹⁵, reçoit un certificat d'enregistrement, au dos duquel l'autorité a volontiers glissé comme une sorte de charte de l'exploitation un vade mecum des dispositions législatives et réglementaires applicables de plein droit à l'activité déclarée et qu'elle a en fait glanées et synthétisées dans le

14. Article 32 in fine de la loi 2000-03.

15. article 17 du décret 01-124, op.cit., : «la ou les licence(s) qui ont été adjudgées par l'autorité des régulation sont approuvées par décret exécutif (...)».

15. décret n° 01-123 du 9 mai 2001, modifié et complété, JORA n° 27 du 13 mai 2001, p.9.

document, pâle copie ou ersatz de cahier des charges à l'impossible émission dans cette catégorie d'actes.

La substance de ces trois régimes, surtout ceux de la licence et de l'autorisation est tout entière vouée à prescrire des obligations d'exploitation, des interdictions, des redevances d'assignation de fréquences et de numéros, de contribution à la recherche la normalisation et la formation, de contribution au service universel et de versement de doit d'entrée dans le marché.

Ils mettent en place, sans vraiment que les conséquences en soient tirées dans la nomenclature qui est censée les évoquer mais qui ne le fait pas les conditions et les caractères d'une activité réglementée.

Ils édictent en conformité avec la loi 2000-03 qui contient quelques précisions à cet égard et sans que curieusement, cette loi ne vise le texte matrice et siège de la matière, savoir la loi 89-02 de protection des consommateurs, des principes fondateurs d'un droit de la consommation des services de télécommunications. Les articles 17, 19.2, et 20 du cahier des charges du service de téléphonie fixe, 18, 20.2 et 21 du cahier des charges de la téléphonie mobile témoignent à l'envi de l'émergence du consommateur sous l'enveloppe ancienne et quelque peu surannée de l'usager.

Non discrimination entre usagers, nom donné au consommateur dans un secteur récemment démonopolisé et où vraisemblablement reste très prégnante la culture du service public dans laquelle l'abonné reste volontiers l'usager du service public mais où celui-ci a enfin droit à un contrat d'abonnement où figurent des droits, et dont l'histoire du droit démontre bien que cela n'a pas été sans mal pour l'usager du service public des PTT.¹⁶ De même que sont prises en charge les exigences minimales de qualité de service au travers d'annexes qui annoncent en surface un calendrier de déploiement et de couverture et, en profondeur une certaine qualité de la communication. Des audits annuels sont d'ailleurs organisés chaque année par l'autorité durant les quatre premières années d'activité de l'opérateur et des sanctions pécuniaires peuvent être infligées à ce dernier pour des manquements non justifiés par la force majeure

Le souci de protéger le consommateur trouve un prolongement naturel dans la préoccupation de la réforme d'installer les principes généraux du droit de la concurrence que l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003¹⁷ abrogeant celle de 1995,

16. V. Arrêt du Conseil d'Etat français du 29 juin 1979, Madame Vve Bourgeois, A.J.D.A., 1980, p. 304, note Y. Brard, suivant en cela le tribunal des conflits dans son arrêt du 28 juin 1968, URSOT, Dalloz, 1969, p.416., et les réticences de la doctrine dont A. DELAUBADERE, op.cit, n°57

17. Ordonnance du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43, 20 juillet 2003, p21.

qui l'avait fait aussi du reste, a consacré et que la loi 2000-03 a repris en visant cette dernière et en introduisant par le biais du règlement¹⁸ les principes généraux du droit commun de la concurrence dans la législation spéciale des télécommunications, et qui renforcent indirectement les droits des consommateurs par ses retombées nécessairement bénéfiques lorsque bien conduite et balisée par les normes introduites, elle conduit à poser la base matérielle de la protection de leurs droits.

Les principes concurrentiels trouvent une incarnation spéciale dans l'économie de réseaux qu'est toujours celle des télécommunications, par l'obligation d'ordre public de permettre l'interconnexion nécessaire à tout nouvel entrant et sans laquelle il ne peut plus y avoir de réseau digne de ce nom, sans que cette interconnexion ne soit l'occasion pour celui qui est en place d'imposer des conditions léonines en tirant un profit acquis d'une situation anti concurrentielle de monopole comme cela était le cas par exemple de l'opérateur historique public à l'ouverture du marché. Cela est bien ici la traduction en droit des télécommunications de la pratique anticoncurrentielle réprimée et interdite dans la loi sur la concurrence et consistant à abuser soit d'une position monopolistique ou d'une position dominante (article 7), soit à exploiter une position de dépendance économique de tiers (article 11).

Le décret sur l'interconnexion, conformément aux directives de la loi sectorielle (article 25) édicte ainsi que les opérateurs sont tenus de donner suite aux demandes d'interconnexion formulées par d'autres opérateurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, le refus de la demande devant être motivé par des raisons objectives d'impossibilité technique majeure.

Le tarif d'interconnexion doit lui-même être assis sur des bases objectives, tendre vers les coûts que supporte l'opérateur qui offre l'interconnexion demandée. Un catalogue d'interconnexion doit du reste être publié par les opérateurs après son approbation par l'autorité de régulation qui vérifie à cette occasion le caractère objectif des tarifs offerts et qui peut en conséquence demander à l'opérateur d'introduire des amendements à cet égard.

Une convention d'interconnexion sanctionne les rapports de chaque opérateur avec chacun des autres. Cette convention est aussi soumise à l'approbation de l'ARPT qui vérifie si les conditions techniques de l'interconnexion sont réunies et si les principes tarifaires du catalogue ont été respectés.

18. Décret exécutif n° 02-141 du 16 avril 2002 fixant les règles applicables par les opérateurs de réseaux publics de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, JORA n° 28, du 21 avril 2002, p.11 et décret exécutif n° 02-156 du 9 mai 2002, JORA N° 35 du 15 mai 2002, p.9 et les cahiers des différents opérateurs qui contiennent tous l'édition de normes à ce sujet.

L'encadrement régulé de l'interconnexion, ici sommairement présenté est assurément une manifestation de la traduction sectorielle des principes de droit commun de la concurrence comme il l'est également et de manière plus directe, en matière de concurrence de tarifs de détail au public que le décret 02-141 met en place.

Les tarifs sont sous surveillance constante en dépit -ou à cause plutôt - du principe de liberté tarifaire que le droit sectoriel ne peut que constater. Les cahiers des charges s'en font du reste l'écho en décrivant la procédure selon laquelle tout nouveau tarif doit être non point approuvé car il ne s'agit pas de cela, mais faire l'objet de l'information de l'autorité 30 jours avant la date prévue par l'opérateur de son entrée en vigueur et l'autorité peut exiger de ce dernier de modifier son tarif si celui-ci ne respecte pas les règles d'une concurrence loyale (article 22.2 du cahier des charges des opérateurs de téléphonie mobile et 21 du cahier des charges des opérateurs de téléphonie fixe).

De plus sont prohibées les pratiques tarifaires anti concurrentielles et en particulier la vente à perte, la subvention d'un service en concurrence par un service en situation d'exclusivité, la vente groupée d'un service en concurrence et d'un service délivré en situation d'exclusivité, la vente concomitante de services en situations de concurrence.

La présentation d'une comptabilité analytique est due par les opérateurs à l'ARPT, car seule une telle comptabilité est susceptible de permettre, par la connaissance précise des coûts qu'elle engendre, la mise en œuvre des principes de prohibition anti concurrentielle qu'elle proclame. Des difficultés de lancement n'ont pas permis à tous d'être au rendez vous de cette exigence et il a fallu se contenter d'un succédané mis en place par la Banque Mondiale qui est le système dit de CMILT (couts moyens incrémentaux de long terme) qui permet d'approcher les coûts, en l'absence de comptabilité analytique de façon plus précise que ne le permettrait une comptabilité commerciale classique. Ce système a permis de réguler avec bonheur les tarifs de l'interconnexion.

Les principes substantiels ainsi brossés à grands traits, montrent bien un renouvellement des règles gouvernant l'activité des opérateurs du secteur. Ils montrent combien le souci engendré par le principe de liberté conduit à instaurer des règles protectrices de cette même liberté afin qu'elle ne se transforme du fait même de son essence intime, en son contraire et ne conduise à restaurer un passé de monopole et de carence qualitative.

Les innovations institutionnelles opérées par la loi, pour ce faire sont, à côté des principes sus évoqués et auxquelles s'adosse leur mise en œuvre, une chance de plus pour que celle-ci advienne.

II) Les innovations institutionnelles mises en place : l'autorité de régulation

L'autorité de régulation est une création de la loi 2000-03, censée appuyer et administrer le processus de réforme entrepris dans le secteur. Il importe de signaler que ce n'est pas l'apanage du seul secteur des télécommunications de disposer d'une telle institution, le secteur financier et, d'une manière générale, les secteurs dans lesquels prédomine l'économie de réseaux en disposent aussi¹⁹.

L'autorité de régulation censée être proche des acteurs constitue le vis-à-vis institutionnel premier des opérateurs. Sa proximité est censée assurer une régulation conviviale au fait des préoccupations des uns et des autres ; Il s'agit sans doute d'une avancée de la science administrative que d'avoir imaginé un tel schéma institutionnel d'administration du secteur.

Est-ce pour autant une avancée juridique que le droit positif aurait enregistrée ? Autrement dit l'institution telle que le droit sectoriel l'a conçue, est-elle appropriée aux avancées du droit substantiel sus examiné ?

Il importe en effet que son architecture juridique soit elle-même en phase avec l'objectif d'un marché concurrentiel, démonopolisé et respectueux de mieux-être téléphonique pour tous.

A objectif de marché concurrentiel, doit correspondre institution au dessus du marché ; c'est à dire indépendante de lui de ses forces horizontales et de ses pesanteurs verticales, en un mot des opérateurs et du gouvernement qui continue en effet à y posséder des intérêts par le biais d'opérateurs publics dits «historiques» dont il possède l'intégralité des actions du capital social en dépit de leur immersion dans la commercialité résultant des transformations structurelles qu'ils ont dû subir pour entrer dans le moule d'un secteur où la liberté du commerce et de l'industrie a fait irruption.

L'autorité de régulation doit donc une institution être indépendante dotée de prérogatives de puissance publique à égale distance des opérateurs et du gouvernement.

La proclamation de l'article 10 de la loi est sans ambiguïté :

«Il est créé une autorité de régulation indépendante, dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière.

(...)

19. V. à ce sujet, R.ZOUAIMIA, Les autorités de régulation dans le secteur financier en Algérie, Alger, Editions Houma, 2005, 203 pages. V aussi du même auteur, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, IDARA, N° 28, pp23-68, ibid, les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique, pp.123-165, V également, ibid, R.KHELLOUFI, Les institutions de régulation en droit algérien, pp.69-121

Les missions de celle-ci doivent en outre être assez importantes pour que l'indépendance proclamée ait quelque utilité.

Il s'agit donc de vérifier tout cela. Indépendance (II.i) et missions (II.ii) doivent être mesurées à l'aune de critères permettant de vérifier si nous sommes en présence d'un ici d'un discours sur le droit ou d'un droit nouveau effectif de régulation.

A/ Le statut d'indépendance de l'autorité de régulation : gage de son impartialité

L'indépendance se mesure à la capacité pour celui qui s'en prévaut de vivre de ses ressources, d'en disposer et de conduire son fonctionnement selon les règles qu'il s'est lui-même données et de ne dépendre dans la conduite des missions que la loi lui confie d'aucune directive tutélaire ni d'aucune pression stressante des acteurs au dessus desquels il doit impartialement se mouvoir.

Les conditions légales posées assurent-elles ces conditions ?

1. Les moyens financiers de l'indépendance :

L'article 22 prévoit comme de juste ces moyens en disposant :

«Les ressources de l'autorité de régulation comprennent :

Les rémunérations pour services rendus

Les redevances

- Un pourcentage sur le produit de la contrepartie de la licence due au titre de la licence visée à l'article 32 de la présente loi, fixé conformément à la loi de finances ;

La contribution des opérateurs au financement du service universel de la poste et des télécommunications ;»

Le recours au budget général de l'Etat est voulu exceptionnel («en tant que de besoin» et «pour l'accomplissement de ses missions» précise l'article), rappelant ainsi tout de même que l'autorité figure au rang des institutions de l'Etat.

Assurément il ya là une véritable avancée sur un terrain sensible et toujours révélateur du degré d'autonomie de l'institution qui l'enregistre.²⁰

20. Curieusement, R.ZOUAIMIA, les autorités administratives indépendantes..., ibid, ne relève pas cette avancée pourtant réelle et indéniable lorsqu'il aborde, p. 41 l'indépendance «virtuelle» des autorités de régulation. La généralité de son propos explique sans doute le fait. R. KHELLOUFI, ibid , évoque P.102 l'autonomie financière de l'autorité de régulation des télécommunications mais omet en relativisant cette autonomie pour d'autres autorités eu égard à l'absence de ressources propres, d'en excepter l'ARPT, qui ainsi que l'on vient de le constater en possède réellement.

2. Les moyens statutaires de l'indépendance et de l'impartialité :

Ceux-ci sont déclinés par la loi au titre des pouvoirs qui lui sont reconnus.

L'autorité, par le biais de son instance délibérante élabore elle-même son règlement intérieur et le statut de ses personnels. Ainsi en décide l'article 20 de la loi qui cite à titre indicatif les matières que peut contenir ce règlement, savoir son organisation, les règles de fonctionnement, les droits et obligations des membres du conseil et du directeur général qui sont les deux organes institués par la loi au sein de l'autorité, ainsi que les statuts des personnels.

Vaste palette non exhaustive des pouvoirs qui lui sont reconnus, ces prérogatives de légalité interne, reçoivent le renfort du système d'incompatibilités mis en place par l'article 18 de la loi qui édicte : «la fonction de membre du conseil est incompatible avec toute activité professionnelle, tout autre emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans un entreprise du secteur de la poste, des télécommunications, de l'audiovisuel et de l'informatique.»

Autre gage d'impartialité : le bicéphalisme qui la caractérise et qui institue deux organes : le conseil et le directeur général. Ce dernier gère les personnels dont la tâche et d'instruire en vue de les présenter au Conseil les divers points de l'ordre du jour, la séparation de l'instruction confiée à la direction générale qui examine les dossiers et donne son avis et la délibération chargée de prendre la décision au vu des résultats de l'instruction qui lui parviennent, permet au conseil de garder la distance qui s'impose et d'examiner d'un «œil neuf» les questions soulevées, ce qui garantit au justiciable une certaine contradiction toujours salutaire pour l'impartialité et l'objectivité tant il est établi qu'il est de bonne gouvernance que celui qui délibère ne participe pas à l'instruction car il peut l'orienter dans un sens qui vide de son contenu la délibération qui devient dès lors formelle, car celui qui instruit ne peut délibérer, s'il y est appelé, que dans le sens où il a instruit faisant perdre au justiciable et à l'administré une garantie que la loi lui a ménagée en séparant distinctement ces deux fonctions afin que la chance de deux avis distincts celui de l'instructeur et celui du délibérant, soit préservée, en permettant leur éventuelle confrontation et l'approfondissement du caractère objectif de la décision prise.

Ces gages d'indépendance et d'impartialité, pour réels qu'ils soient peuvent être renforcés.

3. *Appréciation critique : une indépendance à parfaire et consolider*

Faut-il considérer pour autant ces gages d'indépendance et donc d'impartialité comme suffisants eu égard à l'orthodoxie.

Les critères d'une autorité administrative indépendante émis par un auteur²¹ excluent l'autorité de régulation quand on les applique à celle-ci du statut même d'autorité administrative indépendante.

Cet auteur pose trois critères dont certains, comme l'exigence de l'absence de personnalité juridique propre par son inscription au sein d'une autorité centrale, font défaut à l'autorité de régulation des télécommunications et lequel, en dépit du pouvoir hiérarchique qu'il lui fait subir, n'entamerait pas son indépendance. Les critères posés par cet auteur, loin d'entamer l'indépendance de l'autorité la réduiraient en fait. D'ailleurs, ce dernier relève que cette indépendance «doit s'entendre, dans la pratique de l'action administrative»²², la jugeant ainsi à l'expérimentation pragmatique de l'exercice qu'elle en fait.

Au vrai, les critiques principales doivent porter essentiellement sur l'absence de mandat limité des membres de l'instance délibérante et l'absence de leur inamovibilité qui lui est corrélative et qui est de nature à amoindrir les chances d'une sérénité et d'une indépendance propices à la garantie de l'impartialité, le «stress» d'une révocation étant toujours présent²³ de même et à l'inverse que l'installation insensible mais inéluctable en l'absence de révocation, eu égard au caractère indéterminé du mandat, dans l'environnement d'un secteur économique peut éroder imperceptiblement et à l'insu même de l'individu et en dépit de toute la bonne foi possible l'objectivité et la vision que peut avoir la composante de l'organe délibérant des divers acteurs d'un paysage sectoriel aux traits devenus, le temps aidant, familial.

Cette relativisation de l'indépendance trouve t-elle son pendant dans les missions de l'ARPT. Il convient de s'en assurer après les avoir brièvement décrites.

21. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T.1, Paris, Beyrouth, LGDJ, DELTA, 16ème édition, n°s 138 et s

22. *Ibid*, n°145

23. R. KHELLOUFI, *ibid*, pp 98-100.

B/ Les missions de régulation confiées à l'ARPT :

L'ARPT dispose de trois catégories de mission participant toutes de celles dévolues à la puissance publique :

1. Les missions :

Une mission normative qui lui permet de prendre des mesures de portée générale et impersonnelle s'apparentant à un pouvoir quasi réglementaire. Le régime de l'autorisation est celui qui s'y prête le plus car elle y possède sans conteste la prérogative d'élaborer les cahiers des charges, qui contiennent les conditions de l'exploitation des exigences précises de comportement imposées aux opérateurs qui s'y inscrivent. Elle donne aussi son agrément préalable aux terminaux de télécommunications et aux installations radioélectriques destinés à être connectés à un réseau public de télécommunications, fabriqué pour le marché intérieur ou être importé, détenu en vue de sa vente ou être mis en vente, distribué à titre gratuit, ou faire l'objet de publicité.

L'ARPT peut prendre toute mesure de nature à rétablir ou promouvoir la concurrence sur le marché dispose l'article 13 de la loi qui poursuit que celle-ci a la mission de décider du partage d'infrastructures des télécommunications de planifier et de gérer le spectre de fréquences dans les bandes qui lui sont attribuées d'établir un plan de numérotation et d'attribuer les ressources en numérotation aux opérateurs, d'approuver les offres de référence d'interconnexion.

Elle dispose pour cela de pouvoirs d'investigation et d'un droit à l'information auquel les opérateurs ne peuvent même pas opposer le secret professionnel.

Une mission consultative étendue, le ministre la consultant sur tout projet de texte réglementaire, sur la préparation des cahiers de charges des licences, sur la préparation de la procédure de sélection des candidats pour l'exploitation des licences de télécommunications. Il recueille aussi son avis sur toutes les questions relatives au secteur, la fixation des tarifs maximums du service universel, l'opportunité ou la nécessité d'une réglementation, les stratégies de développement du secteur. Il recueille aussi ses recommandations préalablement à l'octroi, le renouvellement ou le retrait d'une licence, pour proposer les montants de la contribution au financement du service public.

Une mission ou un pouvoir quasi-juridictionnels ?

C'est assurément la plus inédite des prérogatives qu'aura confié, si elle s'avère comme telle, le législateur à l'autorité de régulation.

L'autorité se prononce exclusivement sur les litiges en matière d'interconnexion et sur tout autre litige entre les opérateurs et entre ces derniers et les usagers. Il y a

là la naissance d'une juridiction spéciale aux litiges de la consommation des télécommunications. Le souci de répandre les technologies de la communication à des consommateurs rassurés est ici évident.

L'arbitrage est déjà en soi un mode de règlement des différends assez original qui permet de s'affranchir des lourdeurs d'une justice institutionnelle pour tirer profit d'une structure légère proche des opérateurs dotée de pouvoirs de médiation préalable afin d'éviter autant que faire se peut le conflit et de jouir d'un règlement de procédure ad hoc dont la souplesse agréée les opérateurs et protège le secret des affaires.

L'ARPT s'est dotée d'un règlement de procédure assez succinct qu'une communication à venir analysera mais dont il suffit de dire qu'il a le souci du contradictoire et qu'il ménage à tout instant de la procédure la possibilité de transiger.

Il faut tout de même énoncer ici pour que le terme arbitrage ne fasse pas illusion qu'il s'agit plutôt à notre sens d'un mode d'élaboration juridictionnel d'une décision que l'article 17 de la loi considère comme administrative et justiciable de ce fait de la seule censure en premier et dernier ressort du conseil d'Etat, révélant ainsi que les décisions de l'autorité y compris celles qui tranchent un litige, ont en fait le caractère d'actes émanant d'une autorité administrative centrale au sens de l'article 9 de la loi organique instituant le Conseil d'Etat.

2. Des missions orphelines d'un pouvoir de sanction comminatoire :

La principale lacune de l'édifice réglementaire ainsi érigé est sa stérilisation par l'absence problématique de pouvoir de sanction.

Le seul manquement assorti de ce pouvoir est celui que constaterait l'ARPT dans la couverture et le déploiement et qui obligerait le titulaire de la licence à verser une pénalité d'un montant proportionné au nombre de wilaya non couvertes.

L'inexistence ou presque d'un pouvoir de sanction obère en dehors de la sanction ultime qui est la suspension ou le retrait de la licence dont le pouvoir dissuasif aura ainsi été consommé, les pouvoirs de l'autorité à l'égard des opérateurs.

On peut soutenir à l'inverse qu'un respect scrupuleux de la constitution et de la séparation des pouvoirs qu'elle contient serait de nature à prohiber l'édiction d'un pouvoir de sanction -répressive à tout le moins- au profit de l'administration et au détriment des juges dont c'est l'office naturel.²⁴

24. R. ZOUAIMIA, Ibid, p.61

Il n'est tout de même pas anticonstitutionnel d'imaginer un pouvoir de sanction administrative de type disciplinaire et les juges constitutionnels dans nombre de pays ont dû se résigner à l'admettre, prérogatives de puissance publique dévolues à l'autorité de régulation oblige.²⁵

De même que la place seconde de l'ARPT dans l'élaboration des normes relatives aux licences, malgré un pouvoir consultatif appréciable constitutif d'une sorte de soft law devenant, force de conviction aidant petit à petit et subrepticement le droit, est de nature à amoindrir quelque peu l'étendue des missions ainsi passées en revue.²⁶

25. R. ZOUAIMIA, *ibid*, p 63

26. R. KHELLOUFI, pour un point de vue proche *idem* P117

Conclusion :

L'aphorisme mis en exergue de la présente contribution résume et rencontre dans une formule ramassée mais éloquente tout l'esprit qui anime la matière qui nous préoccupe. Elle rend compte dans le contexte d'une économie en transition vers le marché, du grand doute qui doit systématiquement habiter les politiques publiques et le droit qui les met en œuvre, de l'existence de cette " arlésienne ", qu'est la main invisible, tant vantée par un libéralisme orthodoxe puriste et militant.

Il a été dans un passé récent au fronton de nombre de commentaires et de plaidoyers juridiques pour un développement économique partagé.

Il l'est aussi assurément pour le normativisme qui doit succéder à une déréglementation peu soucieuse, car ce n'est pas sa vocation, d'intérêts généraux et de justice économique. Les monopoles privés ne doivent pas succéder aux monopoles publics démantelés. Le nouvel ordre public de direction commande et convoque la régulation : assurer le maintien ne variatur des conditions concurrentielles, l'intérêt des usagers, consommateurs de produits et de services et faire respecter les intérêts généraux de continuité du service jadis public aujourd'hui au service du public.

Mélange de normes faites de contrainte mais aussi de conviction, de pédagogie et d'incitation, la régulation est un art au service du droit, une certaine approche de ce dernier, fait de savants dosages sans cesse renouvelés au gré des évolutions, assez rigoureux pour contraindre et assez souple dans le même temps pour convaincre attendre les retardataires et les faire entrer dans le rang.

Un libéralisme surveillé, tel pourrait être l'esprit des réformes du secteur et qui répond comme un écho à l'aphorisme évoqué plus haut.

En dépit des relativisations nécessaires, il reste qu'à bien des égards les aspects juridiques essentiels ici passés en revue, se distinguent par leur nouveauté, leur fraîcheur, leur naïveté quelque fois leur puissante capacité d'interpeller le droit économique en place et, pêché de jeunesse certainement par leur caractère incomplètement mature.

L'ARPT a été consultée sur les amendements à apporter à la présente loi sectorielle. Elle n'a pas manqué d'apporter à cette occasion nombre de suggestions et d'analyses allant dans le sens des propos de cette contribution.

Puisse-t-elle être entendue.

La conditionnalité politique dans le cadre de la coopération euro-méditerranéenne : Analyse de «la clause de droits de l'homme».

HETTAB FOUAD '
Faculté de Droit d'Alger

Introduction

Depuis la fin des années quatre vingts, l'union européenne a choisi de mener une politique étrangère de projection qui consiste à projeter ses valeurs à l'extérieur du territoire communautaire¹, à travers l'exercice d'une influence politique économique et culturelle sur ses partenaires, en utilisant les moyens de pression dont elle dispose².

Le principe de conditionnalité politique constitue l'un des principes juridiques mis à la disposition de l'Union Européenne³ pour pouvoir projeter ses valeurs, mais qui reste néanmoins, selon le professeur Cathérine Schneider⁴, un principe suffisamment peu connu pour que l'on s'attarde un temps sur sa nécessaire définition. Il y a deux termes, celui de la conditionnalité, d'abord, et celui de la politique, ensuite. Le terme de conditionnalité renvoie à l'idée de soumettre un droit ou encore un avantage au respect d'un certain nombre de critères, des droits ou des

1. Comme le confirme l'article 8 du traité de Lisbonne qui stipule :

«1.L'Union développent avec les pays de son voisinage des relations privilégiées, en vue d'établir un espace de prospérité et de bon voisinage, fondé sur les valeurs de l'Union et caractérisé par des relations étroites et pacifiques reposant sur la coopération.

2. Aux fins du paragraphe 1, l'Union peut conclure des accords spécifiques avec les pays concernés. Ces accords peuvent comporter des droits et obligations réciproques ainsi que la possibilité de conduire des actions en commun. Leur mise en œuvre fait l'objet d'une concertation Périodique". Disponible sur :
<http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?lang=fr&id=1296&mode=g&name=>

3. Jinan Ilimam «l'accord d'association Tunisie- Union Européenne et le processus de démocratisation en Tunisie», in «the european union and méditeranean The Mediterranean's European Challenge» Volume V, Edited by Peter G. Xuereb European Documentation and Research Centre University of Malta 2004, disponible sur www.fscpo.unict.it/EuroMed/EDRC5/democratisation02.pdf, page 285.

4. Ainsi, selon le professeur Catherine Schneider la conditionnalité politique doit être distinguée de la conditionnalité économique comme par exemple les engagements souscrits en faveur de l'économie de marché.

pratiques ; dire par ailleurs, que la conditionnalité est politique, c'est souligner le caractère politique des exigences ainsi posées. Ces exigences intéressent de manière générale le respect de la démocratie, de l'état de droit, des droits de l'homme, le noyau dur de la conditionnalité politique de l'union européenne⁵.

Les pays tiers méditerranéens (PTM) ont conclu des accords d'associations avec la communauté européenne et ses Etats membres⁶ et ce, dans le cadre du processus dit de «Barcelone» ; ils se sont vus imposer le principe de conditionnalité politique à travers l'insertion d'une clause «droits de l'homme» dans le cadre de la coopération bilatérale. Quelles sont les différentes étapes de l'évolution de cette clause ? Quelle est sa portée dans le cadre de la coopération euro-méditerranéenne ? Et, enfin, y-a-t-il une place à un dialogue institutionnel sur les questions des droits de l'homme?

1. Evolution de la typologie de «la clause droits de l'homme» de l'Union Européenne :

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastrich au titre des objectifs de la politique étrangère de sécurité commune et notamment les articles J.1, paragraphe 2, (devenu après le Traité de Lisbonne article 21 TUE⁷) et de la politique communautaire de coopération au développement article 130U TCE, (devenu

5. Catherine Schneider : «Union européenne et la conditionnalité politique». Communication au forum De Nijni Novgorod (Juillet 2004) consacré à «la contribution du droit international et du droit européen à la définition et à la défense de la démocratie, de l'état de droit et du respect des droits de l'homme», organisé dans le cadre du projet Tempus TACIS VOLGADOC disponible sur :

<http://cesice.upmf->

[grenoble.fr/chercheurs/schneider/textes/conditionnalite_politique_Nijni_Novgorod.pdf](http://cesice.upmf-grenoble.fr/chercheurs/schneider/textes/conditionnalite_politique_Nijni_Novgorod.pdf).
page1

6. Voir, par exemple, le décret présidentiel, N°05-159 du 18 Rabie El Aouel 1426 corecepandant au 27 avril 2005 portant ratification de l' accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République Algérienne Démocratique et Populaire, d'une part, et la communauté européenne et ses états membres, d'autre part ; signé à Valence le 22 avril 2002, ainsi que ses Annexes 1 à 6, les protocoles N°1 a 7 et l' acte final y afferents, JORADP, N°31, du 30 Avril 2005.

7. Cet article stipule «1. L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde: la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la Charte des Nations unies et du droit international.».

article 208 TUE dans le Traité de Lisbonne)⁸. La communauté se voit doter d'une base juridique lui permettant d'inclure une «clause droits de l'homme et démocratie» dans les accords de coopération conclus avec les pays tiers⁹.

Les premiers accords établissant un lien entre les droits de l'homme et la coopération au développement ont été institutionnalisés par l'article 5 de la convention de Lomé IV (CE-ACP) de 1989¹⁰ dans une clause dite «fondement» car il s'agit de la toute première clause relative aux droits fondamentaux rendant conditionnelle l'aide publique au développement¹¹. Or, cette clause n'avait rien de contraignant, car ne constituant pas au regard du droit conventionnel international une base juridique claire pour la communauté européenne pour pouvoir suspendre ou même dénoncer l'accord en cas de violation grave des droits de l'homme. En effet, les conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur le droit des traités prévoient seulement deux circonstances qui permettent la dénonciation ou la suspension d'un accord : le changement fondamental des circonstances (art. 62 de la convention) et la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité (art 60 & 3). En ce qui concerne la deuxième circonstance, il était difficile pour la communauté européenne de qualifier l'article 5 d'élément essentiel de l'accord¹².

8. Cet article stipule :

«1. La politique de l'Union dans le domaine de la coopération au développement est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union. La politique de coopération au développement de l'Union et celles des États membres se complètent et se renforcent mutuellement.

L'objectif principal de la politique de l'Union dans ce domaine est la réduction et, à terme, l'éradication de la pauvreté. L'Union tient compte des objectifs de la coopération au développement dans la mise en œuvre des politiques qui sont susceptibles d'affecter les pays en développement.»

9. (M) Soriano, «Analyse de l'évolution de l'action extérieure de l'Union Européenne dans le domaine des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit», page 15, disponible sur : http://www.iej.net/fileadmin/IEJE/Pdf/Action_ext_rieure.pdf

10. (A) Mekaoui, «Le partenariat économique euro-marocain : intégration régionale stratégique», Edition l'Harmattan, 2000, page 243.

11. (M) Lebrun «La conditionnalité démocratique en matière d'aide publique au développement : sa mise en œuvre par l'Union européenne et ses conséquences», Essai de Maitrise, 2003, disponible sur : www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/memoires/lebrunmemoire.doc. page 22

12. (M) Soriano «L'Union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement : le rôle de la conditionnalité politique», publié dans la Revue Trimestrielle de droit européen, octobre 2002, page 13 et mise en ligne sur : http://www.iej.net/fileadmin/IEJE/Pdf/Coop_ration_au_d_veloppement.pdf

En 1992, apparait la clause de «l'élément essentiel» au sein des accords de coopérations conclus avec le Bresil, les pays Andins, les Etats Balte et l' Albanie¹³. L'innovation apportée par cette clause est substantielle dans la mesure où elle inscrit les droits de l'homme comme sujet d'intérêt commun¹⁴, mais aussi comme élément de dialogue. Depuis le 11 mai 1992, et conformément à une déclaration du conseil relative aux relations avec les Etats participant à l'organisation pour la sécurité et la coopération en europe (OSCE), le Conseil a non seulement encouragé la reconnaissance des droits de l'homme et des principes démocratiques comme un «élément essentiel» des accords conclus par la Communauté avec ces Etats, mais il a aussi prévu d'inclure un dispositif de sanction en cas d'urgence. En pratique, telle a bien été la solution retenue depuis 1992 mais il convient d'indiquer cependant comme l'a souligné Cédric Musso, une certaine hétérogénéité des clauses complémentaires, si bien que ce mécanisme était à «géométrie variable».

En effet, en fonction de la qualité des partenaires de la Communauté européenne, des clauses complémentaires et des déclarations interprétatives sont insérées ou non dans les accords. Il est ainsi possible de distinguer les clauses complémentaires en deux catégories, à savoir la «clause Balte» et la «clause Bulgare».

La clause Balte, ainsi dénommée car insérée pour la première fois dans les accords conclus entre la Communauté européenne et les Etats Baltes, dispose que «les parties se réservent le droit de suspendre avec effet immédiat l'application de l'accord dans sa totalité ou partiellement en cas d'atteinte grave à ses dispositions essentielles». Ces clauses présentent donc un caractère expéditif puisque permettant une suspension unilatérale sans délai, ni formalités préalables, en raison de son unilatéralisme excessif. Cette clause a été pratiquement dénué de toute portée. Elle ne fut ainsi insérée, outre dans les accords avec les Etats Baltes, que dans les accords conclus avec l'Albanie et la Slovénie.

La seconde catégorie de clause complémentaire, qui tient son nom du premier accord la comprenant, à savoir l'accord du 8 mars 1993 avec la Bulgarie, est politiquement plus acceptable. En effet, sa rédaction générique se résume à la formule suivante : «si une partie considère que l'autre n'a pas rempli l'une des obligations que lui impose le présent accord, elle peut prendre des mesures appropriées. Auparavant, elle doit, sauf en cas d'urgence spéciale, fournir au Conseil d'association tous les éléments d'informations utiles nécessaires à un examen approfondi de la situation en vue de rechercher une solution acceptable par les

13. (M) Lebrun, op cit supra, page 23.

14. Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen sur «la prise en compte du respect des principes de démocratie et de droit de l'homme dans les accords entre la CE et les pays tiers», com (95) 216 Finals, page 2, disponible en ligne sur : http://ec.europa.eu/external_relations/human_rights/doc/com95_216_fr.pdf

parties. Le choix doit porter par priorité sur les mesures qui perturbent le moins le fonctionnement du présent accord». On pouvait apercevoir le caractère plus modéré d'une telle clause car non seulement elle n'évoque pas spécifiquement une violation «grave» des droits de l'homme, mais en outre elle insiste sur l'échantillonnage des mesures à prendre et prévoit des garanties procédurales. L'usage de cette clause a donc été privilégié dans les accords extérieurs conclus par la Communauté et principalement ceux conclus avec la Bulgarie, la République Tchèque, la Roumanie, la Russie, l'Ukraine, la Slovaquie.

Bien que perfectionnée, la clause bulgare n'échappa pas à certaines critiques de la part des partenaires de la Communauté qui dénoncèrent le caractère trop vague de certaines notions comme celles des «mesures appropriées» ou d'«urgence spéciale». La pratique s'est donc répandue de compléter cette clause par des déclarations interprétatives, en vue de ménager les susceptibilités de ces Etats, qui développent des notions floues¹⁵.

En 1995, le Conseil a adopté une décision d'établissement d'un modèle de clause à inclure dans les futurs accords conclus par la communauté européenne avec les pays tiers en vue de garantir la cohérence du texte utilisé et de son application. Le modèle reprend la clause des droits de l'homme, en plus de la clause Bulgare. En effet, il s'agit d'une disposition énonçant que le respect des droits de l'homme inscrits dans la déclaration universelle des droits de l'homme inspirent les politiques intérieures et extérieures des parties et constituent un «élément essentiel» de l'accord. Une disposition finale relative à la non exécution de l'accord prévoit que chaque partie consulte l'autre partie avant de prendre des mesures, sauf en cas d'urgence spéciale. Dans une déclaration interprétative, il est précisé que le cas d'urgence spéciale comprend les violations d'un élément essentiel ; ce qui donne le droit à la communauté européenne de suspendre ou de dénoncer l'accord bilatéral¹⁶, conformément au droit conventionnel international, d'une part, au droit

15. (C)musso «les clauses droits de l'homme dans la pratique communautaire» revue droits fondamentaux ,n°1 ,juillet décembre 2001, page 76, en ligne sur : www.droits-fondamentaux.org

16. (M) Soriano «l'union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement le rôle de la conditionnalité politique publiée dans la Revue Trimestrielle de droit européen , octobre 2002 , page 14-15 et mise en ligne : http://www.ieje.net/fileadmin/IEJE/Pdf/Coop_ration_au_d_developpement.pdf

communautaire et notamment sont article 301 de TCE, d'autre part¹⁷ (devenu article 215 TUE du Traité de Lisbonne)¹⁸.

Globalement, selon Cédric Musso, les clauses des droits de l'homme de la l'Union européenne sont loin d'accroître la diversité des standards de protection. Bien au contraire, elles franchissent un pas en faveur de l'unification de ceux-ci. Conformément à l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme et aux références aux divers instruments de protection, il est exclu toute possibilité de se référer à d'autres instruments régionaux de protection des droits de l'homme. Cette idée est d'ailleurs confirmée par la communication de la Commission au Conseil du 23 mai 1995 dans laquelle elle insiste sur le fait que, s'agissant des préambules des accords, le système des clause droits de l'homme, s'il contribue en grande partie à coordonner les divers standards de protection des droits de l'homme, peut également conduire à un conflit entre les instances communautaires et les organes de contrôle du respects des droits de l'homme. Liée à l'interprétation à donner à une atteinte aux droits de l'homme, il n'est pas exclu, en effet, que la qualification de «violation substantielle» par les instances communautaires soit établie sur la base de mauvais critères¹⁹.

Après avoir étudié l'évolution générale de la typologie de «la clause droits de l'homme» établie par l'Union européenne, il est à présent intéressant de comprendre sa portée dans le cadre de la coopération euro-méditerranéenne.

17. Jinan limam, «L'accord d'association Tunisie- Union européenne et le processus de démocratisation en Tunisie», in : *The European Union and Méditeranean's, The Mediterranean's European Challenge*, Volume V, Edited by Peter G. Xuereb, European Documentation and Research Centre University of Malta, 2004, disponible sur : www.fscpo.unict.it/EuroMed/EDRC5/democratisation02.pdf, page 296

18. Cet aritcle stipule que :

«1. Lorsqu'une décision, adoptée conformément au chapitre 2 dispositions spécifiques du titre V (politique étrangère et de sécurité commune), du traité sur l'Union européenne, prévoit l'interruption ou la réduction, en tout ou en partie, des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition conjointe du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et de la Commission, adopte les mesures nécessaires. Il en informe le Parlement européen.

2. Lorsqu'une décision, adoptée conformément au chapitre 2 du titre V du traité sur l'Union européenne, le revoit, le Conseil peut adopter, selon la procédure visée au paragraphe 1, des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques.

3. Les actes visés au présent article contiennent les dispositions nécessaires en matière de Garanties juridiques.»

19. (C)Musso, «Les clauses droits de l'homme dans la pratique coomunautaire», *Revue droits fondamentaux*, n°1, juillet décembre 2001, page 80, en ligne sur : www.droits-fondamentaux.org

2. L'insertion de «la clause droit de l'homme» dans le cadre de la coopération euro-méditerranéenne :

2.1. la clause droits de l'homme dans les accords d'associations :

L'article 2 de l'accord d'association conclu avec l'Algérie, par exemple, qui constitue la base juridique de la conditionnalité politique, stipule que :

«Le respect des principes démocratiques et des droits fondamentaux de l'homme tels qu'énoncés dans les déclarations universelles des droits de l'homme, inspire les politiques internes et internationales des parties et constitue un élément essentiel de l'accord».

Cette clause type qu'en retrouve dans tout les accords d'associations euro-méditerranéenne fait des droits de l'homme et des libertés fondamentales un élément essentiel. Elle a été élaborée et généralisée, comme on l'a déjà vu, depuis 1995²⁰ dans les accords d'associations, de coopérations, de développement conclus par la communauté européenne avec les pays tiers²¹ et accompagne une autre clause dite clause de non exécution qui prévoit en vertu de l'article 104 paragraphes 2 :

«Si une partie considère que l'autre partie n'a pas rempli l'une des obligations que lui impose le présent accord, elle peut prendre des mesures appropriées. Auparavant, elle doit, sauf cas d'urgence spéciale, fournir au Conseil d'association toutes les informations pertinentes nécessaires à un examen approfondi de la situation en vue de rechercher une solution acceptable par les parties...».

Dans une déclaration commune relative l'interprétation de l'article 104, les parties contractantes ont convenu que les cas d'urgence spéciaux visées dans l'accord concernent notamment la violation substantielle des droits de l'homme.

20. Voir Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen, «La prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la communauté et les pays tiers» Com (95) 216 Final disponible en ligne sur : http://ec.europa.eu/external_relations/human_rights/doc/com95_216_fr.pdf. pp10.

21. Jinan Limam, «L'accord d'association Tunisie - Union européenne et le processus de démocratisation en Tunisie», in *The European Union and Méditerranéen's, The Mediterranean's Européen Challenge*, Volume V, Edite by Peter G. Xeres European Documentation and Research Centre University of Malta 2004, disponible sur www.fscpo.unict.it/EuroMed/EDRC5/democratisation02.pdf, page 295

L'Union européenne considère donc la suspension²² ou la dénonciation²³ des accords d'association conclus avec les pays tiers méditerranéen, en cas de violation grave des droits de l'homme comme conforme au droit conventionnel international et notamment l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969²⁴. Or, les questions des droits de l'homme ont toujours donné lieu à des divergences d'approche entre les pays arabes méditerranéens qui restent attachés au respect de leur souveraineté nationale et au respect de leurs particularités en matière de droits de l'homme, d'une part, et d'autre part une Union européenne qui insiste sur le caractère commun de ses valeurs et s'attache à rappeler qu'un consensus international sur ses questions a été établi²⁵.

Il faut signaler que la possibilité pour l'Union européenne de suspendre sa coopération avec les pays tiers s'inspire directement des politiques internes de l'Union européenne en matière de protections des droits de l'homme. Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, réaffirme, dans son article 6, que l'Union européenne «*est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres*» et souligne, dans son article 49, que le respect de ces principes est également requis pour les pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Il est également introduit, à l'article 7, un mécanisme destiné à sanctionner les violations graves et persistantes des droits de

22. Parmi les mesures envisables par l' UE dans sa communication COM(95)216 Finals, en cas de violations graves des droits de l'homme et/ou d'interruption sérieuse du processus démocratique on peut citer :

- modification du contenu des programmes de coopération ou des canaux utilisés ;
- réduction des programmes de coopération culturelle, scientifique et technique ;
- report de la tenue d'une commission mixte ;
- suspension des contacts bilatéraux à haut niveau ;
- ajournement de nouveaux projets ;
- refus de donner suite à des initiatives du partenaire ;
- embargos commerciaux ;
- suspension des ventes d'armes, interruption de la coopération militaire ;
- suspension de la coopération.

23. L'article 107 de l'accord d'association euro-algérien stipule : « ..Chacune des parties peut dénoncer l'accord en notifiant son intention à l'autre partie. L'accord cesse d'être applicable six mois après cette notification.»

24. Voir (F) Belaich, «La conditionnalité politique dans le partenariat euro-méditerranéen» In : «Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers», Ed Bruylant Bruxelles, 2000 pp 97-98.

25. Jinan Limam, «L'accord d'association Tunisie- union européenne et le processus de démocratisation en Tunisie» In ; the european union and méditeranean s The Mediterranean's European Challenge Volume V Edited by Peter G. Xuereb European Documentation and Research Centre University of Malta 2004 disponible sur :

www.fscpo.unict.it/EuroMed/EDRC5/democratisation02.pdf, page289

l'homme par les États membres de l'Union européenne. Ce mécanisme a encore été renforcé par le traité de Nice conclu en décembre 2000²⁶.

Cependant, comme le note *Aomar Baghzouz*, l'Union européenne reste maître à juger s'il y a de graves atteintes au respect des droits de l'homme, alors que la partie non européenne n'a pas intérêt à suspendre le partenariat pour qu'elle puisse en invoquer des raisons de dépassement de ces droits par l'Union européenne²⁷.

Néanmoins, bien que les dispositions des traités constituant la communauté européenne soient explicites, il semble que, du côté communautaire, tant la suspension que la dénonciation des accords doivent respecter le parallélisme des formes, c'est à dire nécessiter une décision unanime du Conseil et l'avis conforme du Parlement²⁸.

D'autre part, «la clause des droits de l'homme» n'est pas absente du nouveau instrument européen de voisinage et de partenariat réalisé au profit des pays voisins et notamment les pays tiers méditerranéens, dans le cadre de la politique européenne de voisinage²⁹.

2.2. La Clause «droits de l'homme» dans le cadre de l'instrument européen de voisinage et de partenariat :

Les aides financières dont bénéficient certains pays du sud méditerranéen avant, 1996, découlait des engagements juridiques internationaux de la communauté européenne qui engageaient cette dernière, en vertu de la règle *pacta sunt servanda*. Le non respect de cette règle aurait entraîné la mise en œuvre de la responsabilité internationale de la communauté européenne³⁰.

26. Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen sur «Le rôle l'UE dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers», COM(2001)252 Final ; pp3, disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=252

27. Aomar Baghzouz, «La clause démocratique et des droits de l'homme dans les accords euro-éditerranéens : Coopération ou ingérence ?» In IDARA, N°26, 2003 pp 63.

28. Voir (T)Debard, «La conclusion d'accords d'associations de 2ème Génération», in Le partenariat Euro méditerranéen dans le processus de Barcelone : Nouvelle perspectives», Ed bryulant, 2003 pp. 169.

29. Voir Communication de la commission au Conseil et au Parlement européen sur «Politique européenne de voisinage» Com(2004)373 final ; page 3, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0373:FR:NOT>

30. (A) Mekaoui, «Le partenariat économique euro-marocain : intégration régionale stratégique», in, Ed l'Harmattan, 2000 p 227.

L'instrument européen de voisinage et de partenariat est un instrument de droit interne communautaire³¹, destiné à remplacer le règlement (CE) n°1488/96 du Conseil du 23 juillet 1996 relatif à des mesures d'accompagnement financières et techniques (MEDA) à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen adopté le 24 octobre 2006³². La portée de ce règlement consiste à établir une assistance communautaire favorisant le renforcement de la coopération et l'intégration économique progressive entre l'Union européenne et ces partenaires, notamment par la mise en oeuvre des accords d'associations afin de promouvoir, notamment, le dialogue et la réforme politique, mais aussi d'assurer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales³³. Ce règlement stipule dans son article 1 paragraphe 3 :

«L'Union européenne se fonde sur les valeurs que sont la liberté, la démocratie, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'État de droit, et cherche à promouvoir ses valeurs auprès des pays voisins au travers du dialogue et de la coopération».

L'insertion d'une référence aux respects des droits de l'homme dans l'instrument européen de voisinage va permettre, selon l'article 28, à l'Union européenne, lorsqu'il existe effectivement une violation de ces droits par un pays bénéficiaire (comme c'était déjà le cas dans le règlement MEDA), la suspension de l'aide. Cet article stipule que :

«1. Sans préjudice des dispositions relatives à la suspension de l'aide établies dans les accords de partenariat et de coopération et dans les accords d'association conclus avec les pays et régions partenaires, lorsque les principes visés au titre I, article 1er, ne sont pas respectés par un pays partenaire, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut prendre toutes mesures appropriées au regard de toute aide communautaire accordée au pays partenaire au titre du présent règlement.

2. Dans ce cas, l'assistance communautaire est utilisée avant tout pour venir en aide aux acteurs non étatiques, pour des mesures en faveur des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des mesures de soutien au processus de démocratisation dans les pays partenaires».

Il est clair que l'Union européenne, même si elle prône une approche positive dans un souci de maintenir un dialogue ouvert avec ses partenaires, n'hésite pas à

31. (A) Mekaoui opcit, supra, p223

32. Règlement (CE) No 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, disponible sur : <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/r17101.htm>

33. Article 2 du règlement précité.

adopter une mesure de suspension sélective en cas de violations des droits de l'homme, à l'image de la conditionnalité interne à l'Union européenne, afin de sanctionner seul le gouvernement rendu responsable³⁴.

Néanmoins, en liant les droits de l'homme à l'aide, le danger réel est de voir le combat des sociétés civiles détourné de sa signification et soumis à des pressions d'ordre économique et financier. En d'autres termes, on risque à travers un contrôle unilatéral de l'Union européenne sur les pays bénéficiaires, de perpétuer les rapports de dépendance et de pervertir la signification profonde des droits de l'homme³⁵, ce qui rend, nécessaire le renforcement du dialogue sur les droits de l'homme.

2.3. La nécessité de renforcer le dialogue sur les questions des droits de l'homme :

L'un des principaux objectifs des accords d'associations conclus entre la communauté européenne et les pays tiers méditerranéens est de fournir un cadre approprié au dialogue politique, afin de permettre le renforcement de leurs relations et de leur coopération bilatérale. A cette fin, les accords prévoient d'établir un dialogue politique à échéances régulières portant sur les sujets présentant un intérêt commun³⁶, et notamment les questions des droits de l'homme, au niveau ministériel, principalement dans le cadre des Conseils d'associations³⁷.

L'approche globale de l'union européenne en matière de dialogue institutionnalisé avec les pays tiers sur les questions des droits de l'homme a pour objet d'encourager les Gouvernements des pays partenaires à faire de la recherche de la paix et de la stabilité une partie intégrante de leurs plans de développement³⁸.

34. Voir Aomar Baghzouz, «La clause démocratique et des droits de l'homme dans les accords euro-méditerranéens : Coopération ou ingérence ?», In IDARA, N°26 ; 2003 pp68

35. (A) Baghzouz, «Le partenariat euro-méditerranéen et les enjeux de sécurité : globalisme et spécificités Maghrebines» In la méditerranée occidentale entre régionalisation & mondialisation, CREAD ; Université de Béjaia ; 2003 page116

36. Voir les articles 1, 3, 4, 5 de l'accord d'association euro-algérien .

37. L'article 92 de l'accord d'association euro-algérien stipule «Il est institué un conseil d'association qui se réunit au niveau ministériel, autant que possible une fois par an, à l'initiative de son président dans les conditions prévues par son règlement intérieur. Il examine les problèmes importants se posant dans le cadre de l'accord ainsi que toutes autres questions bilatérales ou internationales d'intérêt commun».

38. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur «Le rôle l'UE dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers», COM(2001)252 Final disponible en ligne sur : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=252 ; pp11

Aussi, l'examen du respect des conventions et des traités acceptés par ses partenaires et la pertinence des réserves actuelles formulées à l'égard de ces traités et conventions fait partie de cette approche.

Et pour donner davantage de substance au dialogue sur les droits de l'homme avec les pays tiers méditerranéens, l'Union européenne propose dans une communication «... *Un niveau de dialogue technique en dessous du niveau politique. Qui pourrait ainsi chercher à élaborer un ordre du jour commun, assorti d'objectifs clairs et d'engagements mutuels en faveur de la coopération. Des sujets appropriés susceptibles de faire l'objet d'une discussion systématique pourraient être la liberté d'expression et d'association, y compris le cadre juridique régissant le statut de la société civile, des ONG et d'autres acteurs non étatiques, ainsi que la situation et les droits des femmes...* ». Il reste que dans ce cadre de dialogue institutionnel, l'Union européenne se réserve le droit de soulever des cas individuels, même si elle se dit prête à débattre des questions intéressant les droits de l'homme, au sein de l'Union européenne, comme la situation de droits des immigrants dans l'Union européenne³⁹, dans le cadre du dialogue social⁴⁰

La difficulté principale de l'approche globale de l'Union européenne en matière de dialogue sur les questions des droits de l'homme, selon certains auteurs, tient à la nécessité de distinguer ce qui doit relever des principes et libertés fondamentales convenues dans la déclaration de Barcelone qui ont un caractère universel et la part qui revient aux traditions, aux spécificités des sociétés méditerranéennes et qui doivent être respectées dès lors qu'elles ne sont pas un alibi pour masquer des atteintes aux droits de l'homme.⁴¹ Le dialogue politique sur les questions des droits de l'homme pourrait en définitive éviter de recourir à des mesures inappropriée qui risqueraient de bloquer la coopération entre les parties. Pour cela, le dialogue institutionnel ne doit pas transformer la simple recherche d'un dialogue en «concession» faite à l'Union européenne, placée ainsi en position de demandeur⁴², et aussi ne pas perdre de vue

39. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur «Donner une nouvelle impulsion aux actions menées par l'UE dans le domaine des droits de l'homme et de la démocratisation, en coopération avec les partenaires méditerranéens, orientations stratégiques» COM(2003)294 Finals, disponibles sur : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=294 pages 11-12.

40. Voir l'article 72 «dialogue social» dans l'accord d'association euro-algérien.

41. (J) Pierre Courtois, «Le partenariat euro-méditerranéen le processus de Barcelone : nouvelle perspectives», in Colloque, le partenariat euro-méditerranéen le processus de Barcelone : Nouvelle perspectives, Ed, Bruylant, 2003, p 29.

42. (E) Decaux, «Les dialogues sur les droits de l'homme : types, conditions, objectifs et évaluation», Droits fondamentaux, n° 2, janvier - décembre 2002 disponible sur : www.droits-fondamentaux.org ; page 104.

l'importance des spécificités culturelles, historiques, politiques, des pays arabes, et méditerranéens en particulier.

Conclusion

Si les institutions communautaires affirment officiellement être engagées sur la voie d'une systématisation de l'utilisation de «la clause droits de l'homme» dans les accords de commerce, d'association et de coopération avec les Etats tiers, il reste qu'en pratique l'Union européenne n'a pas inséré ce type de clause dans les accords conclus avec des puissances économiques, comme la chine ou l'Australie, ou encore le groupe régional ASEAN⁴³.

D'autre part, l'Union européenne n'a pas jugé utile de prendre des mesures quand il s'agit des violations massives des droits de l'homme commises par Israël à l'encontre des populations civiles palestiniennes et ce malgré l'insertion d'une clause droits de l'homme dans l'accord d'association conclu avec cette dernière. En revanche, elle n'a pas hésité à prononcer des sanctions contre le Zimbabwe pour motif de violations des droits de l'homme⁴⁴.

Certains auteurs critiquent le principe de la conditionnalité politique du fait quelle pourrait être utilisée comme un moyen protectionniste de la part des pays développés pour interdire l'accès de certains produits tiers à leur marché⁴⁵.

43. Voir (c)Musso, «Les clauses droits de l'homme dans la pratique coomunautaire» revue droits fondamentaux, n°1, juillet-décembre 2001, page 84, en ligne sur : www.droits-fondamentaux.org

44. Bulletin UE 1/2-2005 : Décision 2005/119/CE du Conseil prorogeant la période d'application des mesures prévues par la décision 2002/148/CE portant conclusion des consultations engagées avec le Zimbabwe en application de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE disponible sur : <http://europa.eu/bulletin/fr/200501/p106112.htm>

45. (M) Soriano, «La promotion des droits de l' homme dans les relations extérieurs de l'Union européenne avec le Maroc : Analyse de la clause droits de l'homme et démocratie», in Les migrations marocaines vers la Belgique et l'Union européenne. Regards croisés BOUSETTA, Hassan; GSIR, Sonia et MARTINIELLO, Marco (Ed.) Universidad de Deusto, Bilbao. 2005 page 97, disponible sur : http://www.humanitariannet.deusto.es/new_publication.asp?id=49

Nous partageons l'avis selon lequel les accords d'associations ont donné, la priorité aux réformes politiques et économiques au détriment des réformes sociales, comme l'éducation, la santé, l'accès au logement ... etc., qui constituent un véritable défi pour les pays du Maghreb en particulier⁴⁶.

Au delà de ces critiques, il est clair pour nous que l'Union européenne, en insérant les droits de l'homme dans sa politique étrangère de sécurité commune, leur donne un aspect sécuritaire plus qu'humaniste, car en imposant le respect des droits de l'homme à ses partenaires l'Union européenne cherche avant tout à sécuriser ses frontières extérieures des dangers venus du Sud. Aussi, risque-t-elle de projeter ses valeurs à l'extérieur de son territoire pour justement refuser de partager les valeurs des pays les plus proches⁴⁷.

46. Comme l'avait déjà constaté le chargé d'affaires du Maroc dans le rapport au Colloque sur le Maghreb et la politique de l'Europe élargie, organisé par l'institut MEDEA à Bruxelles ; le 24 octobre 2003 disponible sur : <http://www.medeas.be/index.html?doc=1629>

47. (J) Boniface, «La politique européenne de voisinage, entre élargissement et politique étrangère» disponible sur : www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20071003110254_jeromeSCOPE2007-1_internet-6.pdf. p6

Référence bibliographiques

1- Ouvrages :

- Adam Mekaoui, «*Le partenariat économique euromarocain : Intégration régionale stratégique*», Edition L'Harmattan, 2000.
- Christian Philip et Filali Osman (s. la direct.), «*Le partenariat Euro méditerranéen le processus de Barcelone : Nouvelle perspectives*», Edition Bryulant, 2003.
- Colloque «*La méditerranée occidentale entre régionalisation & mondialisation*», Edition Centre de Recherche en Economie Appliquée pour le Développement (CREAD), Université de Béjaïa, 2003.
- (Sous la dir. de M-F. Labouz) «*Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers Conflits et convergences*», Bruylant, Bruxelles, 2000.

2- Articles de revue :

- Aomar Baghzouz, «*La clause démocratique et des droits de l'homme dans les accords euro-méditerranéens : coopération ou ingérence ?*» In IDARA, N°26 ; 2003

3- Thèses et autres document, en ligne :

- Les migrations marocaines vers la Belgique et l'Union européenne. Regards croisés BOUSETTA, Hassan ; GSIR, Sonia et MARTINIELLO, Marco (Ed.) Universidad de Deusto, Bilbao, 2005 disponible sur : http://www.humanitariannet.deusto.es/new_publication.asp?id=49
- The European Union and Méditerranéan s The Mediterranean's European Challenge Volume V, Edited by Peter G. Xuereb European Documentation and Research Centre University of Malta 2004 disponible sur : <http://www.fscpo.unict.it/EuroMed/EDRC5/contentstext.html>
- Emanuel Decaux, «*Les dialogues sur les droits de l'homme : types, conditions, objectifs et évaluation*», Droits fondamentaux, n° 2, janvier - décembre 2002, disponible sur : www.droits-fondamentaux.org
- Jérôme Boniface, «*La politique européenne de voisinage : entre élargissement et politique étrangère*», disponible sur : www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20071003110254_jeromeSCOPE2007-1_internet-6.pdf

- Cédric Musso, «Les clauses droits de l'homme dans la pratique communautaire», *Revue droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001 : www.droits-fondamentaux.org
- Mercedes Soriano, «L'union européenne et la protection des droits de l'homme dans la coopération au développement le rôle de la conditionnalité politique», publié dans la *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, octobre 2002 : http://www.ieje.net/fileadmin/IEJE/Pdf/Coop_ration_au_d_veloppement.pdf
- Mercedes Soriano, «Analyse de l'évolution de l'action extérieure de l'Union européenne dans le domaine des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit», disponible sur : http://www.ieje.net/fileadmin/IEJE/Pdf/Action_ext_rieure.pdf
- Catherine Schneider, «L'union européenne et la conditionnalité politique», Communication au forum De Nijni Novgorod (Juillet 2004) consacré à «La contribution du droit international et du droit européen à la définition et à la défense de la démocratie, de l'Etat de droit et du respect des droits de l'homme», organisé dans le cadre du projet Tempus TACIS Volgadoc, disponible sur : http://cesice.upmf-grenoble.fr/chercheurs/schneider/textes/conditionnalite_politique_Nijni_Novgorod.pdf
- Marie Lebrun, «La conditionnalité démocratique en matière d'aide publique au développement : sa mise en œuvre par l'Union européenne et ses conséquences», essai de Maitrise, 2003, disponible sur : www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/memoires/lebrunmemoire.doc
- COM(95)216 Final, «La prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la communauté et les pays tiers», disponible en ligne sur : http://ec.europa.eu/external_relations/human_rights/doc/com95_216_fr.pdf
- COM(2001)252 Final, «Le rôle l'UE dans la promotion des droits de l'homme et de la démocratisation dans les pays tiers " disponible en ligne sur : http://lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=252
- COM(2003)294 final, «Donner une nouvelle impulsion aux actions menées par l'UE dans le domaine des droits de l'homme et de la démocratisation, en coopération avec les partenaires méditerranéens Orientations stratégiques " : http://lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=294

COM(2004)373 final politique européenne de voisinage disponible sur :
h t t p : / / e u r
lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0373:FR:NOT

Bulletin UE 1/2-2005 : Décision 2005/119/CE du Conseil prorogeant la période d'application des mesures prévues par la décision 2002/148/CE portant conclusion des consultations engagées avec le Zimbabwe en application de l'article 96 de l'accord de partenariat ACP-CE disponible sur :
<http://europa.eu/bulletin/fr/200501/p106112.htm>

Règlement (CE) No 1638/2006 du parlement européen et du conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat. disponible sur :
<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/r17101.htm>

Le rapport du colloque sur le maghrreb et la politique de l'Europe élargie organisé par l'institut MEDEA à Bruxelles, le 24 octobre 2003, disponible sur :
<http://www.medeabe.be/index.html?doc=1629>

Décret présidentiel, concernant la conclusion d'un accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République Algérienne Démocratique et Populaire d'une part et la communauté européenne et ses états membres, d'autre part ; JORADP N°05-159 du 30 Avril 2005, disponible sur :
<http://www.joradp.dz/HFR/Index.htm>

Traité de Lisbonne, version consolidée, disponible sur :
[http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?lang=fr&id=1296&mode=g&n
amee=](http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?lang=fr&id=1296&mode=g&n
amee=)

Les droits à construire

REDDAF AHMED
Maitre de Conférences
Maitre de Recherche
Université de Béjaïa

La règle d'urbanisme organise essentiellement les droits à construire, droits liés au droit de propriété. Cependant des limites importantes sont apportées à ce droit à construire. Les fondements de ces limites sont nombreux. A l'origine il s'agissait de protéger l'environnement contre l'action destructrice de l'homme (I). La législation a évolué en vue de protéger l'homme contre ses propres turpitudes. (II)

I// Droit à construire et protection de l'environnement

L'émergence des préoccupations de protection de l'environnement en Algérie dans les années 1980 a abouti à une certaine remise en cause des moyens et des mythes de la croissance urbaine. On commençait à s'intéresser aux problèmes de l'environnement liés à l'urbanisation

Les éléments de cette intégration on les trouve à plusieurs niveaux essentiellement :

A// Au niveau de la stratégie territoriale développée par la loi 87-03 du 27/01/1987 relative à l'aménagement du territoire

L'aménagement du territoire est un cadre de référence essentiel pour la conservation, la préservation et l'utilisation de l'espace. Parmi les objectifs spécifiques de la politique d'aménagement du territoire tels que définis par la loi de 1987, figure la maîtrise du processus d'accroissement des grands centres urbains et ce par «la prohibition de l'extension urbaine sur les terres agricoles» par «la limitation du développement urbain aux besoins stricts de l'agglomération»

B// A un stade territorial inférieur la loi 90-29 du 1/12/1990 relative à l'aménagement et à l'urbanisme

Cette loi développe aussi une stratégie territoriale permettant la protection de l'environnement par l'organisation des droits à construire

L'article 1 de cette loi souligne en effet que «la présente loi a pour objet d'édicter des règles générales visant à organiser la production du sol urbanisable, la formation et transformation du bâti dans le cadre d'une gestion économe des sols.....»

Cette nécessaire gestion économe des sols, cet équilibre nécessaire à réaliser entre des utilisations contradictoires des sols a entraîné une nécessaire organisation des droits à construire.

Cette organisation des droits à construire se fait essentiellement au niveau des documents de planification urbaine que sont les plans d'aménagement et d'urbanisme (PDAU) et les plans d'occupation des sols (POS).

1) Le PDAU opère essentiellement par la technique de zonage, zonage qui peut être d'ordre général ou spécifique.

a) Il y'a d'abord un zonage général opéré par le PDAU.

Le PDAU divise le territoire concerné en secteurs. La détermination de ces différents secteurs est un moyen de limitation des droits à construire.

Ainsi pour les secteurs d'urbanisation future, les zones comprises dans ces secteurs sont frappées d'une servitude temporaire de non aedificandi. Ces zones ne peuvent être urbanisées qu'à l'échéance prévue et seulement pour les territoires entrant dans le plan d'occupation des sols. La constructibilité est donc exceptionnelle, soumise à des conditions précises.

Pour les secteurs non urbanisables, ils sont effectivement protégés. Et même si des droits à construire sont concédés, ils ne peuvent que dans des proportions limites compatibles avec l'économie générale des territoires de ces secteurs,

limites compatibles avec la viabilité des exploitations agricoles lorsque les parcelles sont situées dans les terres agricoles,

limites compatibles avec les objectifs de sauvegarde des équilibres écologiques lorsque les parcelles sont situées sur des sites naturels,

-limites compatibles avec la nécessité de sauvegarde des sites archéologiques et culturels.

b) En plus de ce zonage général, le PDAU opère aussi un zonage spécifique

Ce zonage spécifique concerne certains territoires comme le littoral, les terres agricoles à fortes potentialités marquées et les sites naturels et culturels marqués. Dans ces territoires les droits à construire sont soumis à des conditions particulières.

2) Le POS est un élément important dans cette protection

En effet au principe fondamental de la constructibilité des terrains situés en zone urbaine, le POS peut rendre inconstructibles certains de ces terrains situés en zone urbaine.

Le POS localise en effet dans les zones urbaines les terrains cultivés à protéger et de ce fait ces terrains sont inconstructibles. Le POS peut réserver des terrains d'emprise à des aménagements publics, notamment pour les espaces verts.

II // Limites aux droits à construire et protection de l'homme

La législation de l'urbanisme limitait les droits à construire essentiellement dans la perspective de protection de certains intérêts contre les ravages de l'aménagement effréné. Cependant avec les dernières catastrophes aussi bien naturelles que technologiques et leurs incalculables conséquences aussi bien humaines que matérielles, la nécessité de faire face à ce type de problèmes s'est faite sentir et il apparut nécessaire de faire évoluer la législation en la matière. La loi 04-05 du 14/08/2004 modifiant et complétant la loi 90-29 relative à l'aménagement et à l'urbanisme a intégré cette nouvelle donne en limitant les droits à construire aux seules parcelles «qui ne sont pas exposées directement aux risques naturels et technologiques».

Cette intégration devra se faire aussi bien au niveau des documents de planification urbaine que sont les PDAU et les POS qu'au niveau des règles générales d'urbanisme et des différents certificats (permis de construire – permis de lotir»

Cette intégration se fera par l'identification des terrains exposés aux risques dans les différents plans. Elle se traduira par une conséquence fondamentale qui est soit l'interdiction absolue de construire, soit par l'imposition des prescriptions spéciales.

A// La notion de risques naturels et technologiques

Il s'agit d'abord de risques naturels liés à la géologie ou à l'hydrographie comme les phénomènes des inondations, des avalanches, des éboulements, des affaissements..... Cependant, en Algérie, le risque naturel majeur est constitué par le phénomène sismique.

L'Algérie est en effet située dans une zone de grande activité sismique. Les nombreux séismes qui l'ont secoués ces dernières décennies témoignent de l'acuité de ce risque et de la nécessité de le prendre réellement en considération.

Il s'agit ensuite des risques liés à l'activité humaine comme les activités industrielles dangereuses, le risque nucléaire.... La aussi le risque est très grand comme en témoignent les accidents survenus récemment à Arzew et à Skikda, ce qui pose la nécessité d'une prise en charge réelle de ce risque.

Il peut s'agir enfin de risques de nuisances provenant d'ouvrages publics comme le risque lié à la proximité des aéroports par exemple.

B// L'intégration de ces risques

Cette intégration se fait essentiellement par le zonage c'est à dire la délimitation des zones d'affectation dominante pour prévenir tant les risques naturels et technologiques que les nuisances.

Ceci devrait conduire nécessairement à :

1) exclure ces risques et nuisances des zones d'habitat

La délimitation des zones ouvertes à l'habitat ainsi que les zones d'urbanisation future devrait prendre en compte les risques naturels prévisibles, ainsi que les risques technologiques et les nuisances liés, notamment, à la présence d'équipements publics ou d'activités industrielles comportant un danger pour la sécurité ou la salubrité.

2) délimiter des zones exposées aux risques existants

Ce classement, motivé par la présence de risques naturels ou de risques technologiques, devrait être fondé sur des études techniques sérieuses.

Ce classement devrait se traduire par une réglementation qui, soit interdit les constructions, soit réglemente très strictement la nature de celles qui sont autorisées, soit enfin les subordonne à l'observation de certaines prescriptions techniques.

3) délimiter des zones réservées aux activités à risques.

Pour prévenir les conflits d'utilisation entre, notamment les activités émettrices de nuisances et l'habitat, certaines zones (urbaines) peuvent être réservées à ces activités à risques avec cependant certaines précautions comme la délimitation de périmètres de protection.

C// L'intégration de ces risques par la nouvelle réglementation

1) La loi 04-05 du 14/08/2004 modifiant et complétant la loi relative à l'aménagement et à l'urbanisme.

-- Cette loi comme nous l'avons souligné précédemment, pose le principe de l'inconstructibilité de toutes les parcelles exposées directement aux risques naturels et technologiques.

-- elle fait obligation aux concepteurs des instruments d'aménagement et d'urbanisme d'identifier et d'intégrer, les terrains exposés aux risques naturels et les zones exposées aux risques technologiques.

2) Les instruments d'aménagement et d'urbanisme

Ces instruments d'aménagement et d'urbanisme que sont les Plans D'Aménagement et d'urbanisme (PDAU) et les Plans d'Occupations des Sols (POS) ont vu leurs contenus modifiés pour tenir compte de la nouvelle donne.

Ainsi les décrets exécutifs n° 05-317 et 05-318 en date du 10/09/2005 ont modifiés le contenu du PDAU et du POS tels que définis par les décrets exécutifs n°91-177 et 91-178 en date du 28/05/1991

a) le PDAU

Le règlement du PDAU doit faire ressortir

l'affectation dominante des sols la nature des activités interdites ou soumises à des prescriptions particulières,

les zones et les terrains exposés aux risques naturels (failles sismiques, glissements ou effondrement de terrain, éboulement, inondations.....)

les périmètres de protection des zones et les terrains exposés aux risques technologiques,

-les zones sismiques et leur degré de vulnérabilité,

les risques majeurs découlant du plan général de prévention.

La cartographie du PDAU doit contenir en plus des autres plans, un plan délimitant les périmètres des zones et des terrains exposés aux risques naturels et/ou technologiques.

b) le POS

Le POS voit aussi son contenu modifié notamment par l'institution d'une carte délimitant les zones exposées aux risques naturels et technologiques, carte qui est accompagnée de rapports techniques y afférents.

3) Les certificats d'urbanisme

Ils ont eux aussi subi une certaine évolution pour tenir compte de ces préoccupations.

Ainsi, le certificat d'urbanisme qui détermine, pour un terrain considéré, les droits à construire et les différentes servitudes, doit indiquer dorénavant les risques naturels pouvant affecter le site et ceux identifiés ou cartographiés pouvant limiter ou exclure la constructibilité du terrain.

Il en est ainsi du permis de construire. La demande du permis de construire doit dorénavant comporter une étude de génie civil

Conclusion

L'évolution récente de la réglementation urbaine, notamment dans son aspect répressif, marque une volonté de faire respecter et d'encadrer les droits à construire. La limitation des droits à construire était fondée au départ sur la nécessaire protection de l'environnement de l'action de l'homme. Avec l'évolution il ne s'agit plus de faire protéger l'environnement, mais de protéger l'homme lui-même contre les risques aussi bien naturels que technologiques

L'intégration de ces nouveaux motifs de limitation des droits à construire est en soi un élément positif, cependant il y a lieu de s'interroger sur la réalité et l'effectivité de cette intégration.

L'intégration des préoccupations de protection de l'environnement dans la législation originelle de l'urbanisme n'avait pour autant empêcher des atteintes graves à l'environnement. Qu'en sera-t-il pour cette législation modifiée ?

L'intégration de la nouvelle donne risque d'être confrontée au fait :

- que les collectivités territoriales ne sont pas toutes dotées des documents d'urbanisme intégrateurs que sont les PDAU et les POS. En l'absence de ces documents, la délivrance des autorisations de construire, se fonde sur les règles générales d'aménagement d'urbanisme et de construction. Or ces règles n'ont pas été modifiées pour qu'elles intègrent les risques naturels et surtout les risques technologiques.

- que pour les collectivités qui disposent de ces plans, il y a le risque de la lenteur dans la mise en conformité de ces documents avec les nouvelles données (lenteurs dans la réalisation des études scientifiques et techniques)

- qu'il y a les risques liés à la réalisation bureaucratique des plans d'aménagement et d'urbanisme, risques qui peuvent se traduire par des limites dans la prise en considération des nouvelles données aussi bien lors de l'élaboration que lors de la modification ou de la révision de ces plans et ce d'autant plus que le rôle de la société civile est très limité à ce niveau.

المجلة الجزائرية

تنشر فصليا عن كلية الحقوق - بن عكنون - جامعة الجزائر
تحت الرعاية السامية لرئاسة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

- الرئيس الشرفي : طاهر حجار
- مدير المجلة : د.ا. تونسسي بن عامر
- مدير التحرير : د. عمار بلحيمر
- رئيس التحرير : رابح آيت سعيد

● هيئة التحرير :

السادة : محند إسعد، عبد الحميد برشيش، محمد الأمين بوسومة، الشريف صالح باي، محمد لعساكر، غاوتي بن ملح، عمر سعد الله، عمر وزاهي، علي مانع، عبد القادر فخار، عبد الرحمن ملزي.

● المسؤولون السابقون للمجلة الجزائرية :

السادة : أ محيو، ن. بن الشيخ، ح. برشيش، ن. تركي، ع. عوابدي، ت. بوساحية، أ. فخار، ع. زوينة، م. ابراهيمي، ت. بن عامر، ح. بن شنييتي، م.ن. بوغزالة، مزيان غزالي، أحمد خروى، وليد العقون، عبدالمجيد زعلاني.

● العنوان :

كلية الحقوق - بن عكنون - الجزائر

الهاتف : 021 93 76 89

جامعة الجزائر 2 شارع ديدوش مراد - الجزائر -

البريد الإلكتروني : revalgsej@yahoo.fr

● الطبع، التوزيع، الاشتراك :

المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية

مكتبة مديابوك 26-27 شارع احمد زبانة الجزائر العاصمة

الهاتف : 021 74 33 13

المتعاونون مع المجلة مسئولون عما ينشرونه من دراسات.
يمنع أي نقل أو إعادة نشر، إلا بتصريح من قبل هيئة التحرير.

جامعة الجزائر
كلية الحقوق

المجلة
الجزائرية
للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية

الفهرس

أ : بن سهلة ثاني بن علي / أ. نعيمي فوزي

تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر 7- 32

د . فتيحة يوسف

التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة مالياً 33- 48

أ . أعمار يحيوي

التحرش الجنسي في مكان العمل 49- 56

أ . العشي نوار

مقابلة بين مركز المرأة ومركز الرجل في الميراث 57- 76

أ . د - تشوار حميدو زكية

التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة 77- 88

أ . د - تشوار جيلالي

عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة 89- 132

أ . د - تشوار خير الدين

الاقتصاد التضامني : الزكاة ودورها في التخفيف من حدة الفقر 133- 166

أبكي عيسى

النظام القانوني للرخصة وممارسة الأنشطة الت 188-167

أ . بلعيساوي محمد الطاهر

عقد تحويل الفاتورة في التشريع التجاري الجزائري 206-189

أ . د . ديدن بوغزة

عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك 238-207

أ . بوحميدة عطاء الله

إختصاص الجهات القضائية الادارية: تغيير مستمر 268-239

أ . بوحميدة عطاء الله

ردّ الادارة بين الواجب والخيار، الرفض والقبول 284-269

أ . لحسن بن أمزال

مكانة نظام عاصمة الجمهورية في النصوص القانونية الجزائرية 298-285

أ . د. ماركي كوثر

الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية 312-299

أ . د. ماركي كوثر

الحماية القانونية لبرامج الحاسوب في ظل قانون الملكية الفكرية 318-313

أ. د. العشاوي عبد العزيز

372-319..... مستقبل الشرعية الدولية.

أ. محمد حلیم لیمام

400-373..... عولمة الفساد: الشكل الآخر للعولمة.

تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

بقلم : بن سهلة ثاني بن علي

أستاذ محاضر، كلية الحقوق

جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس

بقلم : نعيمة فوزي

استاذ محاضر ، كلية الاقتصاد

جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس

مقدمة :

يندرج التحكيم التجاري الدولي ضمن سعي المجتمع الدولي إلى تحديد الإطار التنظيمي للعلاقات التجارية الدولية، والذي طالبت به الدول بعد الحرب العالمية الثانية ، و ذلك بمحاولتها إنشاء منظمة دولية متخصصة في العلاقات التجارية و على اثر اجتماعها في مؤتمر هافانا⁽¹⁾ وضعت الدول مشروع المنظمة الدولية للتجارة .

غير أن اعتراض الدول الكبرى و بالأخص الولايات المتحدة الأمريكية على ميثاق هافانا دفع بها إلى إبرام الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية و للتجارة و التي ظلت سارية إلى حين أن تمكنت الدول من إنشاء المنظمة العالمية للتجارة خلال مؤتمر مراكش في 1994 .
بهذا التنظيم ألقانوني تكون الدول قد تخلت عن التدابير التي كانت تحول دون قيام علاقات تجارية دولية و التي من أهمها مبدأ الحمائية و مبدأ التمييز في المعاملة .

1- Le GATT se présente comme un accident historique né de l'échec de la charte de la Havane. voir: THIEBAULT FLORY, Le GATT droit international et commerce mondial, LGDJ, Paris, 1968, p 4.

وجاء تطور هذه العلاقات لي طرح إشكالية الفصل في المنازعات التي تترتب عنها ذلك أن أطرافها لا يطمئنون إلى اختصاص القضاء الداخلي لأية دولة ، وفي ظل هذا الوضع ظهرت أهمية التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية .

و يميل الإتجاه الغالب إلى إعطاء تفسير واسع للتحكيم التجاري الدولي، و هو ما اعتمده القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽²⁾ حيث جاء في المادة الأولى منه أن التحكيم التجاري الدولي يخص النزاعات التي تنشأ عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية.

التي تخص أية معاملة تجارية كتوريد السلع والخدمات والبيع والتوزيع والاستثمار...⁽³⁾.

و يتخذ التحكيم في المجال العلاقات التجارية الدولية عدة صور، نذكر من بينها تلك التي تؤدي إلى إنشاء مراكز والتي يتم الفصل على أساس أنظمتها في منازعات الاستثمار بين أشخاص القانون الخاص و الدول ، مع التأكيد على أن اللجوء إلى التحكيم لتسوية هذا النوع من المنازعات ، هو عامل أساسي لتطويع الاستثمارات في الدول النامية و التي هي بأمس الحاجة إليها للنهوض بأوضاعها الاقتصادية و الاجتماعية.

ومن الاتفاقيات التي تهدف إلى تشجيع الاستثمارات تلك التي أبرمت عام 1974 والمتعلقة بمنازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الأخرى⁽⁴⁾.

2 - La particularité de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international résulte de ce qu'elle organise non pas un arbitrage institutionnel emportant la création d'un centre permanent mais plutôt un arbitrage ad-hoc, ce qui veut dire que ce règlement qui a été adopté le 21 /06/1985, permet aux parties qui décident de se placer sous son empire de jouir d'une grande liberté. Voit nour-eddine TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU Alger, 1990, p 80.

3- د.ع.د الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم ، التحكيم في البلدان العربية، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، 1988، ص 9.

4 - د. السيد المرابطي، التحكيم في دول مجلس تعاون الخليج العربي، مدى تأثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، 2001، ص 384.

و في سنة 1965 أبرمت الدول الأعضاء في البنك العالمي للإنشاء و التعمير اتفاقية واشنطن بهدف تسهيل تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و مواطني الدول المتعاقدة الأخرى، و ذلك من خلال إنشائها للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار .
وتسعى الدول من خلال مصادقتها على اتفاقية واشنطن إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة و توفير المناخ الملائم لها نظرا لدورها الهام في التنمية الاقتصادية للدول النامية.

وبإنشائها لهذا المركز تكون الدول قد تخلصت من احد أهم الصعوبات التي ظلت تواجه هذه الاستثمارات و المتمثلة في أساليب تسوية المنازعات و التي كثيرا ما يحدث خلافا بشأنها بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار⁽⁵⁾
ومن هنا تظهر أهمية التحكيم بالنسبة للمستثمر كأداة ملائمة لتسوية النزاع الذي قد يقع بينه و بين الدولة التي تربطه بها علاقة استثمار⁽⁶⁾.

واعتقادا منها بأهمية الدور الذي يمكن أن يقوم به المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار صادقت الدول على اتفاقية واشنطن الصادرة في 18/03/1965، و هو ما يدعو إليه الفقه القانوني⁽⁷⁾.

أحاول من خلال هذا الموضوع أن أظهر أهمية الدور الذي يقوم به هذا المركز في تسوية المنازعات التجارية الدولية و تشجيع الجزائر للإستثمارات باعتمادها على الأساليب المعتمدة لديه.

5 - د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دون دار نشر، 1988، ص 135

6 - د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 6.

7 - C'est essentiellement dans le but d'inciter les entreprises ressortissantes des pays industrialisées à investir dans les pays moins développés que l'on doit la création de ce centre. Voir M. AMADIO, Le contentieux international de l'investissements privé et la convention de la Banque mondiale, LGDJ, Paris 1967, in Nour- Eddine Terki, L'arbitrage commercial international en Algérie, op. cit, p. 15 .

أولا : الطبيعة القانونية لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

يعكس التحكيم التجاري الدولي طبقا لنظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رغبة الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، في التوفيق بين مصالح المستثمرين الأجانب وتحقيقها لتنمية اقتصادية، ومن أجل ذلك فهي تقدم تسهيلات ضريبية وإعفاءات جمركية للمستثمر الأجنبي، كما تتخلى عن التمسك باختصاص قضائها الداخلي في كل النزاعات التي تترتب عن عقود الاستثمار، و تقر بالتحكيم كأسلوب لتسويتها والذي ترى فيه ضمانا للمستثمر للحصول على حقوقه أكثر من كونه ضمانا لها، و باعتمادها على هذا الأسلوب في تسوية المنازعات تكون الدولة قد تخلت عن جانب هام من سيادتها و المتمثل في اختصاص قضائها الداخلي و قوانينها الداخلية الملائمة لمصالحها⁽⁸⁾، غير أن رغبتها في تحقيق نهوض اقتصادي أهم بالنسبة لها من أن تظل متمسكة باختصاص قضائها . و يتميز التحكيم لدى هذا المركز ببعض المميزات على اعتبار أن العلاقة في عقود الاستثمار تكون بين الدولة و أحد المستثمرين الذي يسري عليه القانون الخاص، و من هنا تظهر أهمية الآليات التي تحكم النزاع بين هذين الطرفين غير المتكافئين.

1 - تحديد أطراف النزاع في نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
تتشرط إتفاقية واشنطن أن يكون أحد أطراف النزاع دولة تكون قد صادقت عليها و أن يكون الطرف الآخر مواطنا يحمل جنسية دولة مصادقة هي كذلك على ذات الاتفاقية⁽⁹⁾ مع

8 - د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 138.

9 - La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un état contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement, et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Voir, Nour-Eddine TERKI, L'arbitrage commercial international en Algérie, op cit, p 15.

وجوب الملاحظة أن عبارة مواطن تشمل الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، وتحفظ أمانة المركز بقائمة الدول المصادقة على الإتفاقية⁽¹⁰⁾.

و مما يجب ملاحظته أن إختصاص المركز لا يمتد إلى المنازعات بين الدول و لا بين دولة و دولة أجنبية مالكة لمشروع يمارس نشاطا اقتصاديا في ظل أحكام القانون الخاص ، كما لا يختص المركز بالمنازعات بين الدول و الأشخاص الطبيعية التابعة لها. أما المنازعات بين الدول و الأشخاص الاعتبارية التابعة لها فلا يختص بها المركز إلا إذا تم الإتفاق على معاملتها لأغراض هذه الإتفاقية كمواطن تابع لدولة متعاقدة أخرى نظرا لوجود إدارة أجنبية للمشروع.⁽¹¹⁾

كما يتوقف إنعقاد إختصاص المركز للفصل في المنازعات على موافقة الأطراف لان تصديق الدولة على إتفاقية واشنطن لا يكفي لعقد الاختصاص للمركز في كل المنازعات التي تترتب على عقود الاستثمار ، حيث تحتفظ كل دولة بسلطتها الكاملة في أن تقرر موافقتها أو عدم موافقتها على اختصاص المركز، ولذا يجب أن تكون هذه الموافقة مكتوبة⁽¹²⁾

10 - يتكون المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من المجلس الإداري و الأمانة و يحتفظ بقائمة الموفقين والمحكومين.

المجلس الإداري : يضم المجلس الإداري ممثل واحد عن كل دولة متعاقدة و مستخلفا و يرأسه رئيس البنك الدولي للإنشاء و التعمير. يختص المجلس الإداري بالموافقة على اللوائح الإدارية و المالية للمركز و القواعد الخاصة باللجوء إلى التوفيق و التحكيم.

- الأمانة : تتكون الأمانة العامة من الأمين العام و ممثلين له ، و ينتخب بواسطة المجلس الإداري و بأغلبية ثلثي أعضائه بناء على ترشيح من الرئيس و لمدة ست سنوات قابلة للتحديد.

11 - د. احمد حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء إتفاقية واشنطن 1965، دار النهضة العربية ،2005، ص 40 .

12 - تتباين تشريعات الدول في اعتبار كتابة إتفاق التحكيم مجرد شرط لإثبات وجوده سواء أتخذ صيغة الشرط أو المشاركة أو ركن يكون ضروري لانعقاد التحكيم ، و من التشريعات التي تعتبره شرطا قانون التحكيم الموريتاني الذي تنص المادة 6 منه على مايلي ~ لا يثبت إتفاق التحكيم إلا بالكتابة ، سواء يحرر رسمي أو محرر عرفي أو بمحضر جلسة أو بمحضر تم تحريره لدى هيئة التحكيم المختارة ، انظر د. أحمد صدقي محمود ، مفهوم الكتابة في إتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 2004، ص 23. و تعتبر تشريعات أخرى الكتابة ركن من أركان إتفاق التحكيم و إن عدم مراعاتها تؤدي إلى البطلان و هو ما تنص عليه المادة 458 مكرر 1/1 من قانون إجراءات المدنية الجزائري التي تنص على مايلي : « يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي»

كما تنص على ذلك الفقرة الأولى من المادة 25 من هذه الاتفاقية⁽¹³⁾ على أن تتخذ هذه الموافقة إما صيغة البند الذي يرد في إتفاق الاستثمار أو إتفاق مستقل يقضي بعرض المنازعات التي تنشأ أو التي يحتمل أن تنشأ في المستقبل على المركز ، كما يختص المركز إذا كان قانون الدولة المضيفة للإستثمار يتضمن موافقتها على إختصاصه شريطة أن يوافق المستثمر على ذلك كتابة⁽¹⁴⁾ .

إن موافقة الأطراف على التحكيم طبقاً لإتفاقية واشنطن هو قرينة على إستبعادهم لأي أسلوب آخر للتسوية، فلا يحق لأي منهما إحالة النزاع الذي قد يقع بينهما على قضاء إحدى الدول، لكن يرد على هذه القاعدة إستثناء مفاده أن للدولة الطرف في علاقة الإستثمار حق إستشرط استنفاد طرق التقاضي الداخلية قبل إحالة النزاع على التحكيم .
إلا أن هذا الأسلوب قد يجعل المستثمر الأجنبي يتردد في التعاقد مع الدولة لإعتقاده بأن القاضي الوطني قد يفقد إلى الحياد عند فصله في النزاع.

2) تحديد المنازعات التي يختص بها المركز

لا ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلا إذا تعلق النزاع بعلاقة إستثمار و كان ذو طبيعة قانونية ، عملاً بالفقرة الأولى من المادة 25 من إتفاقية واشنطن التي تنص على أن يختص المركز بالمنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن الاستثمار ، ولذا يجب أن يتوفر شرطين كي ينعقد الاختصاص للمركز هما أن يكون النزاع ناشئاً مباشرة عن الاستثمار و أن يكون قانونياً .

13 - Article 25/1 convention de Washignton 1965 :«... et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre...».

14 - L'expression de la volonté des parties peut résulter d'un acte écrit distinct; à condition que cette volonté soit suffisamment claire pour supprimer toute ambiguïté quant à la désignation du Centre. voir. Nour Eddine TERKI, Droit commercial international en Algérie, op cit., p 16.

ومما يلاحظ على إتفاقية واشنطن أنها جاءت فارغة من أي تعريف لمفهوم النزاع القانوني و الاستثمار . و يسود الاعتقاد تعمد واضعي هذه الاتفاقية عدم وضع تعريف محدد لمصطلح الاستثمار تماشيا مع رغبة أطراف العلاقة في تحديد المنازعات التي يرغبون إحالتها على المركز ، مع وجوب الملاحظة أن عدم تحديد مفهوم الاستثمار ينسجم من الرغبة في توسيع تطبيق هذه الإتفاقية مع مختلف المعاملات التي يمكن اعتبارها إستثمارا، و نجد تفسيراً لهذه الحرية في بعض المعاهدات الثنائية التي كانت الجزائر أحد أطرافها و التي نذكر من بينها :

أ) إتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1990⁽¹⁵⁾ فقد عرفت المادة 4 من هذه الاتفاقية الاستثمار هو استخدام رأس المال في احد المجالات المرسوم بها في بلدان إتحاد المغرب العربي .

و عرفت الفقرة السادسة من المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية⁽¹⁶⁾، استثمار رأس المال العربي على أنه : " هو إستخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية.

و جاءت المادة 2 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبوري في عام 1991⁽¹⁷⁾ أكثر تفصيلا من سابقتها بحيث أوردت بعض نماذج الإستثمار ، و ذلك بعد أن حاولت تحديد مفهومه بقولها : " كلمة إستثمارات :

15 - مرسوم رئاسي رقم 90-420 الصادر في 22/12/1990 يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23/07/1990 . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 06 / 1991 .

16 - مرسوم رئاسي رقم 95-306 الصادر في 7/10/1995 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار

17 - رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 59-1995 .

مرسوم رئاسي رقم 91-345 الصادر في 5/10/1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و الاتحاد البلجيكي اللوكسمبوري و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر في 24/4/1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46،1991.

وتبين كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه، و كل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أو خدمات، مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه. و تعتبر في نظر هذا الاتفاق على سبيل المثال لا الحصر، كاستثمارات :
أ) الأملاك المنقولة و العقارات و كذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري ، الامتيازات و الرهن الحيازة و حق الانتفاع و الحقوق المماثلة .

ب) الأسهم ، الحصص الاجتماعية ، و كل شكل من الأشكال الأخرى للمشاركة حتى وإن كانت تمثل أقلية أو غير مباشرة في الشركات المؤسسة على إقليم أحد الأطراف المتعاقدة.

ج) الالتزامات ، الديون و حقوق في الخدمات التي لها قيمة اقتصادية .

د) حقوق المؤلف، حقوق الملكية الصناعية، الأساليب التقنية، الأسماء المسجلة و المحل التجاري.

هـ) إمتيازات القانون العام أو الامتيازات التعاقدية (لا سيما تلك المتعلقة بالتنقيب ، و الزرع ، و استخراج أو استغلال الموارد الطبيعية) فيما يتصل بالحقوق الناتجة مباشرة عن الإتفاقيات المبرمة مابين المستثمر المستفيد من الامتياز و صاحب الإمتياز.

لا يمكن أن يمس أي تعديل الشكل القانوني الذي تم في إطاره استثمار أو إعادة استثمار الممتلكات و رؤوس الأموال ، صفة الاستثمارات في مفهوم هذا القانون .

لقد جاء هذا التعداد - و كما ذكرت الاتفاقية - على سبيل المثال تماشياً مع عدم تحديد مفهوم الإستثمار في إتفاقية واشنطن .

كما إعتمدت هذا الأسلوب التعدادي و على سبيل المثال الفقرة الأولى من المادة الأولى الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا لسنة 1994⁽¹⁸⁾ بقولها : كلمة إستثمار تشير على سبيل الخصوص لا الحصر إلى :

18 - مرسوم رئاسي رقم 94 - 328 مؤرخ في 22/10/1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا الموقع بالجزائر في 28/06/1994 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 69 ، 1994 .

أ) الأملاك المنقولة والعقارية وكذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري والإمتيازات والرهن الحيازي .

ب) الأسهم و حصص الشركاء و الأشكال الأخرى من المشاركة في الشركات المنشأة على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين.

ج) الفوائد التي أعيد إستثمارها .

د) الإلتزامات و الديون و الحقوق لأية خدمات لها قيمة اقتصادية

هـ) حقوق الملكية الفكرية و الصناعية مثل حقوق المؤلف و براءة الإختراع و الرسوم و التصاميم و النماذج الصناعية و الأسماء التجارية و الأساليب التقنية و المهارة و العلامات المسجلة و الحقوق الأخرى المشابهة و المعترف بها بقوانين أحد الطرفين المتعاقدين .

و) الإمتيازات ، لاسيما إمتيازات البحث و الإستخراج و إستغلال الموارد الطبيعية وكذلك كل حق آخر يمنح بقانون أو بعقد أو بقرار من الهيئة المختصة طبقا للقانون .

إن ذكر هذه الإتفاقيات لبعض حالات الإستثمار يجعلها تنسجم مع طبيعة الإختصاص التي يقوم عليها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في عدم تحديده لمفهوم الاستثمار.

و بالإضافة إلى خاصية الاستثمار ، يجب أن يكون النزاع الذي يترتب على هذه العلاقة قانونيا ، و مثلما هو الحال بالنسبة للاستثمار جاءت اتفاقية واشنطن خالية من تحديد المقصود بالنزاع القانوني ، و هو ما جعل الفقه يعتقد أن المقصود بالنزاع القانوني هو ذلك الذي ينصب على إلتزامات و حقوق الأطراف في إتفاقية الاستثمار ، مثل المنازعات التي تتعلق بعدم الوفاء بالالتزامات و تفسير الاتفاق و نزع الملكية و فسخ العقد⁽¹⁹⁾ ، وبشكل عام فإن النزاع القانوني يتعلق إما بتفسير العقد أو تطبيقه .

19 - د. حسين احمد الجندي ، مرجع سابق ، ص 60 .

و كمثل على النزاع القانوني المتعلق بنزع الملكية نشير إلى ما ذكرته المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين اسبانيا و الجزائر سنة 1994⁽²⁰⁾. بقولها: ~ إن التأميم و نزع الملكية أو أية تدابير ذات خصائص و آثار مشابهة و التي يمكن أن تتخذها سلطات أحد الطرفين المتعاقدين حيال استثمارات على إقليمها لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر ، يجب أن تتخذ بصفة مطلقة لدوافع المنفعة العامة طبقا لأحكام قانونية ، و لا يجب أن تكون بأية حال ذات طبيعة تمييزية ~⁽²¹⁾.

فإذا حدث خلاف بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق هذا النص أمكن تسويته بأسلوب التحكيم طبقا لنظام المركز ، لأن الشرطين الضروريين لاختصاصه متوفرين فهو يتعلق بعلاقة استثمار كما أن النزاع هو ذو طبيعة قانونية .

3) ضرورة الموافقة على اختصاص المركز :

لا يكفي كي يعقد الإختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، أن يكون النزاع ناشئا مباشرة عن علاقة استثمار و أن يكون بين دولة متعاقدة و مواطن دولة متعاقدة أخرى ، بل يجب أن تتم موافقة أطراف علاقة الاستثمار على تسوية النزاع في إطار

20 - مرسوم رئاسي رقم 95- 88 الصادر في 25 / 3 / 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و اسبانيا .

المتعلق بالترقية و الحماية بالترقية المتبادلة للإستثمارات الموقع في مدريد في 23/12/1994 ، ج ر للجمهورية الجزائرية رقم 23- 1995.

21 - يعد مبدأ التمييز في المعاملة من أهم المبادئ التي كانت تحكم العلاقات التجارية الدولية التقليدية، غير انه و منذ ظهور التنظيم الدولي وبالتحديد مند إبرام اتفاقية TTAG بدأ هذا المبدأ في التراجع ليفسح المجال لمبدأ عدم التمييز في المعاملة . فجاءت هذه الاتفاقية لتجسد مبدأ حرية التجارة الدولية و جعلت من الرسوم الجمركية و سيله الحماية الوحيدة للإنتاج المحلي ، و بموجب هذه الاتفاقية فان أية ميزة جمركية تنحها دولة متعاقدة ، يجب تعميمها كي تستفيد منها كافة الأطراف المتعاقدة الأخرى وفقا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية .انظر د. جمعة سعيد سرير ، النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية ، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان ، الطبعة الأولى ، 2002، ص350.

أحكام المركز.⁽²²⁾ و هو ما يعني أن تصديق إحدى الدول على اتفاقية واشنطن لا يلزمها عرض النزاعات الحالية و المستقبلية لتسويتها وفقا لقواعد هذا المركز.⁽²³⁾ حيث تحتفظ الأطراف بالسلطة التقديرية في عقد الاختصاص له و يقابل هذه السلطة التقديرية عدم جواز إلغاء الموافقة على تحكيم المركز بالإدارة المنفردة لأي من أطراف النزاع سواء تعلق الأمر بالدولة المتعاقدة أو المستثمر الخاص الأجنبي و هو ما تنص عليه المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.⁽²⁴⁾ و هو ما أكدته توصيات مجلس المديرين التنفيذيين للبنك الدولي للإنشاء و التعمير بقولها: " يؤكد المجلس على أنه إذا صدرت موافقة من الدولة أو المستثمر بقبول التوفيق أو التحكيم في ظل نظام المركز ، فإن هذه الإدارة لا يجوز الرجوع عنها إنفرادها ."⁽²⁵⁾

و بمجرد موافقة الأطراف على اختصاص المركز فانه لا يجوز سحب هذه الموافقة بالإرادة المنفردة من احدهما.⁽²⁶⁾

و تظهر أهمية هذا الالتزام من حيث توفير الحماية للمستثمر الخاص الأجنبي في مواجهة الدولة التي تعاقده معها و التي قد تفكر في التنصل عن التزاماتها التعاقدية

22 - د. عصام الدين القصي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، مرجع سابق ، ص 68 .
23 - يشترك اختصاص المركز في هذه الخاصية مع القضاء الدولي الذي لا يؤدي إلى الاختصاص الإلزامي بمجرد مصادقة الدولة على المعاهدة مثل علاقة الدول بمحكمة العدل الدولية ذلك أن مصادقة الدولة على ميثاق الأمم المتحدة أو قبولها اختصاص محكمة العدل الدولية لا يحول دون وجوب موافقتها على اختصاص هذه الهيئة القضائية بمناسبة كل نزاع .

24 - Lorsque le parties ont donné leur consentement, aucune d'elle ne peut le retirer unilatéralement, voir Nour-Eddine TERKI, op cit ., p 15.

25 - د. حسين أحمد الجندي ، مرجع سابق ص 190 هامش 343 .

26 - د. أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار ، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية ، 1990 ص 121 .

برفضها الخضوع للتحكيم أو إنكارها لوجود مثل هذا الالتزام على عاتقها مما قد يشكل عقبة أمام تسوية النزاع. ⁽²⁷⁾

و يعد إمتداداً لتطبيق أحكام المركز في تسوية النزاع ، إتفاق الأطراف على تسويته وديا و عدم الإستمرار في إجراءات التحكيم أمام المركز ، و انه يمكنها القيام بذلك بتقديم أحدهما لطلب كتابي، والذي تصدر على إثره محكمة التحكيم قرارا بعدم إستمرار الإجراءات لتسوية النزاع وديا بين الأطراف ، على أن يبادر الأطراف بذلك قبل صدور حكم التحكيم،

و من الأمثلة التي تخلي فيها الأطراف عن إجراءات التحكيم لصالح التسوية الودية ، نذكر تسوية نزاع شركة AS.NNI.YADILOH مع حكومة المغرب في 22/8/1978 بناء على إعلان من الأطراف ، و عليه صدر قرار محكمة التحكيم في 17/10/1978 بعدم الاستمرار في الإجراءات و تسوية النزاع وديا. ⁽²⁸⁾

بهذا التنظيم القانوني الذي إعتمده إتفاقية واشنطن فيما يخص تحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار يكون التنظيم الدولي قد حد من إحدى أهم الصعوبات التي لا تزال تواجهه و المتمثلة في عدم قدرة الفرد على مقاضاة الدولة مباشرة أمام المحاكم الدولية ، و هو ما يتعارض مع رغبة المجتمع الدولي ، في تطوير العلاقات الاقتصادية . أن تأكيد إتفاقية واشنطن على أن يكون النزاع الذي ينقد فيه الإختصاص للمركز الدولي لمنازعات الاستثمار ، بين دولة و مواطن دولة أخرى ⁽²⁹⁾ هو عامل جوهري لضمان حماية مصالح الفرد في مواجهة الدولة بما ينعكس ايجابيا على تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية.

27- د. إبراهيم شحاتة ، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مجلد رقم 41 ، 1985 ، ص 1.

28- د. حسين احمد الجندي ، مرجع سابق ص 128 .

29- تنصرف عبارة فرد إلى الأشخاص الطبيعيين و المعنويين ، فيقصد بالفرد معناه الواسع . انظر د. إبراهيم محمد العنابي ، اللجوء إلى التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1973 ، ص 52.

ثانيا: مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن وآثارها على تطوير الاستثمارات

إضافة إلى كونها دولة نامية عرفت الجزائر أزمة اقتصادية أدت إلى إنكماش كل قطاعات الإنتاج، وللمحد من هذه الظاهرة فهي تسعى إلى جلب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، مع علمها أن اقتناع المستثمرين الأجانب القيام بمشاريع استثمارية يتوقف على توفير المناخ الملائم لهم.

و من أهم الصعوبات التي يواجهها المستثمر الأجنبي كيفية تسوية المنازعات، فهو يريد أن يطمئن على استثماراته والتي يجب ألا تتأثر بالعوامل السياسية للدولة المضيفة. وفي ظل هذه الرغبة الموجودة لدى الجزائر في استقطاب الاستثمارات الأجنبية كان لا بد عليها أن تجعل من التحكيم أسلوب لتسوية المنازعات التي تترتب عن هذه الاستثمارات.

1) تطور اعتماد الجزائر للتحكيم التجاري الدولي :

ظلت الجزائر - و لفترة طويلة - تستبعد التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التي تثور بينها وبين الأطراف الأجنبية التي كانت تستثمر في الجزائر، وقد يكون ذلك هو العامل الأساسي الذي جعل الاستثمارات الأجنبية تتراجع فيها بشكل ملموس.

أما أسباب رفضها للتحكيم فمرده إلى كونها كانت تريد التأكيد على أنها أصبحت دولة كاملة السيادة وأن قضائها يختص بكافة النزاعات⁽³⁰⁾

كما يتعارض التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية مع نص المادة 442/3 من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديلها والتي كانت تنص على أنه " لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"⁽³¹⁾.

30 - Ce contexte politique était incontestablement marqué par le fait que l'Algérie qui venait à peine de recouvrer sa souveraineté après plus de 130 années de colonisation, admettait mal que cette souveraineté fût aussitôt empiétée par l'aspiration de ses partenaires étrangers à soustraire leurs éventuels contentieux à la compétence de ses juridictions. Voir Nour Eddine TERKI, Les sociétés étrangères en Algérie, OPU, Alger, 1976 p 20 .

31 - المادة 442 / 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الصادرة بموجب الأمر 71 - 81 و ذلك قبل

تعديلها بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 / 09.

و بغية رفض التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات في العلاقات التي يكون احد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام و الطرف الآخر مستثمر أجنبي ، فسرت عبارة "دولة" التي جاءت في هذا النص تفسيرا واسعا، حيث شملت إلى جانب الدولة الجماعات المحلية والهيئات العامة ذات الطابع الإداري و المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، و هو ما لا يحتمله التفسير الضيق لهذه المادة و الذي تقتضيه حاجة الجزائر إلى تطوير علاقاتها التجارية الدولية و الذي تستثنى على أساسه المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري من الحظر الذي أورده هذا النص .

و تماشيا مع حظر اللجوء إلى التحكيم ، جاء القانون الذي صدر في 19/8/1986 ليدعو الشركات الأجنبية التعاقد مع مؤسسة سونا طراك⁽³²⁾ ليؤكد على انه في حالة ما إذا ثار نزاع بين الطرفين المتعاقدين ، أمكنهما إحالته على لجنة مصالحة لتصدر توصية و ذلك قبل الفصل في النزاع من قبل القضاء الداخلي .

غير انه و بالمخالفة للنصوص القانونية التي تحظر إجراء أية تسوية باعتماد أسلوب التحكيم التجاري الدولي ، كانت المؤسسات العامة الاقتصادية تدرج في عقودها مع المستثمرين الأجانب شرط التحكيم ، و كانت تلك خطوة هامة تجاه استبعاد حظر التحكيم في تسوية المنازعات التجارية الدولية .

كما أبرمت الجزائر خلال تلك الفترة العديد من المعاهدات الدولية التي تضمنت الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، نذكر من بينها تلك التي أبرمتها مع المغرب في 15/3/1963 ومع دولة مالي في 28/1/1983 و مع فرنسا في 27/3/1983، وأقرت هذه الأخيرة نظام التحكيم الدولي الخاص لتسوية بعض المنازعات الخاصة بعقود النفط.⁽³³⁾ و على اثر الأزمة الاقتصادية التي شهدتها الجزائر عقب انهيار أسعار النفط في 1986 وما تبعها من إصلاحات اقتصادية و بالأخص التوجه نحو اقتصاد السوق، كل ذلك اوجب

32 - Nour Eddine TERKI, La loi de 1986 et l'encouragement des investissements étrangers dans le domaine des hydrocarbures, revue Algérienne des sciences juridiques et économiques 1987, n° 4 , p 801.

33 - Nour Eddine TERKI, Arbitrage commercial international en Algérie, op . cit , p 10 .

عليها اعتماد التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية و تخيلها عن التمسك باختصاص قضائها لتسويتها و الذي كانت ترى فيه إمتدادا لسيادتها .

حيث أدخلت تعديلات على نظمها القانونية ، و من أهم ما أجرته في هذا الشأن :

مصادقتها في عام 1988 على إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية و الصادرة في 10/6/1958 و يهدف النظام الذي وضعته هذه الإتفاقية إلى ضمان تنسيق دولي للرقابة القضائية على حكم التحكيم و تجنب وجود حكم تحكيم معترفا به و واجب التنفيذ في بلد بينما يكون باطلا في بلد آخر .⁽³⁴⁾

فقد جاء في المادة 1/5-هـ من إتفاقية نيويورك على أن ينم رفض حكم التحكيم إذا قدم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف و التنفيذ الدليل على :

إن الحكم لم يصح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر الحكم فيه أو بموجب قانونه.

أما حسب المادة 6 من الإتفاقية يكون : للسلطة المختصة المطروح أمامها الحكم

- إذا رأت مبررا أن توقف الفصل في هذا الحكم إذا طلب إلغاء الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة المشار إليها في الفقرة (هـ) من المادة 5 . و لهذه السلطة أيضا بناء على طلب التنفيذ أن تأمر الخصم الآخر بتقديم تأمينات كافية .

و هكذا تحتفظ إتفاقية نيويورك لقاضي الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم بدور مزدوج فمن ناحية ، نجد قراره الصادر ببطلان حكم التحكيم يلزم قضاة الدول الأجنب المطلوب منهم تنفيذ هذا الحكم، و من ناحية أخرى يعد الطعن من جانب المحكوم ضده ببطلان حكم التحكيم أمام قاضي الدولة سببا كافيا لعرقلة أي قرار بتنفيذه أمام القاضي

34 - Le système mis en place par la convention de New-york a notamment pour but d'assurer une certaine coordination internationale du contrôle judiciaire de la sentence, et d'éviter qu'une sentence soit déclarée exécutoire dans un pays, alors qu'elle a été annulée dans un autre. voir, PHILIPPE FOUCHARD, La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans un pays d'origine, L'arbitrage commercial international, Mélanges en l'honneur de MOHSEN CHAFIK, Edition NAHDA ARABYA, Caire, 2002; p. 346.

الأجنبي، وعلى إثر صدور الأمر 05/95 في 21/1/1995 صادقت الجزائر على إتفاقية واشنطن لسنة 1965⁽³⁵⁾.

و بالرجوع إلى إتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول ، نجده تحيل إلى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كلما تعلق الأمر بتسوية المنازعات المتعلقة بإتفاقيات الاستثمار .

2 - نطاق اختصاص المركز في الإتفاقيات الدولية :

نكتشف من الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول إدراجها لنظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و هو ما يعني أنها حريصة على جلب الاستثمارات الأجنبية، و أحاول في هذا الجزء توضيح الصيغة التي إعتمدها هذه الإتفاقيات في تحديدها لاختصاص المركز .

أ- المادة 2/9 من الإتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبوروي . نستخلص من الاطلاع على هذه المادة⁽³⁶⁾ بعض الملاحظات:

35 - إن مصادقة الجزائر على إتفاقية واشنطن جاءت متأخرة ، فقد صادقت عليها مصر مثلا بموجب القانون رقم 90 لعام 1971.

36 - في حالة عدم التوصل إلى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاهم بالطرق الدبلوماسية خلال ستة أشهر من تاريخ الإشعار، يعرض هذا الخلاف بناء على طلب من أحد الطرفين المعنيين بذلك الخلاف لتحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات المنشأ بمقتضى الإتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المعروضة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18/3/1965. عندما تصبح كل دولة تنتمي لهذا الإتفاق عضوا في هذه الإتفاقية و ما لم يتوفر هذا الشرط الأخير ، فإنه يحق لكل طرف من الأطراف المتعاقدة دفع النزاع للتحكيم طبقا لنظام الميكانيزم الإضافي للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات .

ولهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة و القطعية على أن يحال كل خلاف لهذا التحكيم، و تتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استفاد اللجوء إلى الطعن الإداري و القضائي الداخليين . انظر المرسوم الرئاسي 91-345 الصادر في 5/10/1991 ، مرجع سابق.

- يشترط في علاقة الاستثمار أن تتم بين الجزائر كدولة و شخص من الإتحاد المذكور طبيعيا كان أو معنويا و مما يلاحظ على الدولة ضرورة أن تكون مجردة من سيادتها في النزاع الذي قد يثور بينها و بين المتعاقد معها و لا يجوز لها أن تستخدم عامل السيادة أو امتيازات السلطة العامة.

- إن الإتفاق على التحكيم طبقا لإحكام المركز يؤدي إلى التنازل بشكل نهائي على عرض النزاع على الهيئات القضائية الداخلية .

- يمكن للدولة التي لم تصادق بعد على هذه الإتفاقية أن تحيل النزاع طبقا لنظام الميكانيزم الإضافي للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

- يتقرر إحالة النزاع على نظام تحكيم المركز إذا أخفق الطرفان في التوصل إلى تسوية بالتراضي أو بالتفاهم بالطرق الدبلوماسية، علما بأن هذا الأسلوب الأخير يكون بين دولتين أي الدولة الطرف في العلاقة و الدولة التي ينتمي إليها الفرد الذي يمثل الطرف الثاني في هذه العلاقة .

ب- تؤكد الفقرة الأولى من الاتفاق المبرم بين الجزائر و فرنسا و المتعلقة بالاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما و الموقع عليها في 1993 ، أن التسوية الودية للنزاع الذي قد يثور بين الطرفين ، تسبق إحالته على التحكيم ، حيث تقول مايلي : " كل خلاف يتعلق بالإستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين و مواطني أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر، يسوي و بقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين "

و إذا أخفق الطرفين في التوصل إلى تسوية ودية أمكنهما الإختيار بين إحالته على الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، و هما ما تنص عليه الفقرة 2 من المادة 8 من هذا الاتفاق ⁽³⁷⁾ .

37- المادة 8/ 2 من هذه الاتفاقية : " إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى 6 أشهر من تاريخ رفعه إلى احد الطرفين في النزاع ، فإنه يمكن أن يوقع بطلب من المواطن أو الشركة أو إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الواقعة بواشنطن في 18 / 3 / 1965 .

و إذا لم يكن الطرفين المتعاقدين طرفا في الاتفاقية الخاصة بهذا المركز و عجزا عن تسوية الخلاف و ديا خلال 6 أشهر فإنهما يلتزمان بإحالته على التحكيم أمام هيئة خاصة. ج- المادة 7 من الإتفاق المبرم بين الجزائر و رومانيا و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات⁽³⁸⁾ ، جاء نص هذه المادة شديد الشبه بالنصوص التي أوردتها الاتفاقيتين الأخرتين (مع الاتحاد الاقتصادي اللوكسمبوري و مع فرنسا).

فقد نصت الفقرة الأولى منها على ضرورة محاولة التوصل إلى تسوية ودية⁽³⁹⁾ قبل إحالة النزاع على التحكيم ، و أبتقت على التسوية القضائية و التي يكون فيها الاختصاص للمحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار. أو إحالة النزاع على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو على التحكيم الخاص وفق نظام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي .

تتشارك هذه الإتفاقيات في أنها أعطت لأطراف النزاع سلطة إحالة أي خلاف يثور بينهما إلى المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار ، أي إلى الدولة المضيفة للاستثمار، أو إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو إلى التحكيم الخاص إذا لم يكن طرفي النزاع مصدقين على إتفاقية واشنطن .

غير انه يلاحظ على هذه الإتفاقيات عدم إعطائها الأولوية لاختصاص المركز في المنازعات التي تترتب على إتفاقيات الإستثمار و هو ما نستشفه ضمنا، على اعتبار أن الإحالة إلى المركز ترد دائما بعد ذكر الإحالة إلى الهيئة القضائية المختصة للدولة المضيفة للاستثمار، و إن كان يبدو من ناحية الصياغة أن للأطراف السلطة التقديرية في الإختيار بينهما.

38- مرسوم رئاسي رقم 94-328 مؤرخ في 22 / 10 / 1994 (ج - ر) 69- 1994 مرجع سابق .

39- تتم تسوية كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين طرف متعاقد و مستثمر الطرف المتعاقد الأخر في حدود الإمكان ، بالتراضي بين الأطراف المتنازعة.

وجاءت الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وإسبانيا و المتعلقة بالترقية والحماية بالترقية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد بتاريخ 1994/12/23⁽⁴⁰⁾ لتحديث تطورا في تحديدها للجهة المختصة بلفصل في نزاعات عقود الإستثمار بين الطرفين و ذلك بعدم ذكرها للقضاء الداخلي كجهة مختصة بالفصل في هذه النزاعات مع إعطاء الحق للأطراف في الاختيار بين التحكيم التأسيسي و تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار و التحكيم الخاص .⁽⁴¹⁾

و بعد أن يتفق الطرفان على إحالة النزاع على المركز الدولي ليفصل في النزاع الذي يثور بينهما ، يبقى لهما الإتفاق على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع .

3) تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع :

لما كان تشجيع الاستثمارات الأجنبية هو أحد الأهداف الجوهرية التي يسعى البنك العالمي للإنشاء والتعمير إلى تحقيقها، فإنه من الأهمية أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار .

40- مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25/3/1995 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و إسبانيا و المتعلق بالترقية و الحماية بالترقية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد يوم 1994/12/23 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 95/23 .

41- المادة 11 / 2 من الاتفاقية الجزائرية الإسبانية الصادرة في 1994/12/23 : " و إذا لم يكن ممكنا حل النزاع في مدى 6 أشهر ، ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي المذكور في الفقرة الأولى (تتكلم الفقرة الأولى على التسوية بأسلوب التراضي) فان المستثمر يستطيع بناءا على اختياره تقديمه:

- لمحكمة تحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم

- لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس

المحكمة التحكيمية المنشأة لهذا الغرض و المبنية من خلال تنظيم التحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

- إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الصادرة في 18/3/1965 بواشنطن و ذلك في حالة ما إذا كانت كلا الدولتين الطرف في هذا الاتفاق قد انضمت إلى هذه الاتفاقية.

و يلاحظ على إتفاقية واشنطن أنها منحت أطراف عقود الإستثمار قدرا واسعا من الحرية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تترتب على علاقة الإستثمار التي تربطهما و تمتد حرية الأطراف لتشمل حق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و على الإجراءات .⁽⁴²⁾

ففيما يخص إجراءات التحكيم فإنها تتحدد وفقا لقواعد التحكيم النافذة في تاريخ قبول الأطراف للتحكيم ، و إذا وجدت مسألة إجرائية لم يرد لها حكم في هذا الفصل⁽⁴³⁾ أو في قواعد التحكيم أو في أية قواعد أخرى تم الاتفاق عليها بين الأطراف، فان المحكمة تختص بالفصل في هذه المسألة و يتمتع أطراف النزاع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع الذي قد يثور بينهما إذ يمكنهما الاختيار بين قانون الدولة المتعاقدة أو قانون دولة المستثمر أو قانون دولة أخرى أو أية قواعد قانونية يراها الأطراف مناسبة للتطبيق على نزاعهم ، و إذا لم يتضمن القانون الإجرائي الذي اتفق عليه الأطراف مسألة إجرائية ما ، فان محكمة التحكيم تفصل فيها .

كما تمنح اتفاقية واشنطن حرية كاملة لأطراف النزاع - الدولة و المستثمر الخاص - في تحديدهما للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، و هو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 42 بقولها أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع المعروض عليها وفقا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف صراحة أو ضمنا ،⁽⁴⁴⁾ و في حالة عدم إتفاقهما على ذلك تطبق

42 - د.احمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص33 .

43- و هو الفصل الثالث من الباب الرابع من اتفاقية واشنطن(المواد 41 - 47) .

44- يختلف الفقه حول مدى التقيد بالاتفاق الصريح أو الضمني في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، فيميل جانب منه إلى الاكتفاء بان يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق قد تقرر ضمنا ، بينما يرى جانب آخر إلى اشتراط أن يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع صريحا ، انظر .د.حفيظة السيد جداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ،تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم عليها ،دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1996 ، ص 512 .

المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما فيها قواعدها في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق إذ يمكنها أن تطبق مبادئ و أعراف العلاقات التجارية الدولية ، سيما و أن محاكم التحكيم تستند على هذه المبادئ- و التي نذكر منها العقد شريعة المتعاقدين و الحق في التعويض عن الأضرار- للفصل في المنازعات التي تعرض عليها⁽⁴⁵⁾ وهو ما تسمح به إتفاقية واشنطن لسنة 1965، مثلها في ذلك مثل إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى⁽⁴⁶⁾ و بذلك تتولى مبادئ القانون الدولي بسد الثغرات التي توجد في الأنظمة القانونية الداخلية والتي لها الأولوية في التطبيق من طرف محكمة التحكيم .

45- د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1990، ص 43 .

46- د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم الدولي ، مرجع سابق ، ص 189 .

الخاتمة

إن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو احد الأجهزة المشكلة للبنك العالمي ، ولأن للجزائر التي انتقلت من الإقتصاد الموجه إلى إقتصاد السوق رغبة قوية في جلب الإستثمارات الأجنبية قصد إعطاء دفع لاقتصادها ، تود ألا يتم المساس بسيادتها كلما تعلق الأمر بهذا النوع من العلاقات الدولية و هو ما حرصت عليه بمصادقتها على اتفاقية واشنطن المنشئة لهذا المركز.

و يتضح من العديد من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر إلى أنها لم تعد تتمسك بضرورة أن تحال النزاعات التجارية الدولية على قضائها الداخلي و أنها باتت تتخذ من التحكيم التجاري الدولي أداة فاعلة لتسوية هذه النزاعات و هو ما ينعكس بالإيجاب على تطور الاستثمارات الأجنبية في مختلف المجالات الإقتصادية و الإجتماعية ، غير أن ذلك يقتضي من المشرع الجزائري أن يعجل بمراجعة القواعد الموضوعية التي طالما شكلت عقبة في وجه جلب الإستثمارات الأجنبية لان من دون ذلك لن يكون لمصادقة الجزائر على إتفاقية واشنطن أثر إيجابي كبير.

المراجع

باللغة العربية :

- 1 - د. إبراهيم شحاتة ، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية ، المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد رقم 1985 ، 41.
- 2 - د. إبراهيم محمد العنابي ، اللجوء إلى التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1973 .
- 3 - د. أحمد حسين الجندي ، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبية على ضوء إتفاقية واشنطن لعام 1965 ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2005.
- 4 - د. ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1988 .
- 5 - د. أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية 1990 ، دراسة مقارنة.
- 6 - د. أحمد صدقي محمود ، مفهوم الكتابة في إتفاق التحكيم ، الطبعة ، دار النهضة العربية ، 2004.
- 7 - د. السيد المركبي ، التحكيم في دول مجلس تعاون الخليج العربي ، مدى تأثيره بسيادة الدولة ، دار النهضة العربية 2001 .
- 8 - د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديدها ما هيئتها والنظام القانوني الحاكم عليها ، دار النهضة العربية . القاهرة ، الطبعة الأولى 1996 .
- 9 - د. جمعة سعيد سرير ، نظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان الطبعة الأولى 2002 .
- 10 - د. عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم في البلدان العربية ، الجزء الثاني ، دار المعارف ، القاهرة 1988 .

- 11 - د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في المجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.
- 12 - د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية القاهرة، 1990.
- 13 - د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا. دار نشر، 1988.

المراسيم

- 1 - مرسوم رئاسي رقم 90-420 صادر في 22/12/1990 يتضمن مصادقة الجزائر على الإتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23/07/1990، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 06/1991.
- 2 - مرسوم رئاسي رقم 95-306 صادر في 07/10/1995 يتضمن مصادقة الجزائر على الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 95-1995.
- 3 - مرسوم رئاسي 91-345 صادر في 05/10/1991 يتضمن مصادقة الجزائر على الإتفاق المبرم بين الجزائر والإتحاد الإقتصادي للوكسمبوجي والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع في الجزائر في 24/04/1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 46-1991.
- 4 - مرسوم رئاسي رقم 94-328 مؤرخ في 22/06/1994 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا الموقع في الجزائر في 28/06/1994 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 68-1994.

5 - مرسوم رئاسي رقم 95-88 صادر في 25/03/1995 يتضمن المصادفة على الإتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا والمتعلق بالترقية والحماية بالترقية المتبادلة للإستثمارات الموقع في 23/12/1994، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 1995-23 .

باللغة الفرنسية :

1- Thiebault Flory, le GATT Droit international et commerce mondial,
· L G D J , Paris, 1968 .

2-Nour-eddine Terky ,l'arbitrage commercial international en Algerie ,
OPU, Alger.1999

التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا

بقلم: د. فتيحة يوسف

أستاذة محاضرة كلية الحقوق

جامعة تلمسان

مقدمة :

إن وعي التشريعات الحديثة بمدى الأهمية التي تكتسيها المؤسسات التجارية والصناعية، بما لها من وظيفة اجتماعية واقتصادية، قد أدى بها إلى تغيير نظرتها إلى موضوع توقف هذه المؤسسات عن دفع ديونها، وأعطت أهمية خاصة لإنقاذ المؤسسة؟ سواء كانت على شكل فردي أو جماعي - وإنهاضها من كبوتها المالية. وبالتالي فإن قانون المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية أصبح يطمح إلى تحقيق أهداف تتجاوز بكثير القواعد التقليدية للإفلاس. وفي هذا المنوال أصبح الحديث يدور حول تكريس فكرة وقاية المؤسسة من التوقف عن الدفع، وإعطائها أولوية في التطبيق، قبل المرور إلى تصفيتها. وعند فشل هذه الأخيرة يلجأ إلى تنظيم إجراءات جماعية تهدف أساسا إلى مساعدة هذه المؤسسات - إذا ما توقفت عن الدفع - على مواصلة نشاطها والمحافظة على مواطن الشغل فيها والوفاء بديونها.

وقبل عرض هذه التوجهات، لا بد من إلقاء لمحة تقييمية عن القواعد المطبقة على المؤسسات المتوقفة عن الدفع في القانون الجزائري.

I - لمحة تقييمية عن الأحكام المطبقة على المؤسسات المتوقفة عن الدفع في القانون الجزائري

إن التطور التاريخي لنظام الإفلاس الذي يعني توقف المؤسسات عن دفع ديونها، وما استتبعه من تطورات مرحلية أثبتت عدم تخلص هذا الموضوع من المفهوم التفليدي للنظرة التجريبية للمفلس، إلى حد أن توصلت بالمشروع الفرنسي إلى إصدار قانون 1967 الذي يحمل في طياته الكثير من الإصلاحات⁽¹⁾ التي استوحى منها القانون الجزائري أغلب أحكامه المتعلقة بالإفلاس والتسوية القضائية⁽²⁾.

وهذه القواعد المستوحاة تتمثل في الأحكام التالية:

1 - تنظيم إجراءات الإفلاس والتسوية القضائية، وهذه تنطبق على كل مؤسسة تجارية - كفرد وأي مؤسسة كشخص معنوي يخضع للقانون الخاص ولو لم تكن تاجرة - إذا توقفت عن الدفع، تطبيقاً لنص المادة 215 من القانون التجاري.

2 - تنطلق هذه الإجراءات بناء على طلب كل من: المدين نفسه، أو الدائن، أو المحكمة من تلقاء نفسها⁽³⁾. وبالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة، لا بد من تقديم الطلب من ممثل المؤسسة - كشخص معنوي - مع إرفاق الطلب بكل ما استلزمته المادة 218 من القانون التجاري.

3 - بعد معاينة الطلب والتأكد من جديته، أو عدمها، تفتح إجراءات التسوية أو الإفلاس حسب الأحوال. إذ حدد القانون بعض الحالات التي يتعين فيها الحكم بالتسوية⁽⁴⁾،

1- G. Ripert et R. Robot, Traité de droit commercial, T.2, 157ème éd. 1996; P857, supra n° 2803 et suiv.

2 - وذلك بتنظيمه في الكتاب الثالث تحت عنوان "في الإفلاس والتسوية القضائية ورد الإعتبار والتفليس وما عداه من جرائم الإفلاس"، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 / 08.

3 - المادتين 215 و216 من القانون التجاري.

4 - المادة 226 من القانون التجاري، حيث تقضي بما يلي: "يقضي بالتسوية القضائية إن كان المدين قد قام بالالتزامات المنصوص عليها في المواد 215 و217 و218 المتقدمة".

وحالات يتعين فيها الحكم بالإفلاس⁽⁵⁾. بالإضافة إلى بعض الحالات الجوازية التي تكون فيها للمحكمة السلطة التقديرية ما بين الإفلاس والتسوية القضائية، إذ تنطلق هذه الإجراءات بفترة تسمى بفترة المراقبة أو التشخيص، إذا تبين لها وجود إمكانيات لإعداد برنامج تسوية بمواصلة المؤسسة لنشاطها أو التصريح بالإفلاس إذا توافرت شروطه، وتصفية الأموال، ويتم ذلك كله تحت مراقبة قضائية، نصت عليها المواد من 235 إلى 240 من القانون التجاري. إذ ألزم القانون تعيين قاضي منتدب في بدء كل سنة قضائية في كل محكمة، يكون مكلفاً بنوع خاص بملاحظة ومراقبة أعمال وإدارة التفلسة أو التسوية القضائية، فيجمع كافة عناصر المعلومات التي يراها مجدية، كما يستمع إلى المدين ومستخدميه، ودائنيه. وبالتالي يتعين عليه وجوباً أن يقدم للمحكمة تقريراً شاملاً عن النزاعات الناجمة عن التسوية أو الإفلاس، تطبيقاً لنص المادة 235 / 4 من القانون التجاري.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أجرى إصلاحاً هاماً في هذا المجال، وذلك بموجب الأمر 96-23 المؤرخ في 09 يوليو 1996 والمتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الذي ألغى بموجبه المادة 238 من القانون التجاري⁽⁶⁾. ومؤداه أنه استبدل وكيل التفلسة - الذي كان يختار من بين ضباط المحكمة - بالمتصرف القضائي، الذي أصبح يعين من بين الأشخاص المسجلين في القائمة التي تعدها اللجنة المذكور في المادة 9 من هذا الأمر⁽⁷⁾، وتخضع شروط ممارسة مهمة الوكيل لشروط دقيقة حددتها المادتين 5 و6 من الأمر المشار إليه. ومن مهامه أنه يكلف بموجب حكم قضائي بتسيير أموال الغير أو ممارسة وظائف المساعد أو مراقبة تسيير هذه الأموال، كما يمكن أن يكلف بتمثيل الدائنين، أو

5- تفصيلات هذه الحالات في المادة 226 / 2، والمادتين 337 و338 من القانون التجاري.

6- الأمر 96-23 المؤرخ في 09 يوليو 1996 والمتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، الصادر بتاريخ 10 يوليو 1996، الجريدة الرسمية، عدد 43.

7- المادة 4 من الأمر 96-23 أنفاً.

القيام عند الاقتضاء بتصفية الشركة التجارية المشهر إفلاسها وفقا للشروط المحددة في القانون التجاري⁽⁸⁾.

ونظرا أن الوكلاء المتصرفين القضائيين يوضعون تحت رقابة النيابة العامة، فهم يخضعون في ممارستهم لمهامهم إلى التفتيش المخول للنيابة العامة. بالتالي فهم ملزمون بتقديم كل المعلومات والوثائق الضرورية دون التمسك بالسر المهني، تطبيقا لنص المادة 17 من الأمر 96-23.

ومهما كان الحكم سواء القاضي بالتسوية أو الإفلاس، فإنه يرتب نفس الآثار بالنسبة للمدين، أو الدائنين، أو التصرفات الصادرة في فترة الريبة.

* بالنسبة للمدين :

هناك فرق ما بين المدين المفلس والمدين المقبول في التسوية، من حيث غل اليد. إذ الأول تغل يده عن إدارة كل أمواله الحاضرة والمستقبلية، بحيث يستبدل بالوكيل المتصرف القضائي، أما الثاني، فإن غل اليد لا يقصد به سوى مساعدته من طرف هذا الأخير، وهذه المساعدة إجبارية، تطبيقا لنص المادة 244 من القانون التجاري. وإذا كانت المؤسسة مأذونا لها بمتابعة النشاط الصناعي والتجاري تطبيقا لنص المادة 277 من القانون التجاري⁽⁹⁾، جاز لمسير المؤسسة بمساعدة المتصرف القضائي القيام بكافة الإجراءات اللازمة لذلك الاستغلال⁽¹⁰⁾.

8. المادة 1/2 و 2 من نفس الأمر.

9 - تنص المادة 277 من القانون التجاري، على ما يلي: "يجوز للمدين في حالة التسوية القضائية وبمعونة وكيل التفلسة - واذن القاضي المنتدب، متابعة استغلال مؤسسته التجارية والصناعية".

10 - المادة 2/273 من القانون التجاري.

* بالنسبة للدائنين

يترتب في كلا الحالتين - الإفلاس أو التسوية القضائية- وقف الإجراءات الفردية بالنسبة للدائنين العاديين. أما أصحاب الحقوق المضمونة برهن، فلا يمكن لهم متابعتها إلا ضد المتصرف القضائي. كما تسقط آجال الديون، تطبيقا لنص المادة 246 من القانون التجاري. ونفس الحكم بالنسبة للتصرفات الصادرة في فترة الريبة، من حيث عدم التمسك قبل جماعة الدائنين بكافة التصرفات المنصوص عليها في المادتين 247 و249 من القانون التجاري.

والمستخلص من هذا العرض الموجز ، كشف نقائص النظام المطبق على المؤسسات المتوقفة عن الدفع، من حيث اهتمامه الزائد بالوفاء للدائنين دون الاهتمام باستمرار المشروع. كما أن إجراءات التسوية القضائية - التي هي إجراء عادي يستفيد منه كل الأشخاص الخاضعون لنظام الإفلاس وفقا لنص المادة 215 من القانون التجاري، والذين توقفوا عن الدفع وتكون مشروعاتهم قابلة للاستمرار- التي يمكن أن تؤدي إلى استفادة المؤسسة من نظام الصلح مع الدائنين مرهونة بالنظر إلى أعمال وتصرفات المسيرين الذين يمثلون المؤسسة.

وعلى هذا، يمكن القول أن هذا النظام، أصبح لا يتماشى مع التحولات الاقتصادية التي فتحت الباب على مصراعيه للقطاع الخاص. علما أن هذا التنظيم قد وضع في ظل اقتصاد موجه بموجب الأمر 75 - 59، وعلى الرغم من تدخل المشرع الجزائري منذ التسعينات إلى يومنا هذا بإجراء تعديلات وتتميمات عديدة مست عدة مجالات في القانون التجاري - كالشركات والسندات التجارية، الخ - إلا أن نصيب الإفلاس والتسوية القضائية كان ضعيفا جدا⁽¹¹⁾ ، مقارنة بما طرأ على الحياة التجارية من تغيرات وتحولات جذرية فرضتها

11 - سواء في التعديلات- التي جاءت بموجب المرسوم التشريعي 93- 08، إذ مس ذلك بعض المواد فقط، كالمادة 216 من القانون التجاري- من حيث اشتراط أن يكون الدائن الذي يطلب إفلاس المدين ، ذا دين محدد بفاثورة ذات* أجل محدد- وكذلك المادة 317 فيما يتعلق بعقد الصلح، وذلك بإضافة فقرة أخيرة تحدد الهدف منه- أو التي جاء بها قانون 05- 02 الصادر في 6 فبراير 2005، حيث أتى بتتميم وحيد، في المادة 252 مكرر.

سياسة اقتصاد السوق والعولمة التي تتطلب اقتصادا يعتمد أساسا على المنافسة. باستثناء ما جاءت به المادة 217 من القانون التجاري، التي ألغت الأحكام السابقة التي كانت تتلاءم مع المرحلة الاشتراكية، واستبدلتها بخضوع الشركات ذات أموال عمومية كليا أو جزئيا لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية.

غير أن الواقع العملي يفرغ هذه المادة من محتواها القانوني، وذلك أنه من غير الممكن أن نتصور أن الدولة يمكن أن تترك هذه المشروعات التي تعتبر عنوانا لسياستها الاقتصادية تسير إلى الإفلاس دون أن تمد لها يد العون، وهذا هو الساري حاليا، إذ غالبا ما لجأت الدولة إلى اتخاذ عدة حلول، كالتكفل بأخذ العجز المالي، الإعفاء من غرامة التأخير في دفع الضرائب والاشتراكات في صناديق الضمان، الخ. ونظرا لعدم كفاية هذه الحلول في تمكين المؤسسات من الوقوف مجددا على رأس نشاطها، لجأت الدولة في القطاع العام إلى اتخاذ بعض الحلول، كحل المؤسسات، بيع بعضها، خوصتها، اللجوء إلى نظام الشراكة أ.خ. ولكن المشكل بقي قائما بالنسبة للمؤسسات الخاصة، إذ أن تصفية هذه الأخيرة تحت إجراءات شهر إفلاسها، أصبح جزء لا يتجزأ من القطاع الاقتصادي.

وعلى هذا أصبح من المحتم- تفاديا لأحكام الإفلاس الذي يكون من شأن أحكامه ترتيب انعكاسات سلبية على جميع الأصعدة، اجتماعية واقتصادية- البحث عن الحلول الناجعة، والتفكير في خلق آليات جديدة يكون من شأنها إنقاذ المؤسسات، على غرار ما هو سائر في بعض التشريعات الأخرى.

II - التنظيم التشريعي لإنقاذ المؤسسات المتعثرة ماليا

أسفرت نتائج البحث عن مدى الفعالية الاقتصادية لإجراءات الإفلاس والتسوية القضائية أن أحكام هذه القوانين أصبحت لا تتكيف مع متطلبات التطور الاقتصادي. لذا اتجه التفكير إلى خلق آليات جديدة تسمح بالكشف المبكر عن عجز المؤسسات، بهدف

تجنب تفاقم الوضع المتأزم، وإنهاض المؤسسة من كبوتها⁽¹²⁾. وتوالت الجهود إلى أن صدرت عدة قوانين مترجمة لهذه التوجهات التي تجد مصدرها في ثلاث قوانين في فرنسا: قانون رقم 84 - 148 الصادر في 1 مارس 1984 والمتعلق بالوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة اقتصادياً، والتي لم تتوقف بعد عن دفع ديونها⁽¹³⁾، ثم استكمل هذا القانون بصدور قانون 85 - 98 الصادر في 25 جانفي 1985 الخاص بالتسوية والتصفية القضائية للمؤسسات. وبهذا يكون المشرع الفرنسي، قد ألغى أحكام قانون 13 جويلية 1967، وكذا الأمر رقم 67 - 820 الصادر في 27 سبتمبر 1967⁽¹⁴⁾ وهناك كذلك قانون 85 - 99 الصادر في 25 جانفي 1985 والمتعلق بالمدخلين القضائيين في إجراءات الإنقاذ.

التوجه الأول: الوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة اقتصادياً:
قانون رقم 84 - 148 الصادر في 1 مارس 1984 والمتعلق بالوقاية والتسوية الودية للمؤسسات

استهدف هذا القانون الوقاية والتسوية الودية للمؤسسات المتعثرة اقتصادياً والتي لم تتوقف بعد، عن دفع ديونها. يحتوي هذا القانون على مجموعة من الوسائل الوقائية التي تسمح باكتشاف مؤشرات الصعوبات داخل المؤسسة قصد تجنبها وتفاقمها.

-
- 12 - أنظر في هذا الشأن كل من: د. أسيل حامد خليفة الفضالة، الصلح الوافي من الإفلاس - دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري، دار النهضة العربية، 2006، ص 26 وما يليها. د. نشأت الأخرس، الصلح الوافي من الإفلاس، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005، ص 205 وما يليها.
 - 13 - وقد استكمل هذا القانون بمرسوم عام تحت رقم 85 - 295 الصادر في 1 مارس 1985، ومرسوم 85 - 665 الصادر في 3 جويلية 1985 متعلق بمراقبي الحسابات، ومرسوم 85 - 910 الصادر في 27 أوت 85 حول التجمعات المؤهلة للوقاية
 - 14 - علماً بأن أحكام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري مستمدة أساساً جميع أحكامها من هذا القانون.

وتستفيد من هذه الأحكام كل الأشخاص المعنوية الخاصة ولم تكن تاجرة، والتجمعات، وأغلب أحكامه تخص الشركات التجارية، بتعديله كثير من أحكام قانون الشركات الصادر في 1966. كما يضع عدة إجراءات للإشعار ببيوادر الصعوبات، وإجراءات جديدة للتسوية الودية تسمح بإبرام اتفاق بين المدين ودائنيه الرئيسيين حول مواعيد الوفاء وتخفيض الديون. والحلول التي يجب أن تتخذ.

1 - الوقاية: وتتمثل هذه في اتخاذ إجراءات الإشعار ببيوادر الصعوبات تقضي أحكام قانون 84 - 148، بالإشعار المبكر ببيوادر الصعوبات داخل المؤسسة بتنظيم أربع إجراءات متميزة، مفتوحة لكل من مراقبي الحسابات (أ)، للمساهمين وللشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ب)، وللمنظمات الممثلة للعمال (ج)، ولرئيس المحكمة (د)، وذلك لجلب انتباه المسيرين للصعوبات التي تمر بها مؤسستهم.

1 أ - الإشعار ببيوادر الصعوبات من طرف مراقبي الحسابات

يتولى مراقب حسابات المؤسسة استفسار مسيرها كتابيا عن كل ما يلاحظه بمناسبة قيامه بمهامه من أعمال تهدد استمرار نشاط المؤسسة. وفي شركات المساهمة، فإن هذا الاستفسار يوجه إلى رئيس مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة. ويتوجب على هذا المسير الرد كتابيا في ميعاد 15 يوم. في حالة انعدام ذلك، أو كان الرد غير مقنع، يدعو مراقب الحسابات كتابيا رئيس مجلس الإدارة أو المديرين بانعقاد مجلس الإدارة للمداولة في الأمر. ويخطر مراقب الحسابات رئيس المحكمة بهذا الإجراء⁽¹⁵⁾.

وعلى سبيل المقارنة، فإن القانون التونسي بموجب قانون 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية قد تضمن أحكاما مماثلة في الباب الثاني منه. غير أن الملاحظ أن القانون التونسي أحدث لدى وزارة الصناعة لجنة خاصة تسمى "لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية"، تكون من مهامها

15 - قانون الشركات الفرنسي 1966، المادة 230 / 1 المعدل بالقانون 10 جوان 1994.

جمع المعطيات عن نشاط المؤسسات وتمد رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المقر الرئيسي للمدين بكل ما يتوفر لديها من معلومات كلما طلب منها ذلك. وتبادر اللجنة بإشعار رئيس المحكمة المعنية بكل مؤسسة تبلغ خسارتها ثلث رأسمالها، كما تتولى اقتراح برنامج إنقاذ المؤسسات، مع إبداء رأيها وجوباً في برامج الإنقاذ المعروضة⁽⁶⁾

1. ب - الإشعار من طرف المساهمين في شركات المساهمة والشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

يخول القانون للمساهمين في شركات المساهمة، الذين يمثلون على الأقل عشر رأس المال، مرتين لكل عملية توجيه أسئلة كتابية لرئيس مجلس الإدارة أو المديرين عن كل فعل من طبيعته يمس باستمرار النشاط (المادة 1/226 من قانون الشركات الفرنسي) ويتوجب على هذا الأخير الإجابة خلال شهر، مع توجيه في نفس الميعاد لمراقبي الحسابات صورة للأسئلة والإجابة عليها. ويتوقف الأمر على هذا الأخير إن رأى مدى جدية ذلك، بإثارة الإشعار حسب الدراسة السابقة. ونفس الحكم بالنسبة للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة. بحيث يخول هذا الحق لكل الشركاء غير المسيرين، بتوجيه أسئلة للمدير، وعلى هذا الأخير الإجابة مع بعث تقرير لمراقب الحسابات (المادة 1/64 من قانون 66).

1. ج - الإشعار من المنظمات الممثلة للعمال. وهذا الحق مخول في قانون الشركات الفرنسي بموجب المادة 230/3. وكذلك نص عليه القانون التونسي في المادة 5 من قانون إنقاذ المؤسسات⁽¹⁷⁾.

16 - المادة 4 من القانون 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية.

17 - تنص المادة 5 من قانون إنقاذ المؤسسات التونسي - السالف الذكر - على ما يلي: "تتولى تفقدية الشغل والصندوق القومي للضمان ومصالح المحاسبة العمومية إعلام لجنة متابعة المؤسسات بما تلاحظه من أعمال تهدد استمرار نشاط أية مؤسسة خاضعة لأحكام هذا القانون وخاصة عند عدم خلاص ما تعلق بدمتها بعد مضي 6 أشهر من تاريخ حلول الدين".

د. 1 - إثارة الإشعار من طرف رئيس المحكمة

خول قانون 1984 - السالف - المعدل بقانون 10 جوان 1994 - لرئيس المحكمة - عندما يتلقى أي إشعار بأن أي شركة تجارية أو تجمع ذا نفع اقتصادي أو أي مؤسسة خاصة تجارية أو حرفية تعاني من صعوبات من شأنها أن تعرقل استمرار نشاطها - الحق في استدعاء مسير هذه المؤسسة لمطالبته ببيان التدابير التي هو عازم على اتخاذها لتجنب ما يعترض مؤسسته من صعوبات، ويحدد له أجلا لذلك⁽¹⁸⁾ . وقد نصت على هذا الإجراء المادة 8 من القانون التونسي السالف الذكر.

2 - التسوية الودية

هو اتفاق تبرمه الشركة أو المؤسسة المضطربة ماليا مع دائئيتها، وبموجبه تحاول تفادي نتائج تعثرها وتوقفها عن الدفع. وفي القانون حث على إنجاز مثل هذا الاتفاق لإنجاح ازدهار الشركة، حول مواعيد الوفاء وتخفيض الديون، والحلول التي يجب أن تتخذ.

وطلب التسوية الودية يكون بناء على طلب يتقدم به مديري المؤسسة قبل توقفها عن الدفع إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرتها المركز الرئيسي للمؤسسة. ويجب أن يعرض الطلب الصعوبات القانونية والاقتصادية والمالية، والإجراءات المزمع اتخاذها للإنقاذ مع مواعيد الوفاء أو إنقاص الديون التي تسمح بتجسيد هذه الإجراءات. وعلى هذا يجب أن يكون هذا الطلب مرفقا بالوثائق اللازمة لكشف الوضع المالي للمؤسسة وقائمة الديون وحلول أجلها. وعند تلقي الطلب، يستدعي رئيس المحكمة ممثل المؤسسة لمعرفة تفصيلات أكثر، فضلا أنه ممكن يكون مطلعا على ذلك من طرف مراقبي الحسابات، حسب الإجراء السابق - الإشعار ببوادر الصعوبات - كما يمكن لرئيس المحكمة أن يطالب أية معلومات عن حالة المؤسسة من أية إدارة أو مؤسسة مالية أو إدارية، كما يمكن له تعيين

18 - G . Ripert et R. Roblot, traité de droit commercial, T.2, 15 ème éd.1996; P 894, supra n° 2837.

خبير لإعداد تقرير حول الوضع المالي والاقتصادي والاجتماعي. ويتمتع المدين في هذه المرحلة بحق التصرف والإدارة لذمته.

وإذا رأى رئيس المحكمة وجاهة هذا الطلب، يصدر أمر بافتتاح إجراءات التسوية، ويعين مصالحا *conciliateur*، تكون مهامه الحرص على استمرار نشاط المؤسسة والتوصل إلى التوفيق بين المدين ودائنيه⁽¹⁹⁾.

ونظرا أن افتتاح هذه الإجراءات، لا تهدف إلى تصفية أموال المؤسسة، بل إلى تمكينها من متابعة نشاطها، لذا من الآثار المترتبة عليها، إمكانية وقف إجراءات التقاضي مؤقتا والتنفيذ للدائنين التي تهدف إلى استيفاء كافة الديون السابقة للاتفاق حتى نهاية مدته التي لا يمكن أن تتجاوز نهاية مهمة المصالح، تطبيقا لنص المادة 4/36 و6 من هذا القانون. وإمكانية هذا التوقف، أدخلها قانون 94 السالف الذكر، حيث أجاز هذا الإجراء للقاضي، ويكون ذلك بناء على طلب المصالح إذا رأى ضرورته لتسهيل الاتفاق. ويسري أثر هذا الإجراء على جميع الدائنين⁽²⁰⁾. والهدف من الوقف تجميد ديون الشركة التي تعاني من مشاكل مالية، بغرض مساعدة هذا المصالح من إنقاذ الشركة. كما أن الإجراء الذي هو ذا طابع جوازي، يرتب أيضا آثار بالنسبة للمدين - من حيث لا يمكن له تحت طائلة البطلان القيام بالوفاء لأي دين سابق عن هذا الإجراء، وكذلك منح رهن مهما كان نوعه - منع أعمال التصرف الخارجة عن التسيير العادي للمؤسسة إلا بناء على رخصة من رئيس المحكمة تحت طلب المصالح. ويمكن أن تشمل هذه الاتفاقات جدولة الديون وتخفيضها

هذا، وإذا أخل المدين بالالتزامات المترتبة عن الاتفاق - التسوية الرضائية- يجوز لكل من يهمة الأمر طلب فسخ هذا الاتفاق من المحكمة، وإسقاط الآجال الممنوحة للمدين⁽²¹⁾. وإذا صدر ضد المدين خلال فترة التسوية حكم بالتوقف عن الدفع، تفسخ التسوية

19- المادة 36 من قا.84، والمادة 10 من القانون التونسي).

20- المادة 36 من قانون 1984 المعدلة بموجب قانون. 10 جوان 1994.

21- المادة 15 من القانون التونسي- والمادة 36/10 من القانون الفرنسي

وجوبا، مع استرجاع الدائنون حقوقهم السابقة بعد طرح ما توصلوا بمقتضى التسوية الرضائية.

والملاحظ أن القانون الفرنسي بموجب قانون 25 جانفي 85، قد أعطى في هذه الحق في فتح إجراءات التسوية القضائية أو التصفية بناء على طلب وكيل الجمهورية، أو المدين أو أحد الدائنين الذي كان طرفا في اتفاق التسوية الرضائية⁽²²⁾.

التوجه الثاني: قانون 85 - 98 الصادر في 25 جانفي 1985 الخاص بالتقويم

Redressement judiciaire des entreprises القضائي للمؤسسات

استكمل المشرع الفرنسي مسيرته الإصلاحية بموجب هذا القانون الذي عدل بموجبه نظام الإجراءات الجماعية- الإفلاس والتسوية القضائية- وذلك على أثر تغيير وجهة نظره من الهدف المتوخى من هذا النظام، بحيث أصبح الحفاظ على المؤسسة وإنقاذها من تعثرها المالي، والإبقاء على فرص العمل التي توفرها للعاملين بها، أولويات تشغل اهتمام المشرع، قبل تسوية حقوق الدائنين، التي ظلت لمدة طويلة الهدف الرئيسي لنظام الإفلاس. وعلى هذا الأساس جاء قانون 25 جانفي 85 معبرا على هذه التوجه الجديد. وكخلاصة لأحكام هذا القانون، فإن المؤسسة المتعثرة تمر بإجراءات تهدف إلى إصلاحها وإنهاؤها- بقدر المستطاع- من كبوتها. وإلا فلا مفر من تصفيتها. ولتحقيق ذلك تمر هذه المؤسسات بمرحلتين:

المرحلة الأولى: فترة المراقبة أو التشخيص

الهدف من هذه الفترة دراسة وضع المؤسسة، تمهيدا لتحضير خطة اقتصادية واجتماعية. وعن وضع الدائنين في هذه المرحلة، لا يكون لهؤلاء الدائنين- سواء العاديين أو المضمونة ديونهم بتأمينات إلا الإقرار بحقوقهم لممثل الدائنين، وذلك ضمن مواعيد معينة والا انقضى حقهم (المادة 53 من قانون 25 جانفي 1985).

22- المادة 5 من قانون 85، والمادة 148 من قانون 94

المرحلة الثانية : العلاج

يتمثل ذلك في إجراءين، إما إصلاح المؤسسة - طبقا لخطة تقررها المحكمة، وتقضي باستمرار المؤسسة - أو التصرف فيها. وإذا تبين عدم جدوى أي من الحلين، يلجأ إلى التصفية.

تقرر المحكمة مواصلة النشاط استنادا إلى تقرير المتصرف القضائي عندما تكون هناك إمكانيات جديدة لذلك، مع الاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل. ويمكن للمحكمة أن تأذن بإحالة المؤسسة للغير إذا تعذر إنقاذها، وكان في هذا التصرف ضمان لاستمرار نشاطها، والاحتفاظ بكل أو بعض مواطن الشغل فيها وتطهير ديونها⁽²³⁾.

وعن وضع الدائنين في هذه المرحلة، فإن كان العلاج المقترح يتمثل في الاستمرار وتدعيم النشاط، يدعى الدائنون إلى التنازل عن جزء من مستحقاتهم أو منحهم للمدين آجالا أو تقسيط ديونهم، وإذا كان العلاج في بيع المؤسسة، فيكون للدائنين أصحاب التأمينات أولوية على الثمن، فإن بقي حق دون وفاء، فإنه ينقضي نهائيا على أثر بيع المؤسسة أو على أثر قفل التصفية لعدم كفاية الوصول. وعلى هذا يقال أن إنقاذ المؤسسات يتم على حساب الدائنين، فهم ضحايا حركة الإصلاح التشريعي⁽²⁴⁾.

أما الدائنون الجدد، الذين نشأت حقوقه صحيحة بعد الحكم بالإجراء الجماعي على المدين، لهم أفضلية على القدامى أصحاب الحقوق الناشئة قبل الحكم، حتى ولو كانت هذه الأخيرة مضمونة بتأمين، تطبيقا لنص المادة 40 من قانون 1985.

أما الإجراء الذي يمثل المرحلة الأخيرة فهو تصفية الشركة، وهو إجراء لا بد منه إذا تبين عدم إمكان إنقاذ المؤسسة من أزمته المالية، بإجراء من الإجراءات السالف ذكرها، مع ملاحظة أن هذه الأحكام نص عليها أيضا القانون التونسي - السالف الذكر - بالمواد من 28 إلى 52.

23 - المادة 47 من القانون التونسي السالف الذكر

24 - Fermand Derrida, très brefs propos sur la réforme de la faillite, D. 1993, chron., p 322.

وبهذا الإجراء الجديد تكون هذه التشريعات قد ألغت الأحكام القديمة للإفلاس⁽²⁵⁾.

التوجه الثالث: إصلاح جهاز القضاء

استكمل القانون الفرنسي مسيرته الإصلاحية بإصلاح جهاز القضاء، وعيا منه أن إجراءات الإنقاذ أصبحت ليست مسألة تهم الدائنين فحسب، بل العمال، مؤسسات الضمان الاجتماعي، وكذا السلطات العامة، طالما أن إفلاس المؤسسات سيكون له انعكاسا على الإقتصاد. وعلى هذا اتجه إلى إصدار قانون 85 - 99 الصادر في 25 جانفي 1985 والمتعلق بالمدخلين القضائيين في إجراءات الإنقاذ، حيث اختلفت في هذا القانون وظيفة وكيل التفلسة، وعوضت بثلاث وظائف متميزة: المتصرفين القضائيين، والوكلاء المصفين، وخبراء تشخيص المؤسسة، وشروط تعيينهم تخضع لشروط متشددة، حيث يجب أن يكون من المهنيين. كما أن هذا القانون قوى من سلطات القضاء في إنقاذ المؤسسات على حسب التفصيل السابق.

25 - بالنسبة للقانون الفرنسي، قد ألغى قانون 13 جويلية 1967، وكذا الأمر رقم 67 - 820 الصادر في 27 سبتمبر 1967 ونفس الحكم بالنسبة للقانون التونسي .

خاتمة :

على الرغم من استخلاص مدى رغبة المشرع الجزائري في انتهاج سياسة الإصلاح، إلا أن أحكام الإفلاس والتسوية بقيت على حالها، وبهذا فإن أحكامه أصبحت لا تتكيف مع الوضع الراهن. ولهذا بات من اللازم على الدولة أن تتجه إلى انتهاج سياسة وقاية المؤسسة والمحافظة عليها قبل توقفها عن الدفع، والإصلاح في هذا المجال يجب أن يسمح بوضع قواعد وآليات تسمح باكتشاف صعوبات المؤسسة منذ أن تكون متوقعة من خلال ميزانيتها، قبل أن تتجسد هذه الصعوبات في تعثر مالي حقيقي.

وهذا الإجراء الذي يمكن أن نطلق عليه "وقاية المؤسسة والمحافظة عليها" يكون نتيجة حكم التفاوض الذي يسمح بموجه إلى إيقاف إجراءات التقاضي والتنفيذ قبل التوقف عن الدفع. وهذا التفاوض - مدين ودائنيه - يكون إجراء وقاية وليس تسوية قضائية، يعاين من طرف القضاء الذي يطلع على الخطة المتخذة من المدين ودائنيه، وبمعنى أعم تقوية نظام الصلح الذي يكون قبل وليس بعد التوقف عن الدفع.

غير أن تكريس مسألة تجريم الإفلاس وتطبيقه على المسيرين لا يكون مشجعا لهؤلاء في إجراء كهذا، الذي يمكن أن يكون ضد مصالحهم الشخصية إذا اتضح خضوعهم لحالات الإفلاس، وعلى هذا فإن الإصلاح يجب أن يأخذ مجرى آخر، وهو قصر الجزاء على الأموال الخاصة للمسيرين الذين يكونون متورطين في إفلاس المؤسسة.

التحرّش الجنسي في مكان العمل

بقلم: د. أعمار يحيياوي

كلية الحقوق - جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

مقدمة :

التحرّش الجنسي وجه من أوجه العنف ضد المرأة في مكان العمل ويخلق لديها جواً من عدم الأمن، ممّا يخالف مقتضيات اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز تجاه النساء (1979) التي تخولّها الحقّ في سلامة ظروف العمل⁽¹⁾. لذلك عكفت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على إعداد توصية عامّة رقم 19 بمناسبة دورتها الحادية عشرة سنة 1992 حيث تطرقت للعنف القائم على الجنس ومن ضمنه التحرّش الجنسي⁽²⁾، صوهو ما عولج أيضاً على المستوى الأوروبي في إطار القانون المتعلّق بمكافحة التحرّش الجنسي، الملحق بالتوصية رقم 131/92 الصادرة عن اللّجنة الأوربية بتاريخ 27 نوفمبر 1991⁽³⁾.

لم يحدّ المشرع الجزائري عن معالجة التحرّش الجنسي، فنصّ على حماية المرأة ضد هذا الشكّل من العنف في المادة 341 مكرّر من تقنين العقوبات⁽⁴⁾. فهل يعتبر تجريم

1- انظر: Art 11, para 1 (f) de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979).

2- انظر: Document A/47/38 disponible dans le website de l'organisation des nations unies (www.un.org).

3- انظر: Alain Sériaux et autres, droits et libertés fondamentaux, Ellipses, Paris, 1998, p 125.

4- انظر: القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات (ج ر عدد 2004/71).

التحرش الجنسي في التشريع الجزائري بمثابة حماية ناجعة للمرأة في مكان العمل؟
وعليه، ندرس الحماية ضد التحرش الجنسي في القانون الدولي والتشريع الجزائري.

أولاً- الحماية ضد التحرش الجنسي في القانون الدولي :

1 - في القانون الدولي العالمي :

أ - تعريف التحرش الجنسي ⁽⁵⁾ :

التحرش الجنسي في مكان العمل، حسب لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، هو كل سلوك غير ملائم تتعرض له المرأة، يقوم على دواعٍ جنسية سواء كان عن طريق الأقوال أو الأفعال. وعليه، تقدم اللجنة، على سبيل المثال، بعض التصرفات التي تشكل تحرشاً جنسياً كما يأتي:

- فرض اتصال جسدي،

- إعطاء تسبيقات،

- إبداء ملاحظات تتضمن معنى جنسياً،

- عرض مؤلفات مخلّة بالحياء،

- طلب الاستجابة لمتطلبات جنسية.

ب - أثر التحرش الجنسي على المرأة :

يعدّ التحرش الجنسي أكثر أشكال العنف اعتياداً الذي تتعرض له النساء من قبل زملائهنّ في مكان العمل⁽⁶⁾ ممّا يشكلّ مساساً خطيراً بمبدأ المساواة⁽⁷⁾. ويتجلّى هذا المساس في الآثار التالية⁽⁸⁾:

5- انظر: Para 18 de la recommandation générale du comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, N° 19, onzième session 1992, violence à l'égard des femmes, document A/47/38.

6- انظر: Centre pour les droits de l'homme, Discrimination à l'égard des femmes: la convention et le comité, fiche d'information N° 22, Genève, février 1995, p 23.

7- انظر: Recommandation générale du comité, op.cit, para 17.

8- انظر: Ibid, para 18.

- إهانة المرأة وتعرضها لمشكل على مستوى الصحة والأمن،

اعتقادها بأن رفض الرضوخ للمتطلبات الجنسية قد يحرمها من مزايا وظيفية فيما يخص التوظيف والترقية،

- خلق جوّ عدائي في العمل.

بناء على ذلك، أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد النساء الدول الأطراف في اتفاقية إلغاء كل أشكال التمييز تجاه النساء أن تتخذ «إجراءات قانونية فعلية، بما في ذلك عقوبات جنائية وتعويضات مدنية لحماية النساء ضد...التحرش الجنسي في مكان العمل»⁽⁹⁾.

2 - في القانون الدولي الأوربي :

سبق الذكر بأن قانون المجموعة الأوربية Le droit communautaire قد عالج مسألة التحرش الجنسي في القانون المتعلق بمكافحة التحرش الجنسي، الملحق بالتوصية رقم 131/92 الصادرة عن اللجنة الأوربية بتاريخ 27 نوفمبر 1991. فوفقاً لهذا القانون يعتبر تحرشاً جنسياً «كل تصرف مادي مزعج سواء كان شفويّاً أو غير شفوي... وتكمن الخاصية الأساسية للتحرش الجنسي في كون الذي يتعرض له يشعر بأن مثل هذا السلوك غير مرغوب فيه، ويعود لكل فرد تحديد ما هو التصرف الذي يقبله والذي يحسبه مهيناً»⁽¹⁰⁾.

على هذا الأساس يمتاز قانون المجموعة الأوربية على القانون الدولي العالمي في جانبين مهمين هما:

- لم يحم القانون الأوربي المرأة فحسب ضد التحرش الجنسي بل بسط حمايته لجنس الذكر أيضاً.

Recommandation générale du comité, op.cit, , para 24/t(i).

9 - انظر:

Alain Sériaux et autres, op.cit, p125.

10 - انظر:

- اعتدَّ هذا القانون بمعيار شخصي لتحديد ما هو السلوك المعتبر تحرشاً جنسياً. هكذا يقترب قانون المجموعة الأوربية إلى صرامة الشريعة الإسلامية عندما يعالج قضية التحرش الجنسي لكن دون أن يصل إلى إعجازها لأن القرآن الكريم يحارب الدوافع النفسية الموصلة إلى هذه الفاحشة مخاطباً الرجل والمرأة في آن واحد. قال تعالى: (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ ...)⁽¹¹⁾، (وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ...)⁽¹²⁾.

ثانياً الحماية ضد التحرش الجنسي في التشريع الجزائري ومدى فعاليتها:

1 - مضمون الحماية:

تضمنت هذه الحماية المادة 341 مكرراً من تقنين العقوبات الناصة على أنه: «يعدّ مرتكباً لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج، كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية.

في حالة العود تضاعف العقوبة»

نستخلص من هذا النص أن جريمة التحرش الجنسي تقوم على الأركان التالية:

أ - أن يكون التحرش الجنسي صادراً من رئيس:

وبذلك يكون المشرع قد ربط التحرش الجنسي بنظرية إساءة استعمال السلطة.

وتترتب عن ذلك النتائج التالية:

11 - الآية 30 من سورة النور.

12 - الآية 31 من سورة النور.

- يستوي أن يكون الرئيس رجلاً أو امرأة وهو مقتضى قول المشرع: « كل شخص يستغل سلطة وظيفته »، كأن يقيد هذا الرئيس منح بعض المزايا الوظيفية بإشباع حاجاته الجنسية.

- لا تكون الضحية مرئوساً فحسب، بل قد تكون شخصاً آخر لا يخضع لسلطة الرئيس أيضاً. وفي الحالتين كليهما لا اعتبار لجنس هذه الضحية، كأن يربط صاحب السلطة الإسراع في معالجة ملف أو منح رخصة معينة بنزواته الجنسية.

- لا تقوم جريمة التحرش الجنسي لو حاولت العاملة أو امرأة أخرى غير خاضعة للسلطة الرئاسية إغواء من له سلطة اتخاذ القرار.

ب - أن يقترن التحرش الجنسي بالضغط والإكراه:

وبذلك لا تحرش جنسي لو كان الرئيس يتغزل بالمرؤوسة فقط أو يبعث لها رسائل غرامية بل حتى لو وصل الأمر إلى أن يستعرض لها صوراً أو مجلات مقلّة بالحياء ما دام لم يكرهها على تلبية غرضه الجنسي.

ج - أن يكون الغرض من الضغط والإكراه إشباع رغبة جنسية:

وبذلك لا تقوم الجريمة لو فرطت الموظفة في مهامها أو أساءت استقبال المواطنين فصدرت من الرئيس تصرفات تنطوي على نوع من الضغط والإكراه كرفع الصوت واحمرار العيون قصد حملها على حسن الاستقبال وأداء الخدمة على أحسن وجه لأن ذلك في الحقيقة يعدّ من قبيل السلطة التأديبية حتى ولو لم يوقع عقاباً.

إذا تحققت الأركان السابقة تقوم جريمة التحرش الجنسي مهما يكن الركن المادي، إذ يستوي أن يكون قولاً أو فعلاً أو أي سلوك آخر ينطوي على غرض جنسي، والأمر متروك لتقدير القاضي.

2 - مدى فعالية الحماية :

إذا كان المشرع قد امتثل لتوصية لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، رقم 19 (1992) عندما اتخذ إجراءً تشريعياً عقابياً على التحرش الجنسي في مكان العمل، إلا أن هذه الحماية، بافتتان التحرش الجنسي بنظرية إساءة استعمال السلطة، تظل مقيدة، إلى حد بعيد، من ثلاثة أوجه هي:

الوجه الأول : إن ربط التحرش الجنسي بذلك السلوك الصادر من رئيس يجعل المرأة في وسط العمل عرضة لهذا الاعتداء المهين من قبل زميل في العمل ليست له سلطة اتخاذ القرار مما يخلق جوّاً عدائياً في العمل يتعارض مع متطلبات الفقرة 18 من التوصية العامة رقم 19 الصادرة عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الحادية عشرة سنة 1992.

الوجه الثاني : إن قصر التحرش الجنسي على التصرف الذي ينطوي على الإكراه فحسب، يفسح المجال للتحرش العذب أو سلوك الثعلب الذي يزعج المرأة ويخلق لها متاعب في مكان العمل، وهو ما يعرضها لمشكل على مستوى الصحة والأمن، الأمر الذي يتناقض مع مقتضيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أيضاً وفقاً للفقرة 18 من توصيتها العامة رقم 19 (1992) سالفة الذكر.

ومما يدعم هذا الطرح كون اللجنة عندما أشارت إلى ما يشكل تحرشاً جنسياً على سبيل المثال لم تقتصر على السلوك الذي ينطوي على الإكراه - مثل فرض اتصال جسدي كما جاء في الفقرة 18 من توصيتها العامة رقم 19 (1992) - فحسب، بل أدرجت في السياق نفسه السلوك الذي لا يشمل الإكراه أيضاً مثل عرض مؤلقات مخلة بالحياء.

الوجه الثالث : إن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عندما تعرضت في الفقرة 17 من توصيتها العامة رقم 19 (1992)، « للتحرش الجنسي في مكان العمل » إنما يفهم من

عبارتها هذه مطلق التحرش سواء صدر من رئيس أو غير رئيس، أو تضمّن هذا التحرش إكراهاً أو لم يتضمن مثل هذا الإكراه. فالعبرة إذن بما يشكل إهانة للمرأة في مكان العمل ويؤثر على صحتها وأمنها وطمأنينتها وهي تؤدّي واجباتها الوظيفية. ولقد أحسن فعلاً مشرعُ المجموعة الأوروبية Le législateur communautaire عندما ترك تقدير ما يعتبر تحرّشاً جنسياً في مكان العمل للضحية نفسها سواء كانت رجلاً أو امرأة.

خاتمة :

تبين لنا من التحليلات السابقة بأنّ ربط التحرش الجنسي بنظرية إساءة استعمال السلطة يفسح المجال للتحرّش الجنسي العذب Le harcèlement sexuel doux ممّا يضيّق مدى حماية المرأة في مكان العمل. لذلك نقترح إعادة صياغة المادة 341 مكرّر من تقنين العقوبات كما يلي:

« يعد مرتكباً لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج، كل شخص يعامل المرأة في وسط العمل معاملة تهدف إلى إشباع حاجاته الجنسية سواء عن طريق الأقوال أو الأفعال، مباشرة أو غير مباشرة، أو بأية طريقة كانت⁽¹³⁾.
في حالة العود تضاعف العقوبة.»

13- الجديد في المادة هو ما كتب بالغامق.

مقابلة بين مركز المرأة ومركز الرجل في الميراث *

بقلم: العشي نوار

أستاذة مكلفة بالدروس بكلية الحقوق، جامعة الجزائر

مقدمة:

يتجه موضوع هذا البحث إلى مسح الغبار عن بعض المفاهيم الحاضرة في نظام الميراث، وإلى إبراز بعض الأسرار الكامنة فيه، من خلال المقابلة بين مركز المرأة ومركز الرجل، هذا الموضوع الذي أصبح موضع الاحتجاج، ومثار الجدل من بعض الأطراف المغرضة مستغلين في ذلك الشبه القاصرة والأدلة الناقصة التي اتخذوها سندا لترويج ادعاءاتهم الهادفة إلى ضرب القيم الثابتة في المجتمع الجزائري المسلم بدعوى عدم وجود عدالة في نظام الميراث في الشريعة الإسلامية التي قامت على تفضيل الرجل على المرأة وعدم المساواة بينهما. مثلهم في هذا الادعاء كمن قال: (فويل للمصلين) - سورة الماعون، آية 4 - وسكت دون أن يكمل بقية الآيات القائلة: (الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون الماعون) - سورة الماعون، آية 5-7 .

* الموضوع حُضِرَ في إطار الفرقة الثانية لمخبر البحث العلمي - المجتمع - الأسرة والمرأة - بكلية الحقوق، جامعة الجزائر، وألقي بالملتقى الوطني - قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري - المنعقد أيام 14/15/16 محرم 1425 هـ، الموافق لـ 06/07/08 مارس 2004 بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة.

إنّ موضوع هذه الدراسة يهدف إلى إحداث نظرة متكاملة حول مركز المرأة ومركز الرجل في الميراث من خلال الاستشراق الكامل على هذين المركزين في أبواب الميراث المختلفة⁽¹⁾، مع استصحاب أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة في مجال الحياة الإنسانية.

المبحث الأول: حفظ الإسلام لميراث المرأة وأسباب توريثها أقلّ من الرجل.

يتضمن هذا المبحث جانبين الأول فيه توضيح لحفظ الشريعة الإسلامية لحقّ المرأة في الميراث، أمّا الثاني فيبيّن أسباب توريثها أقلّ من الرجل.

المطلب الأول: حفظ الشريعة الإسلامية لنصيب المرأة في الميراث
كان العرب قبل الإسلام لا يورثون النساء سواء كنّ أمهات أو بنات أو زوجات أو أخوات، وقد سلب حقّ الإرث من المرأة لأنها اعتبرت عنصرا سلبيا في المجتمع فهي لاتحمل السلاح ولا تجلب الغنائم، فسبب الإرث عند العرب هو القدرة على حمل السلاح وحماية القبيلة ومحاربة العدو، فكان الميراث مقصورا على الرجال دون النساء والأطفال ويقولون: لا يرث إلا من طاعن بالرمح وذاذ عن الحوزة وحاز الغنيمة⁽²⁾ فلو مات رجل ولم يترك إلا بنات فإن تركته تنتقل إلى أقرب رجل إليه، الأب أو الأخ أو العم.
بمجيء نور الإسلام أزلت الشريعة الربانية هذه التقاليد المظلمة وأعطت للمرأة حقّها في الملكية والإرث، قال تعالى: (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قلّ منه أو أكثر نصيبا مفروضا) - سورة النساء، آية - 7.

1 - المقابلة تكون من خلال التركيز بشكل كبير على الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري (1984).
2 - الزمخشري، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر: الكشّاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، دارالمعرفة، بيروت، 503/1.

لقد أكدّ تعالى على حقّ المرأة في الإرث من مال الأقربين سواء كان قليلاً أو كثيراً، وبينّ تعالى أنّ هذا النصيب واجب مفروض ومقدّر، ولا يحقّ لأحد تغييره مهما كانت الأسباب. فعبارة "نصيباً مفروضاً" بمعنى مقطوعاً واجباً لا بدّ أن يحاز ويستأثر به⁽³⁾.

حدث في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توفي صحابي فأراد أخوه منع زوجته وبنتيه من الإرث، فحكم عليه السلام في هذه القضية بما نزل من الوحي المثبت لحقّ النسوة. فعن جابر قال: "جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد، فقالت: يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا، وإنّ عمّهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا، ولا ينكحان إلاّ بمال، فقال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمّهما، فقال: "أعط ابنتي سعد الثلثين وأمّهما الثمن وما بقي فهو لك."⁽⁴⁾

حفظت الشريعة حقّ المرأة في الميراث ضمن نظام رباني عظيم، فبيّنت حقّها بأدلة النصوص سيّان كانت أمّا أو بنتاً أو أختاً أو زوجة، ومع هذا الحقّ المفروض كفلت لها أمر الإنفاق عليها من لحظة ولادتها إلى وفاتها، فهي قبل الزواج مكفولة من طرف والدها وبعد الزواج من طرف زوجها وفي حالة انعدام هاذين كفلها أقرب عصبته.

3- انظر: المرجع السابق، 1/503.

4- انظر: - الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة: الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، 1408هـ، 1987م، دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث

البنات، حديث رقم 2092. قال الترمذي: "هذا حديث صحيح لا نعرفه إلاّ من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل" 4/361

وانظر: - أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي: سنن أبي داود، 1408 هـ، 1988م، دار الحديث، القاهرة، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب، رقم الحديث 2891 - 2892، 3/120.

المطلب الثاني : أسباب توريث المرأة في غالب الأحيان نصيباً أقلّ من نصيب الرجل

عند استقراء حالات الميراث يلاحظ أنّ الرجل يرث في غالب الأحيان نصيباً أكبر من نصيب المرأة، ولا تفهم الحكمة من ذلك إلاّ بالإلمام الكامل بأحكام الشريعة وتوسيع النظرة إلى الجوانب المرتبطة بالتصرفات المالية في إطار الأسرة، حيث يتّضح أنّ سبب هذا يرجع إلى أمرين هما:

- 1- ضمان الشريعة الإسلامية لمسألة الإنفاق على المرأة في كلّ ظروفها، فهي عند عدم زواجها مكفولة من طرف وليها، وفي حالة زواجها تكون مكفولة من طرف زوجها.
 - 2- عدم إلزام المرأة بأيّ تكليف مالي اتجاه زوجها أو ولدها - بل حتى اتجاه نفسها - في حين ألزمت الرجل بالإنفاق على زوجته وولده وآخرين غيرهما إذا اقتضى الأمر.
- نظراً لهذين الأمرين كان نصيب المرأة مقداراً احتياطياً ومذخراً ومحموظاً لا يدخل عليه النقص إلاّ استثناءً، في حين كان نصيب الرجل مقداراً حاجياً ومستغلاً ومحموظاً بالالتزامات والتبعات التي تنقصه، وصحيح أنّ نصيباً من المال دون مسؤوليات وتبعات خير من نصيب كامل معه تكاليف متعدّدة تنقصه.

إنّ الملاحظة المنطقية والعقلية تبيّن أنّ المرأة ذات حظّ كبير في النظام الإسلامي، فالرجل ألزم بكلّ التكاليف المادية ولم يعط كلّ الميراث بل نال نصيباً منه، أمّا المرأة فإنّها ترث في غالب الأحيان نصيباً أقلّ من نصيب الرجل ولم تلزم بنصف تكاليفه أو أكثر أو أقلّ فقد أعفيت من الواجبات المادية تماماً، ولهذا قد يتساءل أحد ويقول لماذا فرضت الشريعة الإسلامية للمرأة نصيباً من الميراث يعود بالنقص على الرجل الذي حملته كلّ الالتزامات المادية؟

وتكون الإجابة أنّ من حكم الله في ذلك أمرين هما:

- 1- إشباع الفطرة الإنسانية للمرأة في حبّ التملك وحرية التصرف، فهذه الفطرة كما أودعها الله تعالى في الرجل أودعها في المرأة، فهي صفة إنسانية بغضّ النظر عن الجنس،

فكان توريث المرأة إرضاء لهذه الحاجة البشرية التي خلقها الله في الإنسان وهو الأعم بمقدار وحجم إرثائها، وتبعاً لهذه الفطرة جعل الله للمرأة استقلالية الذمة المالية.

2. إيجاد احتياط مالي للمرأة في حال عدم وجود القريب المنفق عليها أو حال عسره، أو بخله وعدم قيامه بواجبه فلا تعاني المرأة الحرمان والحاجة.

المبحث الثاني: مقارنة بين موقع المرأة وموقع الرجل في قضايا الميراث المختلفة

للمرأة موقع فعّال ومؤثّر في كل أبواب الميراث يبرز ذلك من خلال موقعها ومركزها في الفرض والتعصيب والحجب.

المطلب الأوّل: موقع المرأة وموقع الرجل في الميراث بالفرض والتعصيب.

إن اهتمام الشريعة بنصيب المرأة في الميراث كان كبيراً حتى أن بيان أنصبة النساء في القرآن والسنة أكثر من بيان أنصبة الرجال، فكان معظم أصحاب الفروض نساء وكان معظم الرجال عصبية، فتأخذ المرأة حقها في الميراث في معظم الأحيان بقوة الفرض المقدر في أدلة الشرع، ويأخذ الرجل حقه بقوة العصبية، فاستوى الاثنان في الأحقية، وإن اختلف مصدرها، مع العلم أنه من الأسرار الربانية الكامنة في هذا الباب أن المقابلة بين نسبة النساء ونسبة الرجال في الميراث بالفرض تمثل معادلة توافقية غريبة مع نسبة كل منهما في الميراث بالتعصيب، وتوضيح هذا كالاتي:

- إن أصحاب الفروض الوارد نصيبهم في أدلة الشرع اثنا عشر (12) فرداً هم: الزوجة، البنت، بنت الابن، الأم، الجدة، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، والأخت لأم، هؤلاء من النساء، ومن الرجال نجد: الزوج، الأب، الجد، الأخ لأم، فعدد النساء 8 من 12 بنسبة 66.67% أي الثلثين 2/3، وعدد الرجال 4 من 12 بنسبة 33.33% أي الثلث 1/3.

- أمّا الوارثون بالعصبة النسبية فعدد حالاتهم ثماني عشرة حالة قسّموا على ثلاثة أوجه هي:

1- العصبة بالنفس وفيها⁽¹²⁾ رجلاهم: الابن، ابن الابن، الأب، الجدّ الصحيح أيّ أب الأب وإن علا، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العمّ الشقيق، العمّ الأب، ابن العمّ الشقيق وابن العمّ الأب ونسبتهم 66.67% أيّ الثلثين من حالات العصبة. أمّا حالات عصبة النساء فهي تشمل الوجهين الباقيين وهما:

2- العصبة بالغير وفيها البنت وبنت الابن، الأخت الشقيقة والأخت لأب مع من يكافئهن في الجهة والدرجة وقوّة القرابة من الرجال.

3- العصبة مع الغير وفيها الأخت الشقيقة والأخت لأب مع البنت أو بنت الابن. فكان عدد حالات عصبة النساء 6 من 18 بنسبة 33.33% أيّ بمقدار الثلث 1/3.

نلاحظ من خلال ما تقدّم أنّ الرجال ضعفت نسبتهم في الفرض وزادت في التعصيب، والعكس صحيح بالنسبة للنساء، أيّ أنّ نسبتهم زادت في الفرض ونقصت في التعصيب وبالمقدار نفسه والنسبة نفسها بين الجنسين ممّا يشكل مقابلة ملؤها التناسق والتوازن.

المطلب الثاني : موقع المرأة وموقع الرجل في باب الحجب .

الحجب من أهمّ أبواب الفرائض، وهو منع من قام به سبب من أسباب الإرث من ميراثه كلفة أو من أوفر حظّيه لوجود وارث آخر أقرب للمتوفي منه.

والحجب نوعان: حجب حرمان وهو المنع من الميراث كلفة، وحجب نقصان، ويوجد من يوسّع في حجب النقصان ليحمله حجب النقل فيضمّ إلى جانب حالات المنع من الفرض الأكبر إلى الفرض الأصغر حالات النقل من العصبة إلى الفرض أو من الفرض إلى العصبة نقلا يقتضي نقصا في حظّ الوارث.

وعلى هذا التفصيل والتوسيع أخذ القانون المغربي⁽⁵⁾، مع العلم أنّ الفرق بين التقسيمين يظهر من خلال الجانب الشكلي فقط أمّا المضمون فهو ثابت في نظام الميراث وأحكامه ومعمول به في كلّ القوانين التي انتهجت أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث. إن موقع المرأة جدّ فعّال في باب الحجب تتكافأ في ذلك مع الرجل ويبرز هذا من خلال النسب في المواضيع التالية:

- **المحبوبون بالحرمان** ستة عشر فردا (16)، أضع عشر (11) رجلا، وخمس (5) نساء. **الرجال هم:** ابن الابن، الجدّ، الأخ الشقيق، الأخ الأب، الأخ لأمّ، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العمّ الشقيق، العمّ لأب، ابن العمّ الشقيق، ابن العمّ لأب بنسبة 68.75% أيّ ما يقارب الثلثين.

النساء هنّ: بنت الابن، الجدّة، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، الأخت لأمّ بنسبة 31.25% أيّ ما يقارب الثلث⁽⁶⁾.

- في المقابل **المحبوبون بالنقل** تسعة (9) أفراد، ست (6) نساء وثلاثة (3) رجال.

النساء هنّ: الزوجة، الأمّ، البنت، بنت الابن، الأخت الشقيقة، الأخت لأب، بنسبة 66.67% أيّ الثلثين.

الرجال هم: الزوج، الأب، الجدّ بنسبة 33.33% أيّ الثلث، والملاحظ هنا أنّ نسبة الرجال زادت في حجب الحرمان في حين نقصت في حجب النقل، أمّا نسبة النساء فقد نقصت في حجب الحرمان وزادت في حجب النقل وبالنسبة نفسها مقابلة مع الرجل.

5- انظر مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية، الباب الخامس: الحجب، الفصل 253 و256. وانظر التقسيم

الأخر في قانون الأسرة الجزائري، الفصل الخامس: الحجب، المواد من 159 إلى 165.

6- ملاحظة: إنّ حجب الحرمان إذا دخل على وارث من الرجال فإنّه يدخل كذلك على من يكافئه في الجهة والدرجة وقوة القرابة من الوارثات النساء، وهذا يتحقّق في الإخوة والأخوات والوارثون من الأحفاد والحفيدات إذا اجتمعوا معا، فلا يمكن تصوّر أنّ تحجب في المسألة الواحدة مثلا الأخت دون الأخ أو أنّ يحجب الأخ دون الأخت.

إنّ زيادة نسبة الرجال في المحجوبين بالحرمان تقتضي أنّ عددا كبيرا من الرجال يحرّمون من الميراث كليّة، في حين عدد النساء اللواتي يحرمن أقلّ، أمّا زيادة نسبة النساء في المحجوبين بالنقل فهي تتوافق مع كون معظم أصحاب الفروض نساء، وهذا الحجب بالنقل لا يحرّم المرأة من الميراث كليّة بل ينقصه فقط، وهذا فيه زيادة حظوظ المرأة في نيل الميراث وعدم الحرمان منه، لكن فيه كذلك توافقا مع نسب الوارثين حيث أنّ عدد الرجال أكبر من عدد النساء، فكان طبيعا أن يزداد عددهم في المحجوبين بالحرمان والحاجبين به كذلك لأنّ الغنم بالغرم، **فالحاجبون بالحرمان عددهم ثمانية عشر (18) فردا، اثنا عشر (12) رجلا، وست (6) نساء.**

الرجال هم: الابن، ابن الابن، الأب، الجدّ، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، بنسبة 66.67 % بمقدار الثلثين 3/2.

أمّا النساء فهنّ: البنت، بنت الابن، الأمّ، الجدّة، الأخت الشقيقة مع البنت أو بنت الابن، وكذلك الأخت لأب مع الفرع الأنثوي، والنسبة هي 33.33 % من مجموع الحاجبين بمقدار الثلث، علما أنّ ستّة (6) من الرجال تأثّيرهم ينحصر بين بعضهم فقط ⁽⁷⁾، ولا يؤثّرون بالحجب على باقي الرجال الستّة والنساء الستّ، فكانت نسبة الحاجبين المؤثّرين على الرجال والنساء هم ستّة (6) رجال وستّ (6) نساء بنسبة 50 % لكلّ جنس، وبهذه النسبة بقية مواضع الحجب.

- الحاجبون بالنقل عشرة (10) أفراد، خمسة رجال وخمس نساء، هم: الابن والبنت، ابن الابن وبنت الابن، الأخ الشقيق والأخت الشقيقة، الأخ لأب والأخت لأب، الأخ لأمّ والأخت لأمّ بنسبة 50 % لكلّ جنس.

7- هؤلاء هم: ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، هؤلاء يحجبون بعضهم؛ الأقرب يحجب الأبعد حجب حرمان، ولا يمكن لهم أن يحجبوا بالحرمان بقية الورثة رجالا كانوا أو نساء.

- **حجب الحرمان** لا يدخل على ستة ورثة إجماعاً، ثلاثة رجال وثلاث نساء وهم: الأب والأم، الابن والبنت، الزوج والزوجة، بنسبة 50% لكل جنس. من خلال ما تقدّم نلاحظ أنّ مركز المرأة في باب الحجب جدّ مؤثّر، فهي تكافئ الرجل في ذلك حيث أنّها تحجب وتحجب وتؤثّر وتتأثر بنسب متناسقة ومتوافقة، هذا التوافق الذي وجدناه يسري في كلّ قضايا الميراث.

المبحث الثالث : حالات تساوي المرأة مع الرجل في الميراث وحالات أولويتها عليه .

كثيراً ما يتبادر إلى الذهن أنّ المرأة ترث في كلّ الحالات نصيباً أقلّ من نصيب الرجل وأنّها أقلّ أولوية منه، ويخفى أنّ هناك حالات أخرى ترث فيها المرأة مثل الرجل وتساويه، بل هناك عدد معتبر من المسائل تكون فيها المرأة ذات أولوية على الرجل نظراً لكونها ذات فرض، ولو جعل في مكانها رجل لما نال من التركة شيئاً لاستغراق الفروض التركة كلّها، وسنوضّح هذا من خلال هذه المقابلة بين نصيب المرأة ونصيب الرجل المساوي لها في الجهة والدرجة وقوّة القرابة، مع العلم أنّ الاختلاف بينهما إذا لم يتساويا في المقاييس السابقة أمر طبيعي تابع لقواعد الميراث التي تنصّ على أن يكون الأقرب قبل الأبعد في الأولوية فينقص من نصيبه أو يحجبه.

المطلب الأوّل : حالات تساوي المرأة مع الرجل في الميراث :
تتحقّق هذه المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث في الحالات التالية:

أ- بين الأب والأمّ: إذا تحقّقت الشروط التالية:

- عند وجود الفرع الذكري، حيث أنّ نصيب كلّ واحد منهما السدس قال تعالى:
(ولأبويه لكلّ واحد منهما السدس ممّا ترك إن كان له ولد) - سورة النساء،

آية - 11 -

- عند تعدد الفرع الأنتوي سواء وجد الزوج أو لم يوجد، أو عند انفراد الفرع الأنتوي مع وجود زوج حيث ترث الأمّ السدس، ويرث الأب السدس + الباقي تعصيباً، ونظراً لعدم بقاء شيء من التركة بعد الفروض فيرث الأب السدس فقط.

ب- بين الجدّ والجدة⁽⁸⁾: إذا توفرت الشروط التالية بعد كونهما وارثين معا:

- عند تعدد الفرع الأنتوي وجد معهم زوج أو زوجة أم لا، وسواء وجد معهم إخوة أم لا، حيث يكون نصيب الجدة السدس والجد كذلك.

- عند انفراد الفرع الأنتوي مع وجود زوج وسواء وجد الإخوة أم لا.

- عند وجود فرع أنتوي واحد وزوجة وأحد الإخوة أو الأخوات أو أكثر، يكون نصيب الجدّ الأوفر وهو السدس

- عند وجود صاحب نصف كزوج أو بنت إضافة إلى أخ أو أختين فأكثر، ذكورا أو إناثا أو مختلطين فإن نصيب الجدّ هنا أيضا السدس وهو الأوفر⁽⁹⁾.

ج- الإخوة لأم: إذا انفردت الأنثى أخذت السدس وإذا انفرد الذكر أخذ السدس كذلك قال تعالى:؟ وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس؛، وإذا اجتمعوا إناث وذكور اقتسموا الثلث بينهم بالسوية، قال تعالى:؟ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) - سورة النساء، آية - 12

د- الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في المسألة المشتركة: حيث يعامل الإخوة الأشقاء مثل الإخوة لأم، ويشتركون معهم في الثلث يقتسم بينهم بالسوية، وهذا على مذهب الذين أخذوا برأي عمر وعثمان وزيد (رضي الله عنهم) وهم المالكية والشافعية⁽¹⁰⁾، أمّا الحنابلة

8- فعلت المقابلة بين الجدّ والجدة إكمالاً للموضوع، لكن يجب أن نتذكر أن هناك استثناءات ترد في أحكامهما نظراً لعدم الاستواء التام في مقاييس الميراث بينهما. فالجد هو أب الأب أمّا الجدة فهي أمّ الأمّ أو أمّ الأب.

9- المساواة تتحقق إذا وجدت مع الجدّ جدة واحدة، أمّا إذا وجدت الجدّتان معا فإنهما تقسمان السدس فيكون نصيب الجدّ ضعف نصيب إحداهما.

10- بهذا المذهب أخذ قانون الأسرة الجزائري، انظر الفصل التاسع المسائل الخاصة، المادة 176.

والأحناف فلم يعطوا للأشقاء لأنهم عصبية ولم يبق لهم شيء أخذوا برأي علي وابن مسعود وابن عباس (رضي الله عنهم) ⁽¹¹⁾.

فقد روي أن المسألة المشتركة عرضت على عمر أو فاقضى فيها بحرمان الإخوة الأشقاء، ثم عرضت عليه ثانية، فلماً أراد أن يتبع فيها قضاءه الأول، قال له بعض الأشقاء: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حجراً ملقى في اليم أو حماراً أليست أمناً واحدة؟ فإذا لم ينفعنا الأب فلا ينبغي أن يضرنا، فقضى عمر بالتشريك بينهم في الثلث يقتسمونه بينهم جميعاً بالتساوي من غير تفريق بين الذكور والإناث ⁽¹²⁾، لهذا سميت هذه المسألة بالمشتركة أو الحجرية أو الحمارية ⁽¹³⁾.

في هذه المسألة نلاحظ أن نصيب الإخوة لأم كان ثابتاً نظراً لكونهم أصحاب فروض، أما الإخوة الأشقاء فلم يبق لهم شيء لأنهم عصبية، الأمر الذي جعلهم يتعلقون بواسطة الأم لكي تقويهم فيشتركون مع إخوتهم منها لكي ينالوا جزءاً من التركة، في حين أن واسطة الأب لم تنفعهم، ممّا جعلهم يشبهونه بحجر أو حمار، ولو قيل مثل هذا التشبيه في المرأة لنسجت حوله الادعاءات والنداءات الصارخة التي تندد وتستنكر وتقول: إن موقع المرأة

11 - انظر: أحمد فراج حسين: نظام الإرث في التشريع الإسلامي، 1997، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 151 - 152.

12 - انظر: الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله: المستدرک علی الصحیحین، الطبعة الأولى، 1418 هـ، 1998 م، دار المعرفة، بيروت، كتاب الفرائض، باب ميراث الإخوة من الأب، رقم الحديث 8039 و 8040، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. 481/5.

13 - تتحقق المسألة المشتركة بأربع ضوابط:

أ- أن يوجد الزوج.

ب- أن توجد الأم أو الجدة.

ج- أن يوجد اثنان أو أكثر من الإخوة لأم.

د- أن يوجد أخ شقيق أو أكثر سواء وجدت معه أخت شقيقة فأكثر أو لم توجد. انظر: أحمد فراج حسين:

مرجع سابق، ص 154 - 155.

في الميراث ضعيف حتى شبّهت بحيوان أو حجر، لكن حكمة الله أعظم من هذه النظرة القاصرة، فكما كان نصيب الإخوة لأمّ في هذه المسألة سابقا لنصيب الإخوة الأشقاء أو لأب، فهناك مواضع أخرى حيث يرث الإخوة الأشقاء أو لأب ولا يرث الإخوة لأمّ، مثل حالة وجود الفرع الأنثوي أو الجدّ، فالعصبة تتحقّق في الإخوة الأوّل والجدّ في حالة وجوده، في حين الإخوة الآخرين أيّ لأمّ لا يرثون لكونهم محجوبين بالفرع الأنثوي أو الجدّ.⁽¹⁴⁾

المطلب الثاني: حالات أولوية المرأة على الرجل في الميراث.

في تقسيم التركات هناك حالات تكون فيها المرأة ذات أولوية على الرجل، ويكون ذلك من خلال وجهين هما:

أ - المرأة ترث والرجل لا يرث:

هناك مسائل ترث فيها المرأة، والرجل الذي يقابلها لا يرث إلاّ بدرجة ذوي الأرحام، يكون هذا بين الجدة أمّ الأمّ والجدّ أب الأمّ، فالجدة ترث السدس عند عدم الأمّ وتشترك فيه مع الجدة أمّ الأب إذا كانت وارثة، أمّا الجدّ أب الأمّ فلا ميراث له إلاّ بدرجة ذوي الأرحام. مع العلم أنّ الجدة أمّ الأمّ ليست متأخرة في استحقاق الإرث فشرطها الوحيد هو انعدام الأمّ، أمّا الجدة أمّ الأب فلها شرطان وهما عدم وجود الأب وعدم وجود الأمّ، والجدير بالذكر أنّ في حجب الجدّات نجد الأمّ تحجب الجدة من الجهتين أمّ الأمّ وأمّ الأب، في حين يحجب الأب الجدة من جهته فقط ولا يحجب التي من جهة الأمّ، إضافة إلى حجب الجدّ لكونه من جهته.

14 - ذكرنا حالة تساوي المرأة في الميراث مع الرجل فقط ولم نذكر حالة ميراث المرأة أكثر من الرجل، لأنّها حالة واحدة ولم يأخذ بها القانون الجزائري، وذلك في إحدى المسألتين الغراوين على مذهب ابن عباس حيث يكون نصيب الأمّ ضعف نصيب الأب، ويتحقّق هذا في حال اجتماع زوج وأمّ وأب حيث يكون نصيب الأمّ 3/1 ويكون نصيب الأب 6/1.

والقانون الجزائري لم يأخذ بهذا المذهب بل أخذ بمذهب بل أخذ بمذهب عمر (رضي الله عنه) الذي يقضي بتوريث الأمّ ثلث الباقي بعد فرض الزوج فيكون نصيبها نصف ميراث الأب، وهذا ما سنذكره في حالات ميراث الرجل أكثر من المرأة.

في ميراث الجدة أم الأم دون الجد أب الأم قد يحتج هذا الأخير، فيقول: "لماذا لأرث في حين زوجتي ترث وهي تحت كفالتي المادية، إضافة إلى أنني في حالات كثيرة أساهم في النفقة على أولاد ابنتي حال وفاة أو عسر أبيهم أو طلاق أمهم." ويرد أن حكمة الله أعظم مما يظهر ويتراءى لنا بالنظرة القاصرة، زد على ذلك أن الحالات الاستثنائية ليست مقياساً، وأن الحكمة من أحكام الميراث لا تفهم بصورة كاملة إلا بعد الإلمام بكل أحكام التشريع الإسلامي في مجال الأسرة.

ب - المرأة ترث ولو كان مكانها رجل لا يرث :

هناك مسائل متعددة ترث فيها المرأة في حين لو كان مكانها رجل لما بقي له شيء بعد الفروض، ويصل عدد هذه المسائل إلى العشرات وهاته أمثلة على ذلك:

- مسألة فيها زوج، أب، أم، بنت، بنت ابن، يكون نصيب هذه الأخيرة السدس تكملة للثلاثين، وتكون المسألة عائلة من 12 إلى 15، في حين لو كان مكان بنت الابن ابن الابن لما بقي له شيء لكونه يرث عصبه والمسألة عائلة من 12 إلى 13.

مسألة فيها زوج، أخت شقيقة، أخت لأب يكون نصيب هذه الأخيرة السدس تكملة للثلاثين وتعول المسألة من 6 إلى 7 في حين لو كان مكان الأخت لأب أخ لأب لما بقي له شيء لاستغراق التركة بين نصف الزوج ونصف الأخت الشقيقة.

- مسألة فيها زوج، أخت شقيقة، أختان لأم أو أخت وأخ لأم، أخت لأب، يكون نصيب هذه الأخيرة السدس تكملة للثلاثين وتعول المسألة من 6 إلى 9، في حين لو كان مكان الأخت لأب أخ لأب لما بقي له شيء بعد أصحاب الفروض، حيث أن المسألة تكون عائلة من 6 إلى 8.

في هذه المسألة الأخيرة قد يحتج الرجل الذي هو الأخ لأب فيقول: "كيف لا أنال من التركة شيئاً وأنا الرجل الوحيد العصبه، في حين لو كان مكاني امرأة التي هي أختي لنالت نصيبها، بل أن الأخت الشقيقة ترث، والأخت أو الأخ لأم كلاهما يرث رغم أن هؤلاء ليسوا

عصبة. ~ وهنا نقول إن القرابة في الإخوة متكافئة بين جهة الأمّ وجهة الأب، فكما توجد مسائل كثيرة يرث فيها الأخ لأمّ أو الأخت لأمّ ولا يرث الأخ لأب أو الأخت لأب، إمّا لكون هؤلاء محجوبين بالأشقاء أو لأن مرتبة العصبة لم يبق لها من التركة شيء، فهناك مسائل أخرى يرث فيها الأخ لأب أو الأخت لأب ولا يرث الأخ لأمّ أو الأخت لأمّ لكون هؤلاء محجوبين بالفرع الأنثوي أو بالجدّ.

إن تحقّق الأولوية للمرأة في مثل هذه المسائل المذكورة في هذا السياق مرهون بشرط انفراد هذه المرأة دون رجل في درجتها، لكن في حالة عدم انفرادها بأن كان معها القريب فإنّها تتعصّب به ولا يبقى لهما من التركة شيء لأنّ الفروض استغرقتها، وهذا ما يسمى بالقريب أو الأخ المشؤوم لأنّه كان سببا في عدم إرث المرأة في حين كانت عند انفرادها. نوية بفرضها.

المبحث الرابع : حالات ميراث الرجل أكثر من المرأة وحالات أولويته عليها .

يوضّح هذا المبحث الحالات التي يرث فيها الرجل نصيبا أكبر من نصيب المرأة والحالات التي تكون له فيها أولوية عليها وذلك لأسباب وحكم ذكرت سابقا.

المطلب الأوّل : حالات ميراث الرجل أكثر من المرأة .

يتناول هذا المطلب استقراء للحالات التي يرث فيها الرجل أكثر من المرأة، فيكون نصيبه ضعف نصيبها أو أقلّ من الضعف أو أكثر:

أ- حالات ميراث الرجل ضعف ميراث المرأة: ويكون هذا في هؤلاء الورثة:

1- الفروع المتساوون في الدرجة الأبناء مع البنات وأبناء الابن مع بنات الابن، قال تعالى: ؟ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظّ الأنثيين ؟ - سورة النساء، آية 11..

2- الإخوة الأشقاء والإخوة لأب المتساوون قال عزوجل: (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ؟ سورة النساء، آية - 176 .

3- الزوج نصيبه من مال زوجته ضعف نصيب هذه الأخيرة من ماله، فالزوج يرث نصف تركة زوجته عند انعدام فرعها الوارث في حين تأخذ الزوجة الربع من تركته عند انعدام فرعه، وهو يأخذ الربع في حالة وجود الفرع أما الزوجة فترث الثمن.⁽¹⁵⁾

4- الأب يرث ضعف نصيب الأم بالشروط الآتية:

- انعدام الفرع مطلقا وعدم وجود زوج أو زوجة وعدم تعدد الإخوة ، تقسم التركة بين الأب والأم، حيث تأخذ هذه الأخيرة الثلث والباقي للأب وهو الثلثان.

- انعدام الفرع مطلقا وعدم تعدد الإخوة ووجود زوج أو زوجة، وهذا في المسألتين الغراوين على رأي عمر (رضي الله عنه) الذي أخذ به الجمهور ومنهم المالكية وبهذا أخذ القانون الجزائري⁽¹⁶⁾ ، حيث أن الأم تأخذ ثلث الباقي من التركة بعد فرض الزوج أو الزوجة وللأب الثلثان الباقيان.

- وجود فرع أنثوي واحد وعدم وجود زوج أو زوجة، حيث ترث البنت النصف وترث الأم السدس ويرث الأب السدس + الباقي تعصيبا، وفي هذه المسألة بقي سدس بعد الفروض فيأخذه الأب ليصبح عنده الثلث.

5- الجد يرث ضعف نصيب الجدة إذا كانا وارثين معا بالشروط التالية:

- وجود صاحب نصف واحد في المسألة كزوج أو بنت وعدم وجود إخوة حيث ترث الجدة السدس ويبقى للجد الثلث.

15- انظر في ذلك سورة النساء، آية 12 .

16- إذا اجتمعت زوجة وأبوان فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب ~ الفصل التاسع: المسائل الخاصة، المادة 177 من قانون الأسرة 1984 م.

- عند انعدام الفرع وانعدام الزوج ووجد ثلاث أخوات أو اجتمع أخ وأخت يكون نصيب الجدّ الأوفر بالمقاسمة فيأخذ $6/2$ أي الثلث والجدّة تأخذ السدس.

ب - حالة ميراث الرجل نصيبا أكبر من نصيب المرأة لكن أقلّ من الضعف:
تتحقق زيادة نصيب الرجل على نصيب المرأة دون درجة الضعف في الأب والأمّ أو الجدّ والجدّة.

1 - بين الأب والأمّ بالشروط التالية:

- مسألة يكون الورثة فيها زوجة، بنت، أمّ، أب، يكون نصيب الأمّ $24/4$ ويكون نصيب الأب $24/5$.

- إحدى المسألتين الغراوين على مذهب ابن عباس حيث يوجد من الورثة زوجة وأمّ وأب،

فيكون نصيب الأمّ $12/4$ أمّا نصيب الأب فيكون $12/5$ ، وهذا التقسيم لم يأخذ به القانون الجزائري كما ذكرنا سابقا.

2- بين الجدّ والجدّة بتوفّر الشروط الآتية:

- وجود زوجة وأخ أو أختين أو أكثر سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مختلطين مهما كان عددهم، فإنّ نصيب الجدّ يكون أكثر من نصيب الجدّة، لكن دون درجة الضعف ويتراوح بين $24/7$ و $36/7$. الأول أي $24/7$ يمثل نصيبه عند وجود أخ واحد أو أختين ويكون حينئذ نصيب الجدّة $24/4$ ، والثاني أي $36/7$ يمثل ثلث الباقي بعد نصيب الجدّة والزوجة وذلك عند وجود أخوين أو أكثر مع الجدّ ونصيب الجدّة يكون دائما السدس أي $36/6$.

- أن يكون مع الجدّ والجدّة إخوة فقط بأن يكون عددهم اثنين فأكثر إذا كانوا ذكورا أو أربعا فأكثر إن كانوا إناثا، وإذا اختلطوا كان عدد رؤوسهم أربعا فأكثر، يكون نصيب الجدّ في هذه الحالة $18/5$ وهو ثلث ما تبقى بعد فرض الجدّة المتمثل في السدس أي $18/3$ وهو الأوفر له.

- وجود صاحب نصف كزوج أو بنت إضافة إلى أخت واحدة فيكون نصيب الجدّ 18/4
أماً نصيب الجدة فهو 18/3.

ج - حالات ميراث الرجل نصيباً أكبر من ضعف نصيب المرأة:

يرث الرجل في حالات قليلة نصيباً أكبر من ضعف نصيب المرأة، ولا يكون هذا إلا بين
الأب والأمّ أو الجدّ والجدة على هذا التفصيل:

1- بين الأب والأمّ: إذا توفّرت الشروط الآتية:

- إذا تعدّد الإخوة ولم يوجد فرع وارث ولا زوج أو زوجة فإنّ التركة تقسم بين الوالدين
حيث تأخذ الأمّ السدس ويرث الأب الباقي تعصيباً أي 6/5 .

- إذا تعدّد الإخوة ووجدت زوجة فقط يكون نصيب الأمّ 12/2 أماً نصيب الأب فيكون
12/7.

2- بين الجدّ والجدة إذا توفرت الشروط الآتية:

- عدم وجود ورثة إلاّ الجدّ والجدة فتأخذ هذه الأخيرة السدس والباقي للجدّ تعصيباً
أي 6/5

- وجود زوجة فقط في المسألة فيكون نصيب الجدّ 12/7 أماً نصيب الجدة فهو 12/2 .

- إذا وجد من الورثة أخ أو أختان أو أخت واحدة، يكون نصيب الجدّ متراوفاً بين 12/5
و18/10 أماً نصيب الجدة فهو 12/2 أو 18/3.

- إذا وجد مع الجدّ والجدة زوجة وأخت واحدة، يكون نصيب الجدّ 36/14 أماً نصيب
الجدة فهو 36/6 .

المطلب الثاني : حالات أولوية الرجل على المرأة .

تتحقق هذه الأولوية بشكليين مثل ما ذكر في أولوية المرأة سابقاً إذ أنّ هناك حالات
الرجل فيها يرث، والمرأة لاترث رغم اجتماعهما، وهناك حالات قليلة يرث فيها الرجل ولو
كان مكانه امرأة لاترث.

أ. الرجل يرث والمرأة لاترث:

نظرا لكون الرجل عصبه فقد يرث هو ولا ترث المرأة التي في درجته إلا بميراث ذوي الأرحام، يكون هذا الأمر في العصبه الذين يأتون بعد الأخ لأب أي: ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، أما المقابل لهم من النساء في الجهة والدرجة وقوة القرابة فإنهن غير وارثات، مع العلم أن هؤلاء الرجال الأقرب منهم يحجب الأبعد وهم متأخرون في استحقاق التركة، فلا تؤول إليهم إلا بستة شروط على الأقل هي: انعدام الفرع الذكري والأصل الذكري والإخوة الأشقاء والإخوة لأب، وعدم اجتماع فرع أنثوي مع أخت شقيقة أو أخت لأب لأن هاتين الأخيرتين تصبحان في مرتبة الذكر في درجتهم وتحجبان ما يحجب. مع التذكير أن حالة أولوية المرأة دون الرجل المذكورة سابقا والمتمثلة في الجدة أم الأم التي ترث في حين الجد أب الأم لا يرث إلا بدرجة ذوي الأرحام، لم تكن الجدة فيها بعيدة في الميراث بل شرطها الوحيد هو انعدام الأم.

ب - الرجل يرث ولو كان مكانه امرأة لا ترث :

ذكرنا في أولوية المرأة أن هناك مسائل متعددة ترث فيها المرأة ولو كان مكانها رجل لم يبق له شيء، في المقابل هناك مسائل أخرى - لكن عددها أقل - يكون الرجل محظوظا حيث يأخذ نصيبه وإذا كانت مكانه امرأة، بنفس شروط مسألتها، لاترث لكونها تحجب، وهاتان المسألتان تبينان ذلك:

- مسألة فيها أختان شقيقتان وأخت لأب، هذه الأخيرة تحجب بالأختين الشقيقتين فلا ترث شيئا، في حين لو كان مكانها أخ لأب لأخذ الباقي عصبه، مع العلم أنها إذا وجدت معه تعصبت به وورثت نصف ما يرث، وهذا ما يسمى بالأخ المبارك.

- مسألة فيها بنتان وبنت ابن، هذه الأخيرة تحجب في حين لو كان مكانها ابن ابن لأخذ الباقي عصبه، مع الملاحظة أنها إذا وجدت معه أو مع من هو أقل درجة كابن ابن الابن، فإنها ترث معه نصف ما يرث وهذا ما يسمى بالقريب المبارك.

في هاتين المسألتين نلاحظ أنّ الذكر قوَى الأنثى وجلبها إلى الميراث نظرا لكونه عصبية، وقد حدث العكس في المسائل التي كانت فيها المرأة ذات أولوية على الرجل؛ حيث كان هذا الأخير سببا في إضعافها وإبعادها عن الميراث في حين كانت عند انفرادها قوية بفرضها. مع العلم أنّ المسائل التي ترث فيها المرأة وإذا وجد رجل مكانها لا يرث أكثر عددا - وبفارق كبير - من المسائل التي يرث فيها الرجل وإذا وجدت امرأة مكانه لا ترث.

خاتمة :

من خلال ما تقدّم في هذا الموضوع نستخلص النتائج التالية:

- الشريعة الإسلامية حفظت حقّ المرأة في الإرث وجعلت نصيبها في غالب الأحيان أقلّ

من نصيب الرجل ليحدث بذلك توازن في النظام المالي والمصرفي العائلي.

- للمرأة مركز ثقيل في الميراث فهي تقوى في الميراث بالفرض بذات نسبة قوّة الرجل

في الميراث بالعصبة، وتتكافأ معه في الحجب فتؤثّر وتتأثّر بنسب متوافقة معه.

- حالات ميراث المرأة بالنسبة لحالات ميراث الرجل متعدّدة، فكما توجد حالات كثيرة

يرث فيها الرجل أكثر من المرأة أو يكون ذا أولوية عليها، فهناك حالات ترث المرأة فيها مثل

الرجل أو تكون ذات أولوية عليه، وذلك تبعا للأسس العلمية التي يقوم عليها نظام الميراث

في الشريعة الإسلامية.

في الختام نقول إنّ الأحقيّة في الميراث تقوم على معايير ومقاييس موضوعية، فإذا

توفّر المعيار في المرأة وانتفى في الرجل قويت عليه والعكس صحيح، وإذا انتفى ذلك

المعيار فيهما معا ضعفا، وإذا توفّر فيهما معا قويا معا، وكلّ نال نصيبه حسب مقاييس

ربّانية ملؤها العدالة المطلقة والقسط الإلهي (شهد الله أنّه لا إله إلاّ هو والملائكة وأولوا

العلم قائما بالقسط لا إله إلاّ هو العزيز الحكيم) - سورة آل عمران، آية - 18.

قائمة المراجع :

- 1 - أحمد فراج حسين : نظام الإرث في التشريع الإسلامي، 1997م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 2 - الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة : الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، 1408 هـ، 1987م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 3 - الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله : المستدرک على الصحيحين، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1998م، دار المعرفة، بيروت.
- 4 - أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي : سنن أبي داود، 1408هـ، 1988م، دار الحديث، القاهرة.
- 5 - الزمخشري، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر : الكشّاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، دار المعرفة، بيروت.
- 6 - قانون الأسرة الجزائري، جوان، 1984م.
- 7 - مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول

بقلم: الدكتورة تشوار حميدو زكية

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق،

جامعة تلمسان

الأسرة هي الخلية الأساسية لتكوين المجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم القرابة وصلة الزوجية⁽¹⁾. ولذلك كانت العناية بتقوية الأسرة، من أهم ما يجب على المشرع رعايته⁽²⁾؛ ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة، تضمن نموها وتقديس أصلها المتمثل في الميثاق الغليظ أي الزواج⁽³⁾. ومن ثم، فالزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعا ويهدف إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون⁽⁴⁾ وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب⁽⁵⁾.

- 1 - وهذا ما أكدته المادة الثانية من قانون الأسرة بقولها: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".
- 2 - ويرشد إلى هذا الدستور الجزائري لسنة 1996 في مادته 58 التي تنص على أن "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".
- 3 - وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وءاتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً". سورة النساء، الآية 20.
- 4 - وإلى هذا يشير قوله تعالى "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة". سورة الروم، الآية 21.
- 5 - ومن هنا، فإن تنظيم الفطرة البشرية عن طريق الزواج أمرا قرره الله تعالى في قوله "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات". سورة النحل، الآية 72.

ودليل ذلك في الكتاب والسنة. فقد أجاز الله تعالى الزواج لإحصان الزوجين وحرّم الزنى لأنه فاحشة "ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلاً"⁽⁶⁾. وحث الرسول صلى الله عليه وسلم على النكاح فقال "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"⁽⁷⁾. وعليه، إذا كان الزواج علاقة مقدسة شرعها الله لخلقه للعفاف والإحصان وتحقيق معاني سامية وغايات نبيلة في الكون، إلا أنه لا يتم إلا بتوافر أركان شرعية بدونها يبطل عقد القران وهي رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين⁽⁸⁾. وبالإضافة إلى هذا يقضي المشرع الجزائري، على غرار الإمام مالك⁽⁹⁾، بركنية الصداق في عقد الزواج⁽¹⁰⁾. وقد نص على هذا صراحة في المادة التاسعة من قانون الأسرة. وعرف الصداق في المادة 14 من ذات القانون على أنه "ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً". فالصداق إذن هو حق للزوجة ومملك لها تتصرف فيه كما تشاء؛ ومن ثم فهو ليس مقابل استمتاع، وإنما إغزاز الزوجة وإكرامها، وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة⁽¹¹⁾.

6- سورة الإسراء، الآية 32.

7- البخاري، صحيح، المجلد الثالث، ج. 5 و6، دار الفكر، القاهرة، ص. 117. والمقصود بالباءة التكاليف اللازمة للزواج، أي القدرة على تحمل تكاليف النكاح.

8- انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 93 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص. 35 وما بعدها؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص. 175 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص. 36 وما بعدها.

9- انظر، الإمام مالك، الموطأ، ص. 179؛ الدسوقي، حاشية، ج. 2، ص. 294 وما بعدها؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج. 2، ص. 11؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص. 163.

10 - Cf. Tchouar D., le régime juridique de la dot en droit algérien, R.A.S.J.E.P., 1996, n° 4, pp.569 et s.

11 - Sur les différents rôles du sadaq, cf Tchouar D., op. cit., R.A.S.J.E.P., 1996, n° 4, pp.575 et s.

ولكن بالرغم من هذا التوضيح، فمسألة الصداق تطرح جملة من المشاكل القانونية إلا أن التي نريد الخوض و التدقيق في دراستها هنا هي تلك المتعلقة بتأكد كل الصداق بالدخول. ومن ثم، يحق لنا أن نتساءل عن مفهوم الدخول في نظر المشرع الجزائري؛ أيقصد به الدخول الحقيقي والحكمي معا، أم الدخول الحقيقي دون الحكمي ؟

1 - طرح الإشكال :

تنص المادة 16 من قانون الأسرة على أن "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". ومعنى ذلك هو أن الزوجة بتأكد لها كل المهر بالدخول. إلا أن تعريف الدخول بخصائصه يتيح تعيين الدخول الموجب لكل المهر من غير تعقيد كلما كانت الحالة كاشفة من لها الحق في الصداق تأكيدا. غير أنه قد تعرض حالات خاصة تتداخل فيها المعطيات فيستلزم تحديد الدخول في هذه الحالات إعمال روح النصوص وتحليل المبادئ التي أقيمت عليها.

وهذا، فإن المشرع قد جاء بهذا النص ليؤكد ما للزوجة من حق في الصداق، وذلك سواء قد تحقق لها نصفه مباشرة بعد إبرام عقد الزواج أو كله بعد الدخول. ولكن ما يمكن أن نسجله في هذا الإطار أن صياغة الشطر الأول من المادة 16 لهذا القانون جاءت بصياغة غامضة ومنعدمة الوضوح إذ من بين الإشكاليات التي تعترضنا أثناء قراءة النص هو التساؤل عن التكييف القانوني لهذا الدخول. هل يقصد به المخالطة الجنسية بمعناها الفعلي؟⁽¹²⁾ أم الاختلاء بمعناه الشرعي؟⁽¹³⁾ وعلى أي أساس تم اختياره؟ وما هي البواعث التي دفعت المشرع لسلوك هذا المسلك؟

12 - الدخول الحقيقي (الوطء) هو إيلاج الحشفة، أو قدرها في قبل المرأة، أو دبرها ولا يشترط الخلو من الموانع الشرعية، فإذا وطأها وهي حائض، أو نفساء، أو كان أحدهما صائما، أو غير ذلك، فإن الصداق جميعه يتأكد بذلك.

13 - الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة) وهو أن يجتمعا الزوجان في مكان، وليس هناك مانع يمنعهما من الوطء، حسا ولا شرعا ولا طبيعيا. وعليه، فالمكان الذي تصح فيه الخلوة، أن يكونا آمنين من إطلاع الغير عليهما بغير إذنهما.

إذا كنا نرى أن المسألة المطروحة تستوجب البحث فيها من عدة جوانب استخراجا لحل يجد له أساسا في القانون والمنطق الواقعي والعدالة، فإننا لا نريد الدخول في تفاصيل كافة هذه التساؤلات، و يكفينا هنا أن نعترف أنها تدور جميعا حول مسألة واحدة هي الطبيعة القانونية للدخول الوارد في تلك المادة، أي تبيان متى يتأكد للزوجة كل الصداق.

والواقع إذا كان مشرعنا الأسري قد أحاط الزواج بعناية يسيرة، إن غموض النص الذي جاءت به المادة 16 قد يفسر حول ما إذا كان الغرض المنشود منه هو ترك بابا مفتوحا لتطوير قانون الأسرة؛ وإما إلزام القاضي، في حالة انتفاء النص التشريعي، أن يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فمن البحث في الفلسفة التشريعية التي انتهجها مشرعنا في هذا المجال، يتضح لنا جليا أن الوجة التي تستلزم القاضي بالرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي مرتكزة على سند قانوني قوي إذ تنص المادة 222 من قانون الأسرة على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وانطلاقا من هذه المنهجية والتقنية التشريعية في وضع القوانين، يمكن لنا وضع الضوابط التي يتم بموجبها تطوير ومسايرة التشريع لحاجات الناس ومصالحهم واجتناب الجمود الذي اتهمت به الشريعة الإسلامية⁽¹⁴⁾. وعليه، فعوض التفكير في تشجيع المنهجية التغريبية للقوانين بأية طريقة كانت ومهما كان الثمن، ومن ثم القول بإلغاء الصداق في عقد الزواج تنفيذا لمبدأ المساواة بين الجنسين، أن نعمل جاهدين في إيجاد المنهجية التشريعية التي بموجبها يتم تحقيق تطور الحياة الاجتماعية.

14 - انظر، تشوار جيلالي، الاجتهاد الفقهي والتطور التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، محاضرة ألقى خلال الملتقى الدولي الذي نظمه المعهد الوطني للتعليم العالي للحضارة الإسلامية بوهان، أيام 21 - 22 - 23 نوفمبر 1998 حول "الإسلام والدراسات المستقبلية".

هذا هو الهدف وهو الدعوة إلى التحرر الفكري، أي الاجتهاد الذي يتماشى وأصول الدين الإسلامي. وذلك ما سنحاول تطبيقه على المسألة التي نحن هنا بصددتها، أي تحديد مفهوم الدخول الموجب لكل الصداق.

2 - التكييف القانوني للدخول الموجب لكل الصداق

وتطبيقا لهذا وذاك، لقد أثبتت أمام القضاء الجزائري مسألة الدخول في عقد الزواج، ووصل الأمر إلى المجلس الأعلى ففضى بتاريخ 19 نوفمبر 1984 من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها ...، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج⁽¹⁵⁾.

فمن تحليل هذا القرار في ضوء معانيته وبالرجوع إلى المصطلحات المستعملة فيه، ومن الاسترشاد بالمنطق الشرعي، لا نرى فيه ما يوضح لنا المعنى الفعلي لعبارة الدخول، مما يجعل الغموض المشار إليه أعلاه قائما.

ولعل القرار الصادر بتاريخ 09 ماي 1988 عن المجلس ذاته كان أكثر صراحة في إفصاحه عن الأخذ بالدخول الحكمي كعامل موجب لكل الصداق، حيث قال فيه من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول و اختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الزوج لم يدخل بزوجه بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر إتمام الخلوة، ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهاك النصوص القانونية⁽¹⁶⁾.

15 - انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية 1990، عدد 1، ص 67.

16 - انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش.، 1988/05/09، ملف رقم 49283، المجلة القضائية، 1992، عدد 2، ص 44.

وتأكيداً لهذا القرار، قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 02 أكتوبر 1989 بأنه من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى البيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته و غلق بابها عليها وهو الذي يعبر عنه شرعاً بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعلياً يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها ...، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من قانون الأسرة...⁽¹⁷⁾.

وتماشياً مع الفكرة ذاتها أقر المجلس الأعلى في 19 نوفمبر 1984 على أنه من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى ... في قضية تتلخص وقائعها في أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد⁽¹⁸⁾.

وإذا كان لا بد من إبداء الرأي في الوجهة التي كرستها المحكمة العليا القائلة بتأكد الصداق للزوجة بالدخول بنوعيه، فإنه يتبدى أن تلك الوجهة لا تخلو من عدة نقائص، بل تحمل في طياتها عدة عيوب إذا ما حاولنا تفسير النصوص بالنصوص.

فمن زاوية أولى يجب التنبيه إلى أن تمسك المحكمة العليا بموقفها هذا على أساس قولها أنه من المتفق عليه فقهاً ليس له ما يبرره من الناحية الفقهية وأنه من الغرابة القول بالإجماع إن كانت آراء الفقهاء متضاربة بعضها البعض، وبتوحيد معنى الدخول إن كان أثره يختلف باختلاف أنواعه.

ومن الرجوع إلى التفاسير الواردة في الفقه الإسلامي ومن البحث في تحديد مفهوم الدخول الموجب لكل الصداق، يتضح أن النقاش في أساسه (مفهوم) قام وما برح، حيث فانقسم الفقه وتعددت المذاهب لتحديد مفهوم الدخول المؤكد للصداق، وتوزعت هذه

17- انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص34.

18- انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 35107، المجلة القضائية، 1990، عدد 2،

المذاهب بين ثلاثة رئيسية⁽¹⁹⁾، أولها اعتمد الخلوة الصحيحة أساسا لترتيب الصداق كاملا⁽²⁰⁾، والثاني استمد من عامل المخالطة الجنسية الأساس

19- انظر، د/ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديله، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 142.

20- فيرى الحنفية والحنابلة أن المهر يتأكد كله بالخلوة الصحيحة، وذلك بأن ينفرد الزوجان في مكان يأمنان فيه اطلاع أحد عليهما، ولم يكن بأحد منهما مانع شرعي، مثل أن تكون المرأة حائضا أو نفساء، أو أن يكون أحدهما صائما صيام رمضان أو محرما للنسك. أو مانع حسي وهو الذي يمنع من الوطء مثل أن يكون أحدهما مريضا لا يستطيع معه الدخول الحقيقي : و يعد من المانع الحسي، القرن (وهو شيء يوجد يسد فرج المرأة، فيمنع من دخول الذكر، وهو إما عظم أو غدة أو لحم زائد)، والرتق (وهو تلاحم بين ضفتي الفرج). بينما ليس من المانع الحسي كون الرجل عنيئا أو مجبوبا أو خصيا. أو مانع طبيعي بأن يكون معهما ثالث يمنع الخلوة. و الخلوة إذا استوفت شروطها يتقرر بها كل الصداق المسمى، وجميع مهر المثل عند عدم التسمية، وكذلك يثبت بها النسب، وتلزم بها النفقة والعدة وحرمة نكاح أختها وحرمة نكاح الخامسة فوق الرابعة أثناء العدة. ولكن تختلف الخلوة عن الدخول الحقيقي في أنها تجعل المرأة بكرة تتزوج كالأبكار، و لا تجعل الزوجين محصنين، وأنه الرجل إذا خلا بالزوجة لا تحرم عليه بنتها، ولا ترفع المانع في حالة الطلاق الثالث، ولا توارث بالخلوة. (انظر فيما يتعلق بهذه المسألة، الكساني، البدائع، ج. 2، ص 291-295؛ الشريبي الخطيب، مغني المحتاج شرح المنهاج، ج. 3، ص 224 وما بعدها؛ ابن قدامة، المغني، ج. 6، ص 716).

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً، كيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " (سورة النساء الآيتين 20 و 21). والإفضاء هو الاختلاء بالزوجة لأنه مأخوذ من الفضاء وهو الخلاء. وبقوله عليه السلام فيما روى الدارقطني " من كشف خمار امرأته، ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل "؛ و بما رواه أبو عبيدة عن زائد أبي أوفى، قال " قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أغلق الباب، وأرخصي الستر، فقد وجب الصداق ". انظر، السيد سابق، فقه السنة، دار الفتاح للإعلام العربي، 1994، المجلد الثاني، ص 222، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، ج 7، ص 228-229؛ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ج 4، ص 102-104.

له⁽²¹⁾. والثالث استهدى بفكرة مكوث الزوجة في البيت الزوجية مدة سنة ليؤسس عليها استحقاق الزوجة كامل صداقها⁽²²⁾.

ومن زاوية النصوص القانونية لا يبدو مستقيماً مع روح المواد جعل الدخول الحكمي في درجة الدخول الحقيقي. فإذا نص المشرع في المادة 16 من قانون الأسرة على أن الزوجة لها كامل الصداق بالدخول، فيقضي التنويه هنا بشدة إلى أن الدخول الفعلي هو الذي أخذ به الشارع الأسري في هذا الصدد وأن المادة 17 من ذات القانون تظهر بجلاء هذه الصفة الأساسية إذ تقول "في حالة النزاع في الصداق ... وكان قبل الدخول ... وإذا كان بعد البناء ...". وجاء المشرع في المادة 51 من نفس القانون على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل ... إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

21- ويرى الشافعي ومالك وداود أنه لا يستقر الصداق كله إلا بالمخالطة الجنسية، ومعنى ذلك أنه لا يتأكد للزوجة إلا نصف المهر بالخلوة الصحيحة استناداً لقوله تعالى "و إن طلقتم النساء من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة. فنصف ما فرضتم" (سورة البقرة، الآية 237). أي أن الزوجة لها الحق في نصف ما فرض من الصداق إذا تم الطلاق قبل المسيس الذي هو الدخول الحقيقي. وعليه فإن المسيس الذي هو كناية عن الاتصال الجنسي لا يقع في حالة الخلوة، مما لا يستقر الصداق كله بدونه: فلو خلا الزوج بزوجه خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها، وجب نصف المسمى، والمتعة إن لم يكن الصداق مسمى. وفسروا المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم الإفضاء الوارد في الآية "وقد أفضى بعضكم إلى بعض" التي اعتمد عليها كل من الحنفية والحنابلة بالجماع. (انظر، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ج. 2، ص. 300 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 323؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 101 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 202 203؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، 1983، ص. 394 - 396). وفي هذا يقول أيضاً ابن جزري "أن الدخول الموجب لكامل الصداق هو الوطء لا مجرد الخلوة وإرخاء الستور". انظر، ابن جزري، المرجع السابق، ص. 163.

22- ويرى المالكية أنه إذا تزوج رجل امرأة، وزفت إليه، وأقامت عنده سنة يتقرر لها كل الصداق. انظر، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ج 2، ص. 300.

ومن هذه النصوص التشريعية، يتضح لنا أن المشرع قد أعطى في المادة 17 للدخول نفس معنى البناء⁽²³⁾، وأن البناء المستعمل من طرف نفس المشرع في المادة 51 من ذات القانون يقصد به الدخول الحقيقي أي المواطأة التي تفسد الصيام والحج، وذلك استنادا إلى ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها إذ قالت "جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول (ص.) فقالت إنني كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت الزبير وما معه إلا هدبة التوب (أي لا يقدر على المباشرة الجنسية) فقال لها عليه الصلاة والسلام : "أتريد أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك" (24).

ومع هذه المواد والمبادئ التي توجه إليها، وقياسا عليها يكون من المبرر القول بأن يكون الدخول الحقيقي ولا الحكمي سببا مؤكدا لكل الصداق، إذ لو أجزنا تحقيق الصداق كاملا بغير شرط المواطأة لاختلط العقد بالدخول وكان ذلك نريعة للمرأة سيئة النية، حيث لا تعجز الزوجة التي يعاشرها زوجها عن دعوى أنه خلا بها.

وزيادة على ذلك، أنه مناف للعقل تماما إذا ما تمسكنا بقطعية قرينة المس في حالة الخلوة، حيث مما يجب ملاحظته في هذا الإطار، هو أن الرابطة الزوجية لا تعد بمثابة حقيقة قانونية مجردة قائمة بصفة مستقلة عن العلاقة الشخصية الزوجية.

ومن ثم، إن افتراض الدخول الفعلي بمجرد الخلوة يؤدي إلى قبول بصفة غير مباشرة القرينة التي يمكن أن تكون غير صحيحة : إذ أنه يمكن أن تتم الخلوة بين الزوجين ولكن دون إتمام المسيس بينهما. مما يدفعنا إلى القول بقبول إثبات عكس هذه القرينة أي عكس هذا الافتراض. ويمكن الاستدلال هنا بما جاءت به الشريعة العامة، بحيث تنص المادة 337 من القانون المدني على أن " القرينة القانونية تغني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي...".

23. وفي هذا تنص الفقرة الأولى من المادة 32 من مدونة الأسرة المغربية بأن الزوجة تستحق "الصداق

كـله بالبناء أو الموت قبله"

24. رواه الترميذي.

وكذلك من الرجوع إلى التحليل الوارد في الكتب الفقهية للمالكية في هذه المسألة، يتبين أن الوجهة التي اعتنقتها ليست مركزة على القرينة القطعية التي تؤكد كل الصداق، بل يرون أنه إذا اختلى الرجل بزوجه خلوة اهتداء ثم طلقها واختلفا في حصول الوطاء، فالقول للزوجة بيمينها فيما تدعيه. فإن امتنعت عن اليمين حلف الزوج، ولزمه نصف الصداق. وان نكل عن اليمين، لزمه كل الصداق⁽²⁵⁾. وتجدر الإضافة، تماشيا مع الفكرة ذاتها، أنه إذا اتفق الزوجان على عدم وقوع الوطاء في الخلوة الصحيحة، فإنه لا يثبت للزوجة إلا نصف الصداق المؤكد بالعقد⁽²⁶⁾.

وجدير بالذكر أن نقف هنا أمام مصطلح "أمكن الاتصال" الوارد في المادة 41 من قانون الأسرة⁽²⁷⁾ ويمكن تفسيره بالدخول الحقيقي، أي أن المقصود بهذه العبارة هو المخالطة الجنسية بين الزوجين، وذلك لأن الترجمة الفرنسية استعملت مقابل عبارة "أمكن الاتصال" عبارة "la possibilite des rapports conjugaux"، وهي تعني العلاقة الجنسية وحدها ولا يمكن أن تنصرف إلى الخلوة الصحيحة. ومع العلم، أن الذين قالوا بأن الصداق جميعه يتأكد بالخلوة الصحيحة يرتبون على هذه الأخيرة ثبوت النسب: فيما إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة، وجاءت به لأكثر من ستة أشهر بعد الخلوة. ويتعبير أدق، فالخلوة الصحيحة تتفق مع الدخول الحقيقي في بعض الآثار منها ثبوت النسب⁽²⁸⁾.

25 - انظر، ابن جزري، المرجع السابق، ص. 163 - 164؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص323.

26 - وذلك خلافا لما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/10/02 لما قالت بأنه "... من المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة ... والصداق والنفقة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء ...". انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص34.

27 - إذ تنص هذه المادة على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

28 - انظر، ابن قدامه، المغني، ط. 3، دار المنار، ج7، ص724 وما بعدها؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط. الجمالية، ج2، ص292 وما بعدها؛ لميرغيناني، الهداية، ط. الحلبي، القاهرة، ج1، ص149 - 150؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص324.

وتماشيا مع الشرح المتقدم آنفا نقول أن المشرع لا يرتب النسب إلا بعد الدخول الحقيقي وكذا الشأن بالنسبة للصداق جميعه، بحيث ليس من المنطق القانوني ولا من المنهجية التشريعية السليمة أن نأخذ بأثر الخلوة الصحيحة في الصداق ونتركه في النسب، إذ فكيف القول من جهة بثبوت الصداق كاملا بالخلوة الصحيحة، ومن جهة أخرى تشترط المادة 41 الاتصال الجنسي لإلحاق الولد لأبيه⁽²⁹⁾، لأن لو كان الأمر كذلك لاكتفت المادة 41 بالخلوة الصحيحة.

كما تجدر الملاحظة إلى أن الخلوة الصحيحة تختلف عن الدخول الحقيقي في بعض الآثار الأخرى منها خاصة عدم ترتيب حرمة البنات، إذ أن حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها، لأن القرآن الكريم علق تحريم الربائب بالدخول⁽³⁰⁾. وذلك ما أكدته المادة 26 فقرة ثانية من قانون الأسرة لما نصت على أن المحرمات بالمصاهرة هي ... فروعها (الزوجة) إن حصل الدخول بها⁷. فالعبرة إذن بالدخول الحقيقي ذاته، والمشرع حينما أورد عبارة الدخول في هذه المادة وفي المواد التي سبقتها إنما أتى بها كدليل من دلائل استبعاد الخلوة الصحيحة في هذه المسائل.

وذلك ما يقطع في الدلالة على أن المشرع عندما وضع المادة 16 لم يقصد الخلوة الصحيحة إطلاقا. ويبدو أن كلمة الدخول لم تكن مقصودة بمعناها الواسع الذي قد ينصرف إلى الخلوة الصحيحة، بل بمعناها الضيق المتعارف عليه فقها والذي لا يعني غير الوطء، وهذا ما نفهمه أيضا عند تصفحنا للمواد 33، و34، و40 من قانون الأسرة، إن أننا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص.

29- وهذا ما ذهب إليه الرأي الراجح لشراح قانون الأسرة، إذ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأنه ~ يجب إمكانية إسناد الولد إلى والده أن تتوفر حالة التلاقي بين الزوجين وحالة الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال وعدم التلاقي فلا يثبت النسب ~ (انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون السرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص209)؛ كما يقول الأستاذ بلحاج العربي بأنه ~ يشترط المشرع في المادة 41 العقد الصحيح، وإضافة إلى العقد تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي ~ (انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص191)

30- إذ يقول سبحانه وتعالى ~ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ~ سورة النساء، الآية 23.

خاتمة

وصفوة القول، أن الزوجة يكون لها كل الصداق بالدخول الحقيقي، وذلك حتى وإن كان قد يقال إن المشرع استعمل في المادة 16 المذكورة كلمة الدخول في حين أنه استعمل في المادة 17 تارة كلمة "الدخول" وتارة كلمة "البناء" وفي المواد 33، و34، و40 و41 كلمة "الدخول"، وإن هذا الاستعمال المختلف مقصود عمدا من المشرع، ولكن إذا رجعنا إلى الترجمة الفرنسية لهذه النصوص التشريعية نجد أنها استعملت كلمة *consommation* فيها جميعا، مما يدل على اتحاد في المعنى مقصود فيها من المشرع.

ومع هذه النصوص الصريحة لا يبقى من أساس قانوني للتوقف عند الخلوة الصحيحة للاعتداد به سببا مؤكدا للصداق. فإن كان لاجتهاد المحكمة العليا أن يبني على مثل هذه الخلوة أثرا يتمثل في تحقيق الصداق كاملا، فإنه ليس في النص الذي يطبقه عند إعماله مؤكدات الصداق ما يؤيده.

ولكن الأمر يختلف لو أن المشرع حدد صراحة حالات تأكد الصداق جميعه وعدد من بينها الخلوة الصحيحة، فيكون من اللازم الارتباط بما حدده. وهذا ما فعله المشرع المصري في النصوص التي عالجت أحكام الصداق⁽³¹⁾ فيقتضي الارتباط بمشيئته من غير تأويل يخرج عنها، وبالتالي يكون على القاضي أن يتحقق من وقوع الخلوة بينهما لإقرار الصداق كاملا للزوجة.

31- إذ قضت المادة 83 من قانون حقوق العائلة على أنه "إذا سمي المهر في العقد الصحيح وتوفي أحد الزوجين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم المهر المسمى تماما". فكلما الاجتماع الصحيح يراد بها الخلوة الصحيحة.

عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة

بقلم: الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي

كلية الحقوق، جامعة تلمسان

أن تداخل مجتمعنا مع غيره من المجتمعات بحكم تفاعله مع الحضارات الغربية وثقافاتها أصبح اليوم أمر لا مفر منه، بل أن التطور الذي عرفه أصبح يفرض فهما جديدا لمختلف تشريعاتنا خاصة منها الأسرية، وذلك من أجل خلق أسلوبا جديدا يتماشى وروح العصر الذي نعيشه، عصر الاكتشافات العلمية وينسجم مع هياكل الحضارة الحديثة ولكن مع التمسك بالأصل وعدم التفريط في قيمنا الحضارية ومبادئ شريعتنا السمحة. وبمعنى أدق، ما زالت تتصاعد في عصرنا هذا معارف الإنسان واكتشافاته في جميع مجالات هذا الكون، وبخاصة في الحقائق المادية التي أودعها الله فيه، حيث أصبحت هذه الاكتشافات سببا منقدا للبشرية من عدة أمراض، غير أنه بالمقابل أضحى الإنسان اليوم يلهت وراء إشباع ميوله الذاتية بطريقة عشوائية، مما أدى به إلى أن أصبح مصدرا لذرائع الانحراف والشذوذ وقلة العناية بحقوق الإنسان الأسرية.

ولذلك، فإن عولمة⁽¹⁾ بعض تلك الاكتشافات ستكون لها أحيانا علاقة وطيدة بالمصادمة للطبيعة والانحلال بالمجتمع وتفكك الأسر، إذ لنا أن نتساءل، إزاء تلك الاكتشافات وانتشار تطبيقاتها، ما هي الحقوق التي تندرج في باب المتغيرات، وما هي

1 - ويتم تعريف العولمة على أنها تكثيف العلاقات الاجتماعية عبر العالم حيث ترتبط الأحداث المحلية المتباعدة بطريقة تبدو كما لو كانت تتم في مجتمع واحد. انظر: عمرو عبد الكريم، عولمة جسد المرأة، المجتمع، عدد 1217، لـ 1998/09/15، ص18.

ثابتة ؟ هل يحق للشخص أن يثبت نسبه بواسطة الوسائل العلمية المعاصرة ؟ أو أن يغير جنسه كلما شاء ؟ وهل له الحق في أن يتزوج بمن يشاء، رجلا كان أم امرأة إذ أن تطور الواقع الاجتماعي يقتضي ذلك ؟ وهل للمرأة الحرية الكاملة في اختيار وسيلة الحمل، استنساخا أو تأجيرا لرحمها ؟ وما هي الآثار المترتبة على البنية الاجتماعية في حالة انتشار هذه الظواهر ؟

ومن هنا تظهر بجلاء ضرورة الانتقاء في توظيف المكتشفات من القوانين، ووضع الضوابط في استخدامها، وإخضاعها لمنهج يراعى فيه تحقيق مصلحة الإنسان وحماية حقوقه المقدسة، وما عولمة بعض تلك الاكتشافات والاعتراف بها قانونيا إلا أمر يتولد عنه الانحلال والانحطاط والمفاسد بكل ما تعبر عنه هذه المفردات من معاني. إذن، فلتكن هذه المحاضرة فرصة للبحث عن هذا الأسلوب ومناسبة للنظر بإمعان في بعض القضايا الرئيسية والمعقدة للأحوال الأسرية والاتخاذ مواقف بناءة تتسم بالإيجابية تتماشى مع عقيدتنا الدينية وبيئتنا سواء تعلق الأمر بالحق في العلاقة الأسرية (I)، أو في الإنجاب والنسب (II).

I - الحق في العلاقة الأسرية بين الرجل والمرأة

إن القانون يفترض بالضرورة وجود هدف له يسعى إلى تحقيقه، إذ أنه لا يعتبر هدفا في ذاته، بل فهو أداة لتحقيق هدف أو عدد من الأهداف يؤمن بها المجتمع الذي يطبق فيه. وإذا كانت أهداف القانون الأساسية، كما رأينا سابقا، تختلف باختلاف الزمان والمكان، فإنه مع ذلك يمكن حصرها في ثلاثة أهداف وهي : العدالة، الأمن القانوني والمنفعة العامة (التقدم الاجتماعي)⁽²⁾.

2- لم يتفق الفقه بشأن هذه الأهداف، حيث منه، كالمذاهب الشكلية في الفكر القانوني، تجعل من الأمن القانوني الهدف الأسمى للقانون، بل أنه يضحى بالهدفين الآخرين في حالة مرور المجتمع بأزمات تهدد كيانه من أجل تحقيق الأمن القانوني. أما الاتجاه الثاني المتمثل في المذاهب المثالية يجعل من العدالة الهدف الأسمى للقانون فوق الهدفين الآخرين، بينما اتجاه ثالث من الفقه، المذاهب الواقعية في الفكر القانوني، التقدم الاجتماعي فوق الهدفين الآخرين للقانون بدلالة أن القانون ما هو إلا وسيلة للنهوض بالمجتمعات وتقدمها.

وفي الوقت الراهن، فإن القوانين المعاصرة إعتدت على فكرة الأمن القانوني كأداة لتحقيق الاستقرار الاجتماعي. وكما أنها اعتبرت التقدم الاجتماعي غاية من غايات القانون، بل جعلت منه المذاهب الواقعية في الفكر القانوني الهدف الأسمى للقانون إذ يعلو مرتبة عن الأمن القانوني، وأن أول من نادى بالاتجاه الواقعي المدرسة التاريخية الألمانية التي كان يتزعمها الفقيه سافيني (Savigny) حيث قالت أن التقاليد الوطنية لشعب ما هي العامل الرئيسي للقانون ولتقدم المجتمع⁽³⁾.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه إذا كان اتفاق الفقه منصب على أن التقدم الاجتماعي يعد هدف من أهداف القانون، فإنه مع ذلك لم تتحد كلمته بشأن ماهيته ومضمونه وكيفية تحقيقه، إذ ما كان تقدما عند البعض قد يعد تخلفا عند البعض الآخر. لذلك فإنه من غير الممكن إيجاد حلا لهذه المشكلة ينطبق على جميع النظم القانونية في كل الأمكنة والأزمنة، وما على الباحث القانوني إلى إثارة هذه المشكلة مع تبيان حدودها تاركا من وراء ذلك تحديد ماهية التقدم الاجتماعي ومحتواه وآليات تحقيقه طبقا لكل نظام قانوني بما يتماشى والعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع .

وعموما، فغاية القانون في المجتمع الغربي تختلف عما هي عليه في المجتمع الإسلامي، حيث انه حسب الفلسفة الغربية، يستوجب على القانون أن يتماشى والتطور الاجتماعي، بل يجب أن يعبر عن ما تتجه إليه رغبات الأشخاص فيه، ومن ثم عدم المساس بحريتهم المطلقة ولو كان ذلك على عاتق قوانين الطبيعة -ونواميسها. أما الإسلام الذي رضيه الله للناس دينا تشريع كامل طهر النفوس من رذائل الجاهلية، ونظم علاقة الناس بعضهم ببعض أفرادا وجماعات، واعتنى بتنظيم الأسرة بعناية بالغة لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع. ومن هنا فالعلاقة الأسرية بين الرجل والمرأة تختلف باختلاف تلك الفلسفة السائدة في الدول الغربية، حيث قد تكون قائمة بين شخصين من جنس مختلف (أ)، ويمكن أن تكون قائمة بين شخصين من نفس الجنس (ب).

3 - Cf. Roubier P., Théorie générale du droit, édit. Sirey, Paris, 1951, pp. 328 -329.

آ.. عولمة العلاقة الاستسرارية

من المعروف أن حياة الأسرة هي أرقى وأفضل ما أنتجته الحضارة الاجتماعية الإسلامية، إذ أن الأسرة من خلال هذا النظام هي العامل الأصيل لبناء مجتمع مزدهر رقي، وذلك لا يتأتى إلا عن طريق عقد القرآن الذي وصفه سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ بقوله "وأخذن منكم ميثاقا غليظا"⁽⁴⁾.

وإلى جانب هذه الرابطة المقدسة، يوجد نظام آخر للعلاقات بين الرجل والمرأة، والذي يسمى بالعلاقة الإستسرارية⁽⁵⁾، والذي يشبه الزواج من حيث أنه "إتفاق بين شخصين على العيش معا كزوجين ولكن بدون رباط الزواج"⁽⁶⁾، إلا أنه يختلف عنه في كون العلاقة الإستسرارية لا تحمل قانونا في طياتها الحقوق والواجبات الملقاة على الزوجين، بل أنها لا تخضع لأية شكلية ولا لأية شروط كون أنها قائمة على الحرية المطلقة لطرفيها. ولهذا، فالرجل والمرأة يريدان إعطاء لذاتهما بمقتضى هذه العلاقة حقيقة قانونية ولكن لوحدهما فقط : ألا يعد هذا تناقض ؟⁽⁷⁾

الحقيقة أن موضوع العلاقة الاستسرارية لا زال يشكل ظاهرة طابوية داخل المجتمع الجزائري، الأمر الذي جعل الكثير يتخوفون من اتخاذ قرارات مسؤولة لصالح المجتمع، بل أن ما زاد تعقيد الأمور أكثر في تشريعنا هو عدم تجريم هذه العلاقة حيث اعتبر المشرع الجنائي، ربما بحكم احترام الحرية الفردية، أن الزنى بمفهومها الشرعي لا دخل لها في قانون العقوبات، المتأثر بالأنظمة الغربية من حيث أن الاتصال الجنسي التام بموافقة الطرفين دون إكراه لا يعتبر جريمة ما دام عنصر التراضي متوفرا بين ذكر وأنثى غير متزوجة وسنها فوق الثامنة عشرة، بل تعد إحدى مظاهر العصرية. ويعني بذلك أن المشرع قد أحل الزنى في ظروف معينة ولا عقاب على من يمارسها⁽⁸⁾. ولهذا فالزنى في

4 - سورة النساء، الآيتين 19 - 20.

5 - Cf.C Brunetti - Pons, L'émergence d'une notion de couple endroit civil, R.T.D . Civ., 1999, n° 1, pp 27. et s.

6 - Cf. Cass, Soc. 11 /07 /1989, JCP 1990, 2,21553, concl. Dorwling - Carter.

7 - Cf.J, Carbonnier, le droit entre le droit et le non droit, conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité, in Population, 1992, n° 3 , p . 746.

8 - انظر، خاشع حقي، تعدد الزوجات أم تعدد العشيقات، دار ابن حزم، 1997، ص 36- 39.

القانون الوضعي لا يعتبر زنى إلا إذا كان خيانة للعلاقة الزوجية ودون رغبة من أحد الزوجين⁽⁹⁾.

وإثارتنا لهذه المسألة لها ما يبررها من زوايا عدة أهمها استفلاحها في المدن الكبرى الجزائرية مع كل المشاكل المترتبة عنها من خلط الحلال بالحرام، ومن تأثير المحيط على التربية التي يتلقاها الطفل، علما أن الواقع الاجتماعي المعاش أثبت أن أغلبية هذه العلاقات تبوء بالفشل وما يبقى من وراءها إلا اللوم والندامة من حيث تعرض سمعة خاصة الخلية لأقويل السوء.

ولسنا الآن بصدد إبداء كل المشاكل الاجتماعية والاقتصادية التي ترتبها هذه العلاقة، وإنما توضيح الحق الثابت والمتغير في إطار حقوق الإنسان الأسرية، والعلاقة الاستسراية لا يمكن اعتبارها حقا ينبغي حمايته في ظل نظامنا الأسري، وإن كان معترف بها من قبل أغلب الدول غير الإسلامية، بل اعتبرها هذه الدول أنجع الطرق للمحافظة على الحرية الفردية وإن كان ثمنها يؤدي إلى عدم إستقرار النظام القانوني ومن ثم النظام الأسري⁽¹⁰⁾.

ذلك مما دفع بالقضاء الفرنسي⁽¹¹⁾ إلى الاعتراف في إطار هذه العلاقة ببعض الحقوق دون البعض الأخرى⁽¹²⁾، منها خاصة حق التعويض في حالة العدول التعسفي⁽¹³⁾ وكذلك

9 - انظر، المادتين 339 و340 من قانون العقوبات.

10 - Il est à noter que le nombre de couples non mariés en France est en forte ascension depuis la fin des années soixante. Il a plus que quintuplé en 20 ans: 314.000 en 1968; 1.707.000 en 1990 (Recensement de la population 1990, INSEE, 1992). Mais, aujourd'hui, les couples non mariés représentent un couple sur trois pour les générations de 25 à 39 ans et un sur huit dans la population générale. Cf. G. Cornu, La famille, 5è éd., Montchrestien, p. 73.

11 - Cf. Ph. Jestaz, Liégalité et liavenir du droit de la famille, in Mélanges F. Terré, éd. Dalloz et PUF, 1999, p. 424 et s.

12 - Sur l'ensemble de cette question, cons. J. Hausser, Le droit de la famille et l'utilitarisme, in Mélanges F. Terré, éd. Dalloz et PUF, 1999, pp. 441-453.

13 - Cf. Cass. Civ., 30/06/1992, Rép. Defrénois, 1436, obs. J. Massip.

في حالة فقدان أحدهما، ومن جهة أخرى سمح لهما القانون الصادر في 29 جويلية 1994 بالاستفادة من وسيلة الانجاب عن طريق المساعدة الطبية⁽¹⁴⁾، والقانون الصادر في 2 جانفي 1978 المتعلق بتعميم الضمان الاجتماعي الذي اعتبر الشخص غير المنخرط في الضمان الاجتماعي من ذوي الحقوق إذا كان مرتبط بعلاقة استمرارية مع شخص مؤمنا إجتماعيا⁽¹⁵⁾.

إزاء هذين النظامين تأتي مسألة أخرى مرتبطة بعقد الزواج ولا دخل لها بالعلاقة الاستمرارية وهي مسألة الخطبة، وبالضبط اختلاط الخاطب بمخطوبته، ومن هنا يحق لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا الاختلاط من الحقوق الفردية الواجب احترامها ؟ للإجابة عن ذلك نقول أن الخطبة إذا كانت هي سبيل راغبي الزواج ليتعرف كل منهما على الآخر من حيث أخلاقه وطباعه وما عليه من عادات وميول وأفكار وغيرها⁽¹⁶⁾، فإنها مع ذلك تحرم الخلوة بين الخطبين بحكم أنهما أجنبيين عن بعضهما البعض. والحكمة من حظر التهاون في منع الخلوة بالمخطوبة جلية واضحة لكل ذي لب يتدبر، إذ حظرت الخلوة بالمخطوبة حفاظا عليها ودرءا للشبهات. وما نراه اليوم من الإباحية الإجتماعية للاختلاط بدون قيود وبغير رقابة غالبا ما أدى إلى الوقوع في الحرام، حيث سيعيش معها في الحرام كخلية قبل أن تكون حليلته، بل ربما لا تكون أبدا حليلته مما يؤدي إلى كثير من المفاسد والمساوئ بعد أن يكون قد خالطها مدة طويلة فتتعرض سمعتها لأقاول السؤ والشائعات التي تصرف عنها كثير من الراغبين في الزواج منها.

14 - L'article L. 152-2 du code de la santé publique.

15 - L'article 13 de la loi du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale énonce que «La personne qui vit maritalement avec un assuré social et se trouve à sa charge effective et permanente» a la qualité d'ayant droit de l'assuré.

16 انظر، سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتاب المصرية، 2000، ص22.

ولهذه الأسباب وأخرى، فالقول باحترام هذا الاختلاط من باب حماية الحقوق الأسرية للأفراد، فما هو إلا قول يراد عليه من حيث أن هذه الحماية بدلا أن تكون عاملا للاستقرار الاجتماعي أصبحت منبعها ماسا بالكيان الذي تركز عليه الخلية الأولى للمجتمع.

ب - عولمة القانون والمناداة بالحق في العلاقات غير الطبيعية

ولكن الأشد والأنكى من العلاقة الاستسرارية ما ظهر في العالم الغربي بصورة خاصة ما سمي بالسحاق أو للواط، وهو على التوالي الاتصال الجنسي بين الأنثيين أو الذكرين، وهنا نطرح السؤال التالي : ترى ما هو موقع هذه اظواهر الاجتماعية من حقوق الإنسان الأسرية ؟ أهذا حق يجب تمجيده ومن ثم تظيمه قانونا ؟ أم علة يجب استأسلها من منبعها الأصلي ؟

فالإجابة على هذين السؤالين تقتضي منا التفرقة بين أمرين بشأن هذه المسألة، الأولى تتجلى في العلاقة بين شخصين من جنس واحد بحكم الطبيعة، والثانية في العلاقة بينهما بحكم المستجدات الطبية والبيولوجية.

فإن التحلي عن الأخلاق الفاضلة والابتعاد عن فطرة الله التي فطر الناس عليه أدى بالمشرعين الغربيين بالبحث عن الإطار القانوني للعلاقة الأولى وتنظيمها على أساس أنها علاقة شرعية، وذلك حتى لا يجتنب القانون التطور الذي يعرفه المجتمع. واختلفت أحكام التشريعات الغربية في تنظيم هذه العلاقة على هذا الأساس⁽¹⁷⁾، فمنها ما يعمل مبدأ المساواة بين الجنسين على إطلاقه فيقضي بإخضاع علاقة الشخصين من نفس الجنس وعلاقة الذكر بالأنثى لنفس الأحكام نسبيا بحكم القانون وبدون حاجة إلى إتخاذ أي إجراء كان : ويرتب هذا الأثر في الوقت الحاضر القانون الدنمركي حيث يقضي القانون الصادر في 7 جوان 1989 في المادة الأولى باعتبار زواج الذكرين والأنثيين صحيحا⁽¹⁸⁾؛

17 - Cf. P. Doucé, *Couples homosexuels et lesbiens, Juridique et quotidien*, édité. Lumière et Justice, Paris, 1987.

18 - Cf. Loi n° 372 du 07/06/1989.

والقانون النرويجي الصادر في أول أوت 1993، وكما رتبته المشرع السويدي بمقتضى القانون الصادر في 07 جوان 1994.

ومنها ما لم يقبل ترتيب هذه النتيجة في الحال⁽¹⁹⁾، بل أطلق على هذا النوع من العلاقة تسمية معينة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي⁽²⁰⁾ حينما اعترف بـ "P.A.C.S." بمقتضى القانون الصادر في 15 نوفمبر 1999⁽²¹⁾، حيث نص على أنه يمكن لكل شخص طبيعي أهلا بمفهوم المادتين 1123 و1124 من القانون المدني أن يبرم عقد اتحاد مدني مع شخص طبيعي آخر مهما كان جنسه⁽²²⁾، وأن المنع بإبرام مثل هذه العقود ينحصر فقط بمقتضى المادة 515 - 2 فقرة أولى من القانون المدني بين الأصول والفروع⁽²³⁾ ولا يمتد، خلافا للزواج، إلى الإخوة والأخوات⁽²⁴⁾.

19 Sur les différentes opinions concernant le contrat d'union civile, cons. Particulièrement, R. Leveneur, Situation de fait et droit privé, L.G.D.J., Paris, 1990, n° 360 et s.; J.-P. Pouliquen, Dossier CUC ou la volonté de faire aboutir le contrat d'union civile, édit. Humoeurs, Paris, 1994.

20 - ومع العلم أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت في قرارها الصادر في 11/17/1989 اعتبار أن وحدة الحياة بين شخصين من ذات الجنس، رجالا كانوا أم نساء، أن تكون مصدرا للحقوق أو مولدة لأثار قانونية، وذلك بقولها: 'la notion d'union libre ou de vie maritale ne peut s'appliquer qu'à deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage et, donc, ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme. CASS. SOC. 11/07/1989, D. 1990, 582 note PH. Malaurie; R.T.D.Civ. 1990, pp. 53-59, Obs. critiques J.rubellin-Devichi.

21- Le Pacs a pratiquement rencontré un réel succès: 204055 Pacs ont été enregistré entre 1999 et 2005, 60223 pour la seule année 2005. Cf. Répertoire du Ministère de la justice, 02 mai 2006, n° 93281.

22 - Approuvant ce mode de vie, M. P. Nicoleau précise «...Et même dans une vision productiviste de l'institution familiale, où le mariage ne serait que le cadre reconnu de la perpétuation de l'espèce, le couple homosexuel est peut-être un aussi bon lieu de vie que le couple hétérosexuel». Cf. P. Nicoleau, Droit de la famille, édit. ELLIPSES, Paris, 1995, p. 20.

23- Il convient de noter que même avant l'adoption de cette loi, le législateur français a reconnu la qualité d'ayant droit pour le partenaire d'un homosexuel affilié à la sécurité sociale. V. loi n° 93-121 du 27 janv. 1993 dont l'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale et institue la qualité d'ayant droit à la «personne qui vit une durée fixée par décret en conseil d'état avec un assuré social et se trouve à sa charge effective». Le décret n° 93-678 du 27/03/1993 a fixé la durée de référence à 12 mois (J.O.R.F. du 28/03/1993, p. 5397).

24 - Sur l'ensemble de cette question, cons. Particulièrement, J. Hausser, Du PIC au PACS: expertise génétique d'une loi, Dr. Famille, 1999, Hors série PACS, pp. 255 et s.†; N. Molfessis, Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi relative au Pacs par le conseil constitutionnel, JCP, éd. G., 2000, 1, 210; F. Granet, trente deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs, Dr. Famille, 2005, Chr. n° 9, H. Fulchiron, Quel avenir pour le Pacs†?, Defrénois, 2005, pp. 1286 et s.; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, La famille, 2ème éd., édit. Defrénois, Paris, 2006, pp. 177 et s.

وهكذا نرى أن إعمال الحكم بهذه التشريعات ينطوي على مخاطر كبرى تمس العنصر البشري ذاته، فيحتمل من جهة أن تتعدد هذه العلاقات الماسة بنواميس الطبيعة ما دام ليس هناك ما يمنعها، كما يحتمل من جهة أخرى أن تقضي على الزواج نظرا لآثارها المحددة من حيث الإلتزامات الملقاة على طرفيها، بل تعد خطرا على الفرد والأسرة والمجتمع بأكمله في آن واحد.

وهكذا، فالعلة من حظر التهاون في منع هذه العلاقات جلية ساطعة، إذ من غير المعقول ولا المنطق أن نضحى بالزواج وعن طريقه بالكيان البشري باسم عولمة الحرية الفردية المقدسة، أمن الصالح العام أن نمجد هذه الأخيرة ونقضي على الخلية الأولى للمجتمع بل على المجتمع ككل. فالإعراض عن الفطرة يؤدي حتما إلى المعيشة الضنك استنادا لقوله تعالى "ومن أعرض عن ذكرى فإنه له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى" (25).

وأما النوع الثاني من العلاقات غير الطبيعية فهو خاص بالعلاقات التي تربط الأشخاص الذين كانوا راجلا ثم أصبحوا نساء والعكس صحيح، وذلك بمقتضى ما آل إليه التطور البيولوجي والطبي في هذا الإطار (26). وقد اتفقت أغلبية التشريعات الغربية من حيث اعترافها بالعلاقة الزوجية التي تربط الشخص الذي غير جنسه مع شخص آخر من جنسه الأصلي، كالقانون السويدي (1972/04/21) والهولندي (1985/04/24) والدنماركي (1989/06/07). وقد تنازلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها المانع لهذه العلاقة (27)، حيث قضت، بعد أن عقبته فرنسا من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق

25- سورة طه، الآية 124.

26- انظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج.، 2001، ص18 وما بعدها.

27- حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في ثرارها الصادر في 16/12/1975 بأن ط مبدأ عدم تكافؤ حالة الأشخاص الذي يهم النظام العام يحرم الأخذ بعين الاعتبار التغييرات الجسمية الحاصلة بعد إجراء عملية جراحية. انظر، 2، 1976، D. 312-314؛ n° 374-376، Bull. Civ.، 16/12/1975، C. Cass.، ch. Civ.، p. 397، note M.-R. Lindon؛ 30/11/1983، D. 1984، p. 165، note B. Edelman؛

وفي قرارها الصادر في 7 جوان 1988، أكدت على ذلك، بقولها "...بعد العلاج الهرموني وإجراء العملية الجراحية مازال للمدعي له مميزات شخص من جنس الذكور"، Bull. civ.، 10/05/1989 (deux arrêts)، Cass. Civ.، 7/06/1988؛ 21/05/1990، Sem. Jurid.، 1990، 2، 21588، obs. J. Massip et M. Philippe، ° 176، ° 122 et n° 189، p. 125؛

الإنسان⁽²⁸⁾، في قرارها الصادر في 11 ديسمبر 1992 بالسماح بتغيير الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي⁽²⁹⁾. وهكذا لم يبق من بعد طبقا لهذا الموقف أي مانع يحظر زواج الشخص الذي قام بتغيير جنسه مع شخص من الجنس الآخر.

وعلى أية حال فإن هذا الموقف الأوروبي يجد سنده في المادة 12 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي أدرجت الزواج في مرتبة الحريات العامة التي يجب الاعتراف بها من قبل حكومات الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي⁽³⁰⁾.

وجدت هذه الفلسفة التشريعية في العالم الإسلامي أرضية خصبة في الدولة التركية التي بدأت باكتناف القانون المدني السويسري وتطبيقه على المجتمع التركي، وانتهت إلى مصادرة الشريعة الإسلامية من الحياة الأسرية، وذلك خاصة بمقتضى تقنينها رقم 3444 الصادر في 4 ماي 1998، حيث أدخل في المادة 29 من القانون المدني نصا يسمح بتغيير محتويات عقد الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي شريطة أن يتم إثبات ذلك التغيير بشهادة طبية. وأن التغيير يضحى ممكنا إلا إذا كان المعني بالأمر بالغاً أكثر من 18 سنة كاملة، وأعزب وفاقدا بصفة دائمة القدرات على الحمل. وزيادة على ذلك، يجب أن يكون التغيير بالنسبة إليه أمر ضروري حتى يتسنى له المحافظة على صحته النفسية⁽³¹⁾.

أما المشروع التونسي لم يتعرض إلى هذه المسألة، مما دفع بالقضاء إلى تبيان موقفه منها، حيث جاء في حيثيات القرار الصادر عن محكمة إستئناف تونس بتاريخ 22 ديسمبر 1992 ما يلي "فإذا ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة، التي تخول له

28 - Cf. C.E. D. H., 25/03/1992, JCP., 1992, 2, 21555, note Th. Garé.

29 Cf. Cass. Ass. Plén. 11/12/1992, J.C.P., 1993, 2, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau.

30 Cf. C. Lombois, La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'Homme, D. 1992, CHR. 323. F. Furkel, La loi allemande du 10 septembre 1980 sur le transsexualisme: source d'inspiration pour le législateur français?, in Mélanges D. Huet-Weiller, L.G.D.J., Paris, 1994.

31 - Cf. Turquie, Juris-clas. De droit comparé, 1999, n° 8.

تغيير جنسه، وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته. بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه، فإنه يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة، وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة.

وأن دور القضاء ليس إقرار الحق بصفة مطلقة، بل إقرار الحق المطابق للقانون والنظام العام، ضرورة أن القضاء لا يمكن له إقرار حق، إكتساب بصفة منافية للقانون والنظام العام. فإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حاليا، إذ أنه من الثابت علميا أن مختلط الجنس لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين ولا يمكنه الزواج⁽³²⁾.

وفي النهاية، نقول بأنه إذا أصبح بإمكان الشخص أن يتصرف بكل حرية في الحقوق المرتبطة بجنسه المعترف به قانونا في الدول الغربية، فإنه مع ذلك لو أمعنا النظر في هذا الحل بوجه عام لوجدنا أن عولمته لا تخلو من عدة عيوب، أهمها من جهة، أنه يتجافى مع أحكام الطبيعة⁽³³⁾، ومن جهة أخرى، ما العمل لو أراد هذا الشخص أن يتزوج مع شخص من جنس مضاد لجنسه الأصلي، أي من جنسه الحالي؟ ومن هو الأب ومن هي الأم في حالة ما إذا قام الشخص المتزوج بتغيير جنسه؟

II - الحق في الإنجاب وفي النسب

آ.. مدى تأثير عولمة التلقيح الاصطناعي على الكيان الأسري

فمن أهم القضايا التي تستحق أن توجه إليها العناية في البحث والتأصيل والتقويم تلك التي أثارها وما زال يثيرها التطور العلمي بشأن التلقيح الصناعي بمختلف صورته كوسيلة للإنجاب التي ابتكارها رجل الطب والبيولوجية لإسعاد بني جنسه. غير أنه ينبغي تحديد ما يمكن الاعتراف بها تشريعيًا، وما يجب حظرها، على ألا يكون هذا المنع ماسا بحق

32 - انظر، محكمة إستئناف، تونس، 1992/12/22، قرار عدد 298.10، مجلة القضاء والتشريع، 1994، عدد

1، ص 109 وما بعدها.

33 - Cf. D. Gutmann, Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit?, in Mélanges F. Terré, éd. Dalloz et PUF, Paris, 1999, p.332 et s.

الشخص في الإنجاب حيث قرر رعايتنا لمصلحة الكائن البشري الذي أصبح يعيش في أرمادا من المعلومات والمشكلات والمخترعات.

للتلقيح الاصطناعي صورتين أساسيتين، منه ما هو داخلي ومنه ما هو خارجي، وإزاء هاتين الصورتين لنا أن نبين في هذا الصدد مدى تأثير عولمة التلقيح الاصطناعي على حق الشخص في الإنجاب.

يتم التلقيح الاصطناعي الداخلي بموجب إدخال السائل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة بهدف الإنجاب بواسطة حقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم، وتحقن الكمية المتبقية من السائل المنوي في قعر المهبل خلف عنق الرحم⁽³⁴⁾.

هنا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن التلقيح الاصطناعي الداخلي يأخذ عدة صور وهي : تلقيح الزوجة بماء زوجها، وتلقيح الزوجة بما الغير، أو تلقيحها أخيرا بماء مشترك بين الزوج وغيره. غير أنه تجاه هذه الصور من التلقيح ينبغي التفرقة بينها من أجل تبيان وتحديد حق الشخص في الإنجاب.

اختلفت الآراء فقها حول صورة تلقيح الزوجة بماء زوجها. فكان في الفقه من تقبل هذه الصورة بالوجه المرن قابلا بها ضمانا لتجنب ما يتحمله الزوجان من أضرار نفسية ولتماشيها مع المبادئ الشرعية⁽³⁵⁾، وهذا هو موقف جمهور الفقهاء

34- انظر، سبيرو فاخوري، المرجع السابق، ص. 381.

35- فدليل هذا الرأي القائل الأسانيد التالية :

1- أن النسل يعد شرعا إحدى الكليات الخمس التي يجب المحافظة عليها، ومن ثم إذا كان التداوي أمرا مشروعاً حفاظاً على النفس البشرية، فأولى أن يخضع علاج العقم لهذه التقنية، إذ يدخل هذا العلاج تحت عموم مفهوم التداوي.
2- وإذا تأملنا في الهدف المنشود من الموافقة الطبيعية؟ الاتصال الجنسي - نجد أنه يتجلى في تحصيل النسل بطريقة شرعية وهي متمثلة في الزواج، وقياساً بالتلقيح الاصطناعي الداخلي لا يخرج بتاتا عن هذه الحقيقة الشرعية (انظر، عبد العزيز الخياط، حكم العقم في الإسلام، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية في الأردن، 1981، ص28).

3- أن غاية الزواج الأولى السامية في الإسلام هي النسل، إذ ذلك هو الغطرة والطبيعة الإنسانية، ولا شك أن هذا لا يتحقق أصلاً بالموافقة الطبيعية بين الزوجين، وإذا تعذر ذلك من الوجهة الطبيعية، فليس هناك مانع يمنع استعمال طريقة التلقيح بالصورة التي نحن بصدها لتحقيق الهدف المنشود (انظر، جاد الحق علي جاد الحق المرجع السابق، ج. 9، 3219).

المعاصرين⁽³⁶⁾، وهو ما ذهب إليه أيضا مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽³⁷⁾، وبه قالت اللجان الطبية الفقهية في جميع الدول الإسلامية⁽³⁸⁾، وبه قالت أيضا المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها حول الإنجاب في ضوء الإسلام. وهناك من الفقه من يذهب، على النقيض مما تقدم، إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بحمل المرأة إلا عن طريق المرافقة الطبيعية، وما عداها يعد خروجا عن ضوابطها وأحكامها⁽³⁹⁾. ومن ثم فحمل المرأة بمقتضى تلقيحها بماء زوجها غير جائز شرعا⁽⁴⁰⁾

- 36- انظر، الشيخ محمود شلتوت، الفتاوى، ط 8، دار الشروق، القاهرة، 1975، ص. 328؛ الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف المصرية، 1981، ج 9، 3213؛ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيهما، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الثالثة المنعقدة في ربيع 1400 هـ، ص. 22؛ د. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 11، نشر دار البعث، قسنطينة 1977، ص. 186؛ د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ط. أولى، مؤسسة الرسالة، 1993، ج 10، ص. 390؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 3، دار الفكر، دمشق، 1984، ج 3، ص. 595. أضيف إلى ذلك أن أول فتوى للأزهر الشريف نشرت بجريدة الجمهورية المصرية، 1978/8/3، انظر الفتاوى الإسلامية، طبع دار الإفتاء المصرية، المجلد 9، من ص. 3213 إلى ص. 3228، أخذ عن الأستاذ العربي بلحاج، المرجع السابق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1993، عدد 3، ص. 599.
- 37- انظر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 1408 هـ، ص 141 وما بعدها.
- 38- انظر على سبيل المثال، اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن والمنبثقة عن جمعية العلوم الطبية الأردنية.
- 39- انظر، أحمد الحجى، في التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الشرعي، ديسمبر، 1971، عدد 83، ص. 73.
- 40- واستدل هذا الاتجاه بالأدلة التالية: 1- أن هذه التقنية للإنجاب تتعارض مع كرامة الإنسان، وفيها إهانة لها (علما أن الله سبحانه وتعالى يقول - ولقد كرّمنا بني آدم - سورة الإسراء، الآية 70)؛ فحرم الله الزنا لما يكتنفه من إهانة لكرامة المولود، والأمر لا يختلف للمولود الذي يأتي نتيجة للتلقيح الاصطناعي، فهذه التقنية تجعله ممتهن (انظر، أحمد الحجين المرجع السابق، ص 73).
- 2- ومن اليسير على المعارضين لجواز الإنجاب بهذه الطريقة أن يدعّموا رأيهم بحجة مفادها أن الغاية التي نشأ من أجلها الزواج هي الإستئناس وتأمين السكن النفسي المترتب على المتعة الحسية والعاطفية، وأن هذه الغاية تتولد عنها غاية أخرى وهي الإنجاب حفاظا للنسل والعنصر البشري، في حين ففي التلقيح الاصطناعي ينعدم تحقق الغاية الأولى دون الثانية. ولذلك يمكن القول بصفة مؤكدة بضرورة العمل على الوقوف ضد هذه التقنية والتخلص منها نهائيا، لأنها محرمة (انظر، أحمد الحجى، المرجع السابق، ص 74)، ويجد هذا الموقف دليلا في اعتبارات الدين وحماية الكائن البشري من الصدمات، حيث يرى بأن الجري على هذا النحو لا يحقق العرض المنشود المتمثل في الإشباع النفسي الذي تعلق عليه تحقيق غاية الإنجاب تطبيقا لقوله تعالى - وجعل منها زوجها ليسكن إليها - (انظر، سورة الأعراف، الآية 189)، وقوله عزّ وجلّ - هن لباس لكم وأنتم لباس لهنّ - (انظر، سورة البقرة، الآية 187).

ومن جانبنا نرى بأن عولمة هذه الوسيلة، تداركا للرأي القائل بعدم إباحيتها، ما هي إلا منبعا لتحقيق التوازن الذي أقره الله في الكون، وتأكيدا لحق للشخص في الإنجاب حيث إذا كانت الغاية من الزواج السكن والمودة والرحمة والاستقرار النفسي، فإنه غير مفهوم على الإطلاق الأخذ بما يعيق تحقق ذلك الاستقرار لاسيما أن استقبال مولود يعد أعلى شئ عند الزوجين طالما تطلعا لإنجاب، علما أن المقصد الجوهرى للميثاق الغليظ هو حماية الكائن البشري وبقائه.

وكذلك ما ينبغي ملاحظته هو أنه ليس هناك وجه للتوحيد قياسا، كما فعله أصحاب الرأي الرافض لعولمتها، بين ابن الزنا وبين الولد الناشئ بهذه الصورة من التلقيح، حيث ابن الزنا يلحق بنسب أمه، بينما فالولد الآخر، خلافا لذلك، يثبت نسبه للزوج وبكل ما يترتب عن ذلك من حقوق وواجبات. وكما أنه ليس من المعقول أن يمتن من نشئ بهذه الطريقة، إنما القول بهذا في مثل هذه المسائل بغية تحقيق الاستقرار وبعث الطمأنينة في نفوس الأزواج.

لذلك نحن نعتقد أنه أسلم وأحرى بالأخذ بالرأي القائل بجواز هذه الصورة من التلقيح، وما عولمتها إلا تقريرا دوليا لحق الشخص في الإنجاب، آخذينا بعين الاعتبار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948، حيث نص في مادته 1/16 على أن "بداية من سن البلوغ للرجل وللمرأة... الحق في الزواج وتكوين أسرة"، والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، حيث نصت في المادة 2/23 على أن "الحق في الزواج وتكوين أسرة معترف به للرجل والمرأة...".

وذلك لأنه من جهة، فهي أداة النسل وبقائه الذي يعد مقصدا من مقاصد الشرع الإسلامي، ولأنها من جهة أخرى، وسيلة من وسائل التداوي المباحة شرعا، ولأنها من جهة ثالثة، عامل لرفع الحرج والتيسير على الزوجين، حيث أن الله رفع عن الأشخاص كل

ما يوقعهم في الضيق⁽⁴¹⁾ أو يلحق بهم المشقة⁽⁴²⁾. وكما إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا⁽⁴³⁾، سواء كانت مصالح فردية كتحقيق سعادة الزوجين بالمولود أو كانت مصالح عامة تتعلق بالمجتمع كبقاء الكائن البشري.

وعلى أية حال فلا بد لإجراء هذه الصورة من التلقيح في تفسير الرأي المقرر لها من توافر فيها عدة شروط وهي⁽⁴⁴⁾: 1 - أن يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت الحاجة القصوى لإجرائه؛ 2 - أن تكون الزوجية قائمة؛ 3 - أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها؛ 4 - أن تتم العملية فوراً بحضور الزوج.

وأخيراً أن الأحكام السالفة تسري بحسب هذا الاجتهاد السليم لمن أراد اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، ذلك إذا تيقن بأن لا سبيل إلى التخصيب عن طريق العلاقة الطبيعية بين الزوجين. غير أنه لنا أن نتساءل، في خضم عولمة هذه الوسيلة للإنجاب، إذا تأثر المشرع الجزائري بهذا الموقف الشرعي واعترف من ثم بحق الشخص في الإنجاب؟ قام قانون الأسرة بتنظيم ثبوت النسب الشرعي بتاتا على وجود الزوجية، فنصت المادة 40 منه على أنه "يُثبت النسب بالزواج الصحيح"⁽⁴⁵⁾، أو بالإقرار أو بالبينة، أو بنكاح

41 - قال تعالى "وما جعل عليكم في الدين من حرج". سورة الحج، الآية 78. وقوله تعالى "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر". سورة البقرة، الآية 185.

42 - انظر، الإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر، شركة ومطبعة البابي الحلبي، 1959، ص 61.

43 - انظر، الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 2، ص 6.

44 - انظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ص 98 وما بعدها.

45 - كمبدأ عام، أن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت النسب، إذ قد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 فبراير 1986 بأن "الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين والدليل أن الزوج كان يزور من حين لأخر زوجته وهي في بيت خالها بوهران". انظر محكمة عليا، 1986/2/24، ملف رقم 39473 (غير منشور).

الشبهة⁽⁴⁶⁾ أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون، وكما نصت المادة 41 من ذات القانون على أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

فالزوجية إذن بحسب هذا النص التشريعي هي الأساس في ثبوت النسب من جهة الأبوة. ومن ثم، فالمولود يتمتع منذ ولادته بنسب أبيه. غير أنه قد اختلفت الآراء الفقهية حول مفهوم عبادة⁽⁴⁷⁾ وأمكن الاتصال⁽⁴⁸⁾ الواردة في المادة 41، إذ اعتبر البعض⁽⁴⁷⁾ أن المشرع قد قصد من ورائها اشتراط ضرورة إمكانية الاتصال الجنسي متمشيا في ذلك مع المذهب الشافعي والحنبلي والمالكي⁽⁴⁸⁾ والجعفري⁽⁴⁹⁾ ومخالفا المذهب الحنفي الذي لم يعلق إثبات النسب بتلاقي الزوجين⁽⁵⁰⁾. وعليه، إذا استحال ذلك الإتصال، فإن نسب الولد لا يلحق بأبيه.

بينما يرى البعض الآخر بأنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي ولا بالنتيجة التي ترتبت عليه، فالمشرع حينما أورد العبارة السالفة إنما أتى بها كطريقة من طرائق استلحاق نسب الابن بأبيه، طريقة لا تنفي وجود طرائق أخرى، وقد تكفلت الشريعة الإسلامية نفسها، كمصدر ثاني لقانون الأسرة، ببيان هذه الطرائق فعلا حينما تعرضت إلى وسائل الحمل

46- في الفقه الإسلامي، نكاح الشبهة هو كل نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الزوج. ويحتوي نكاح الشبهة على عدة أنواع، منها الشبهة في العقد كالعقد والدخول بالمحرمات، والشبهة في الفعل كجماع شخص امرأة ظنا منه أنها زوجته فإذا بها كانت أجنبية عنه، وأخيرا الشبهة في الحكم كجهل الزوج نصا من نصوص الزواج وتم بمقتضاه الدخول بالمرأة. انظر في هذه المسألة على سبيل المثال، عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية، ج 1، ص 170.

47- انظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، 1986، ص 209 وما يليها؛ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ص 214.

48- انظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص. 102.

49- انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983، ص 706.

50- وفي هذا الصدد يقول الشوكاني "إن معرفة الوطاء المحقق متعسرة، فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الإحتياط". انظر الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 297.

الحديثة⁽⁵¹⁾. صحيح أن المادة 41 السابقة من قانون الأسرة تتكلم عن تعليق ثبوت النسب بالدخول، ولكن الوسائل الحديثة للحمل والفقہ الإسلامي المعاصر لا يشترطان بحال ضرورة الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه. فالعبرة إذن بحمل المرأة من مني الأب ذاته بصرف النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك⁽⁵²⁾.

وعلى هدي المبادئ الشرعية السابقة سار المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة، بحيث قد أضاف المادة 45 مكرر التي نصت صراحة في فقرتها الأولى بشرعية التلقيح الاصطناعي⁽⁵³⁾، وذلك بقولها "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي". غيد أن المشرع لم يترك تطبيق هذه الوسيلة الحديثة للإنجاب حسب الأهواء والميول، بل علقها على عدة شروط وهي: أن يكون الزواج شرعياً؛ أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛ أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

ولكن، إذا كان هذا هو موقف الفقہ الإسلامي والتشريع الجزائري من مسألة التلقيح الاصطناعي الداخلي في صورته الأولى وما عولمتها إلا لرفع الحرج عن كل من الزوجين الذي يعد أمراً واجباً هنا، يا ترى فما هو موقفهما بشأن عملية التلقيح الاصطناعي في صورتها الثانية والمتمثلة في تلقيح الزوجة بماء غير زوجها أو بماء مشترك بين الزوج وغيره؟

51- انظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 96.

52 - وفي هذا يقول الأستاذ تشوار ~ ولذلك فإننا ندهش هنا حقاً أن التشريع الجزائري، باعتباره تشريع حديث النشأة، لم يتعرض إلى ثبوت النسب الشرعي إلا بالنسبة للولد الذي اتصل والداه جنسيا وترك كافة الحالات الأخرى مسكوتاً عنها ~ انظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 96 وما بعدها.

53 - وحتى قبل هذا التعديل، نصت الفقرة الثامنة من المادة الثالثة من القرار رقم 39 الصادر عن وزارة الصحة والسكن في 04 سبتمبر 1994 والمتضمن إنشاء مركز التنظيم العائلي ~ على إنشاء مركزا للإنجاب عن طريق المساعدة الطبية على مستوى المراكز الاستشفائية الجامعية من أجل القضاء على العقم في الجزائر .

إذا شرعت إباحة الصورة الأولى من التلقيح الاصطناعي لأسباب ومقاصد معقولة ومفهومة، غير أنه من الوهم تأييد عملية تلقيح الزوجة بماء غير زوجها أو بما مشترك بين الزوج وغيره، إذ لم يقل به أحد في الفقه الإسلامي، ولم يعتنقه أي تشريع من التشريعات الإسلامية. ففي هذه الحالة، لا يمكن القول بأن عدم عولمتها وعدم بها تشريعيا فيه مساسا بحق الشخص في الإنجاب، حيث أن هذه الصورة من التلقيح، بما أنها تندمج في المسائل الماسة بمصالح المجتمع، فهي في حد ذاتها إجراء محظور شرعا وتشريعيا، وللدلالة على ذلك يمكن التمسك بعدة أدلة، منها خاصة :

إذا كان هذا التلقيح بمختلف أنواعه يعد منبعا لخلط الأنساب، حيث سينسب بموجبه المولود تارة لزوج وما هو بأبيه البيولوجي، وتارة لزوج قد شاركه الغير في حمل الزوجة، علما أن الله سبحانه وتعالى يقول «أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله»⁽⁵⁴⁾ ؛ وكذلك لإحداث الفساد في النظام الأسري، ومن ثم في النظام الاجتماعي، لأن الشر في الإطلاق، لأن إشباع الأهواء يعد أحيانا مصدرا لاختلاط المسائل واضطراب الأمور واستعصاء المشاكل.

وكما أن هذه الصورة من التلقيح لا تخرج عن الزنا بمفهومها العام غير الضيق، لأنهما يؤديا إلى تحقيق هدف واحد وهو وضع ماء رجل أجنبي قصدا في امرأة غير مرتبطتين بعقد القران⁽⁵⁵⁾ .

أضف إلى ذلك أن هناك تشابه كبير بين عملية التلقيح هذه ونكاح الاستبضاع الذي كان سائدا في الجاهلية وحرمة الإسلام⁽⁵⁶⁾ ، حيث عن عروة عن عائشة رضي الله عنهما أخبرته " أن في الجاهلية كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت في طمئتها: أرسلني إلى فلان

54- انظر، سورة الأحزاب، الآية 5.

55 - انظر، الشيخ الإمام محمود شلتوت، المرجع السابق، ص328؛ جاد الحق علي جاد الحق، المرجع السابق ج9، ص. 3213.

56 - انظر، زياد صبحي ذيب، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، رسالة الماجستير، الجامعة الأردنية، 1993، ص.91.

فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبدا حتى يبين حملها من ذلك الرجل التي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب. فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم⁽⁵⁷⁾.

وفوق هذا وذاك، كما يقول الأستاذ القرضاوي، فإن السر الشرعي من منع التبني والزنا هو حفظ الأنساب من أن تختلط⁽⁵⁸⁾. وعلى ذلك فالعبرة إذن بحفظ الأنساب، وهذا لا يتحقق بتاتا عند اللجوء إلى هذا النوع من التلقيح، حيث إذا كان الولد المتبنى معروفا النسب أحيانا، فذلك ما لا نجده في حالة التلقيح الذي يتطلب إدخال عنصر غريب في النسب.

لكن، يلاحظ من جانب آخر أن تأكيد حفظ اختلاط الأنساب يستخلص كذلك من الموقف العام للمشرع الجزائري نحو هذه الصورة من التلقيح، حيث نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة على أن من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب.

وإذا جاز استخلاص نتيجة من الشرح الذي سبق، فإن هذه النتيجة هي أن هذه الصورة من التلقيح بنوعيتها لا تجد لها في الشرع الإسلامي ولا في التشريع الجزائري أساسا شرعيا ولا قانونيا يحتم إقراره، وأنه ليس فيما عرض من آراء غربية وشروط وهمية لتبريرها ما يكفي تمدها بمثل هذه الأساس، فتبقى الصورة في حقيقتها ذات غاية شخصية متعارضة مع المصالح العامة ومع المبادئ التي بني عليها النكاح وكيان الأسرة، كالمحافظة على النسل ورعاية بقائه.

لكن، إذا كانت عولمة الأخذ بالتلقيح الاصطناعي الداخلي تتماشى والمقاصد العليا للكائن البشري، ذلك ما يثبت حق الشخص في الإنجاب، إلا أنه يحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت عولمة علاج العقم بالتلقيح الاصطناعي الخارجي تحقق نفس الغرض؟

57. انظر، البيهقي، السنن الكبرى، دار المعرفة، بيروت، ج 7، ص 110.

58. انظر، د./ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 126 وما بعدها.

يلاحظ في بداية الأمر، أن الفقه الإسلامي المعاصر فرق في إطار التلقيح الاصطناعي الخارجي بين عملية التلقيح التي تتم بماء الزوج وبويضة الزوجة، وعملية التلقيح التي تتم باستعارة الرحم وبكل ما في حكمها.

والواقع، إن عجز أعداد كثيرة من النساء تحقيق حمل بطريقة طبيعية بسبب مرض فيهن أو في أزواجهن دفع، كما قلنا أعلاه، إلى تطور علم تكوين الأجنة، حيث تطلع المختصون عن أداة أخرى غير الوسائل الطبيعية لإحداث ذلك، وهذه الأداة تتمثل في التخصيب الأنبوبي الخارجي.

وإذا كانت أسباب العقم متعددة ومتشعبة، غير أنها لما تكون مستعصية كانسداد البوقين الناقلين للبويضة أو وجود أضداد في الوسائل المهبلية وغيرها⁽⁵⁹⁾، فإن اللجوء إلى التخصيب الأنبوبي الخارجي يصبح الأمل الوحيد للأزواج المعنيين بهذا التلقيح للحصول على طفل مرغوب فيه⁽⁶⁰⁾.

وتبعا لهذه المعطيات والحقائق الطبية، استطع العلم الحديث حل هذه المشكلة على أساس أن تؤخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة صاحبة البويضة، ومع ذلك، إزاء هذا الاكتشاف البيوطبي، فينبغي معرفة ما هو الحكم الشرعي والتشريعي منه؟

59- كضعف الحيوانات المنوية، أو نفور سوائل عنق الرحم اللعابية وأسباب غامضة أخرى.
60- في الواقع، فإننا لا نريد الدخول في تفاصيل هذا الاكتشاف البيولوجي، فإن ذلك يتعد مجال هذه الدراسة، ولذلك فإننا نكتفي بالقول أن كل ما في الأمر أن هذه العملية من التلقيح تتم بالطريقة التالية " أن بويضات ناضجة تؤخذ من المبيض بعد تنشيطه بواسطة إبر أو حقن هرمونية، وتوضع في أنبوب خاص يحتوي على سائل فسيولوجي مناسب، ثم تضاف إليها حويصلات منوية طازجة، وتترك حتى يحصل التخصيب. وعندما تصبح الزيجوت (النطفة الأمشاج) ثنائية الخلية أو رباعيتها تنقل البويضات الملحقة عن طريق المهبل إلى داخل الرحم للعلوق ". انظر، تاج الدين محمود الجاعوني، الإنسان، هذا الكائن العجيب، ج. 2، دار عمار، عمان، 1993، ص. 145.

لقد ثار هذا السؤال في الفقه الإسلامي المعاصر، واختلفت آراء الفقهاء بشأن الحل الواجب الاتباع. فبعضهم يقولون بعدم جواز إجراء هذه الصورة من التلقيح⁽⁶¹⁾ بدليل من جهة، أن طفل الأنبوب ما هو إلا تجربة علمية ظنية، إذ لا يمكن القطع معها بحمل المرأة وإنجابها⁽⁶²⁾، من جهة أخرى، أن قاعدة سد الذرائع في الإسلام تفرض منع طفل الأنبوب، وذلك نظراً لما تحتاجه هذه العملية من الكشف عن عورة المرأة وتصويب النظر إلى مواطن الفتنة⁽⁶³⁾، ومن جهة ثالثة، فإن هذه الطريقة لا تخلوا من المخاطر خاصة تلك المتعلقة بارتكاب الخطأ في البويضات وفي الحيوانات المنوية، مما قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب⁽⁶⁴⁾.

في حين يرى البعض الآخر أن العملية تعد في حد ذاتها جائزة وليس هناك ما يحظرها إذا تمت وفقاً لبعض الشروط والضوابط الشرعية⁽⁶⁵⁾، واستدلوا بالأدلة الآتية: أن من أهم أغراض الزواج في الإسلام حفظ النوع الإنساني، والتوالد يتحقق من اجتماع الزوجين على أي وجه، وهذا يتم كذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي الخارجي فما دام الغاية منه الإنسال المنظم⁽⁶⁶⁾، وأن النكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول⁽⁶⁷⁾، فيكون جائزاً إذا تم

61- انظر، الإمام عبد الحليم محمود، الفتاوى، دار المعارف، مصر، ج 2، ص. 246؛ محمد إبراهيم شقرة، طفل الأنبوب، مجلة البعث الإسلامي، 1984، عدد 5، ص 91.

62- انظر، محمد إبراهيم شقرة، المرجع السابق، ص 91.

63- انظر، محمد إبراهيم شقرة، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

64- انظر، رجب بيوض التميمي، أطفال الأنبوب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1987، عدد 3، ج 1، ص 486.

65- انظر، د. / وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 3، ص 559؛ الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، المرجع السابق، ج 9، ص 3213 - 3214؛ د. / عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، ط. أولى، مؤسسة الرسالة، 1993، ج 10، ص 391.

66- د. / أحمد عمرو الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، ط. أولى، دار الفرقان، 1994، ص. 15؛ جاد الحق علي جاد الحق، المرجع السابق، ج 9، ص. 3221 عبد العزيز خياط،

حكم العقم في الإسلام، وزارة الأوقاف والشؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، 1981، ص 28.

67- انظر، الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 2، ص 396 وما بعدها.

برضى الزوجين؛ وزيادة على ذلك أن التداوي أمر مباح شرعا وما التلقيح بهذه الطريقة إلا صورة من صور التداوي وعلاج العقم⁽⁶⁸⁾.

والرأي الراجح في الفقه الإسلامي الحديث يتجه إلى تأييد هذا الاتجاه الأخير⁽⁶⁹⁾، ومن يقضي بإباحة إجراء هذا النوع من التلقيح، حيث أن ما استدل به الرأي الأول غير مبني على أدلة شرعية قطعية، بل كلها عرضة للنقد، إذ بادئ ذي بدء أن مما لاشك فيه هو أن الإختصاب الأنبوبي أضحي حقيقة علمية ناجعة تمارس وفق ضوابط ببيوطبية دقيقة، وأن استمرار الحمل هنا لا يختلف عما هو عليه في التلقيح الطبيعي. كما أن الاستدلال بقاعدة سد الذرائع في مسألة كهذه ليس في محله، أن الإختصاب الأنبوبي بهذه الصورة لا يعد وسيلة مؤدية للحرام بقدر ما هو طريقة لعرض مشروع ألا وهو النسل وبقائه، حيث أنه شرعا فالمحافظة على الضروري (النسل) مقدم على المحافظة على التحسيني (كشف العورة)، وإذا تعارضا فإنه يقدم الضروري⁽⁷⁰⁾.

وهذا ما أكده العلماء المسلمون عقب الدورة السابعة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، حيث أوضحوا في قرارهم الخامس بجواز هذه العملية من التلقيح⁽⁷¹⁾، وبهذا أخذ مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽⁷²⁾.

68 - انظر، بدر المتولي عبد الباسط، الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، 1983، ص. 168.

69 - وفي هذا السياق، يرى فضيلة الإمام الشيخ محمود شلتوت أن "بالنسبة لحكم الشريعة في التلقيح الصناعي الإنساني. أنه إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لنظم المجتمعات الإنسانية الفاضلة، وكان عملا مشروعاً لا لإثم فيه ولا حرج. وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سبيلا للحصول على ولد شرعي يذكر به والديه وبه تمتد حياتهما وتكمل سعادتهما النفسية والاجتماعية، فيطمئنان على دوام العشرة وبقاء المودة بينهما". انظر، الشيخ محمود شلتوت، الفتاوى، دار الشروق، القاهرة، 1980. 54 وما بعدها.

70 - انظر، محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص. 98-99.

71 - انظر، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة السابعة والثامنة، طبع رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1408 هـ، -143-142 و156-157.

72 - انظر، قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 3، ص. 515.

وانصب الاتفاق المقرر لهذه الطريقة على أنها لا تكتسي الصبغة الشرعية إلا إذا تمت ضمن ضوابط معينة، أي إلا إذا استوفت عدة شروط وهي : أن يتم التلقيح حال قيام الزوجية وبرضى الزوجين؛ وأن تدعو الضرورة القصوى لإجراء هذه العملية بناء على أن المرافقة الطبيعية باءت بالفشل، مما تؤكد بمقتضاها عجز الزوجة على الحمل؛ وأن يتم الاحتياط في حفظ البويضة الملقحة حتى لا تختلط بغيرها من البويضات الملقحة، بل يجب أن توجد ضمانات أولية لنقل ماء الرجل وبويضات المرأة حفاظا للأنساب؛ وأن القيام بهذه العملية يعهد إلى لجنة طبية موثوقة علميا وشرعيا تابعة لمؤسسة رسمية غير ربحية، مما يتطلب استصدار قانون ينظم هذه الوسيلة للإنجاب حفاظا للأنساب ورادعا كل يخرق أحكامه⁽⁷³⁾.

وأما من يقلب النظر في القانون الجزائري، يستطيع أن يلاحظ أنه المادة 45 مكرر سألقة الذكر تبيح مثل هذه العملية وفقا للشروط التي سبق ذكرها.

وخلاصة الكلام فإنه ما من شك أن عولمة هذه الوسيلة جاءت متماشية مع المبادئ العامة للنسب ومع أحد الأغراض الأساسية التي تسعى إليها الشريعة الإسلامية ونقصد بذلك القضاء على كافة أسباب العقم حفاظا للنسل وبقائه، وذلك ما سيقدر بكل تأكيد حق الشخص في الإنجاب. فإذا كان هذا هو حكم التلقيح في هذه الصورة، هل عين الحكم يخضع له استئجار الرحم؟

على ضوء الاكتشافات الطبية والبيولوجية المعاصرة، يمكن إدخال في ساحة التخصيب الاصطناعي وسائل أخرى تتمثل في استئجار الرحم، وهي عملية إجراء تلقيح خارجي في وعاء اختيار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة مستأجرة فتتطوع بحملها لقاء مقابل⁽⁷⁴⁾، ومنها أيضا إتمام تلقيح خارجي بين بويضة المرأة المستعارة وماء الزوج مع زرع بعد ذلك اللقيحة في رحم هذه المرأة.

73 - انظر، أحمد عمرو الجابري، المرجع السابق، ط. أولى، دار الفرقان، 1994، ص 115 وما بعدها؛ بدر المتولي عبد الباسط، المرجع السابق، ص 168 وما بعدها.
74 - وعالبا ما تتم هذه العملية حينما تكون الزوجة غير قادرة على الحمل بسبب رحمها حيث أن مبيضاها سليم ومنتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترهها. انظر، د. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ط. أولى، مكتبة الرشيد، الرياض، 1986، ص. 266.

والثابت أن التلقيح الاصطناعي الخارجي في صورتيه السابقتين محظور شرعا، وهذا ما أفتى به المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة⁽⁷⁵⁾، وبه أخذ به رواد الفقه الإسلامي⁽⁷⁶⁾، وقد عللوا رأيهم هذا بالأدلة التالية: أن هذه العملية تؤدي لا محلة إلى اختلاط الأنساب من جهة الأم، علما أن كل ما يؤدي إلى ذلك محرم شرعا، قياسا على الزنى والتبني؛ وكما أن استئجار الرحم منبعا مفسدا لمعنى الأمومة، حيث أن صاحبة الرحم ما هي إلا حاضنة للقيحة، فتحمل وتلد وتتألم ثم تترك المولود لصاحبة البويضة⁽⁷⁷⁾، علما أن رابطة المولود بأمه تكون من ناحيتين، أولهما رابطة التكوين والوراثة منبعا البويضة، وثانيتها رابطة الحمل والولادة منبعا الرحم⁽⁷⁸⁾، وهذه الرابطة منقطعة في هذا التلقيح؛ وأخيرا، أن هذه العملية بصورتها تؤديان إلى كشف عورة المرأة مؤجرة الرحم، وهي غير مريضة، وهو أمر محظور⁽⁷⁹⁾.

وفوق كل ذلك، يترتب لاحقا على هذا النوع من التلقيح آثار وخيمة على التكوين الاجتماعي والنفسي للطفل، خاصة إذا علم أنه حملته امرأة أجنبية ولا الأم الذي قامت بتربيته. وللعلم، ولما كان للنسب أهمية عظمى في نظر القانون الدولي فنصت المادة 7 من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أن للطفل الحق، في نطاق الممكن، في معرفة والديه وأن تتم تربيته من طرفهما.

75 - انظر، المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، مكة المكرمة، ص 156 .

76 - انظر، الشيخ علي الطنطاوي، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الإسلامية، ص. 488؛، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، التلقيح الاصطناعي، وأطفال الأنابيب، والرأي الشرعي فيهما، المرجع السابق، ص. 28، د./ يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة المسلمة، ط. أولى، دار الضياء للنشر والتوزيع، 1988، ص. 154 - 155.

77 - انظر، د./ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ط. أولى، دار الضياء للنشر والتوزيع، 1988، ص. 154 - 155.

78 - وفي هذا يقول د./ بكر بن عبد الله أبو زيد " وحكم التحريم لاختلال رحم الزوجية الذي هو من دعائم الهيئة الشرعية المحصلة للأبوة والأمومة ". انظر، / بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ج 1، ص. 268.

79 - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 28.

وعلى العموم، فهذا النوع من التلقيح يضحى بالزوجين وبوحدتهما الأخلاقية في سبيل الوظيفة التناسلية. وهذا ما لم يقل به القانون الجزائري⁽⁸⁰⁾، وما عولمته إلا تهددا لوحدة واستقرار الأسرة ومنبعا للفتنة وللانشقاق وللظلم في كل الحياة الاجتماعية. ولذلك يجب القضاء على كل الوسائل والعوامل المؤدية إلى هذه النتيجة الوخيمة التي لا يحمد واقعها عقباها. وذلك كله يؤدي بنا إلى القول أن حرمان الشخص من استعمال هذه الوسيلة من الحمل لا يعتبر إجحافا في حقوقه، بل صيانة لها وحماية لحقوق الطفل، خاصة إذا علمنا أنه في بعض الحالات قد قررت مؤجرة الرحم الاحتفاظ بالطفل، وإن هذا الأخير كان في حالات ثانية طفل زوج مؤجرة الرحم، وفي حالات ثالثة أن الأم البديلة (La mère porteuse) وكذا الزوجين رفضوا أخذ الطفل لأنه ولد مشوها.⁽⁸¹⁾

وفي هذا السياق، يحق لنا، أمام نجاح عمليات التلقيح الاصطناعي المتشعبة والمتعددة، أن نتساءل إذا كان بإمكان إجراء عملية التلقيح بعد وفاة الزوج؟ هل يثبت النسب الشرعي بها؟ أم هل العبرة بحمل المرأة أثناء قيام الرابطة الزوجية؟ ومدى تأثير عولمة هذه الوسيلة على حق الشخص في الإنجاب؟

في الواقع، أن عملية تلقيح الزوجة بعد وفاة الزوج لا يمكن تصورها إلا بعد الاحتفاظ بماء الزوج في بنك المنى ما لم يكن هنالك جنين مجمد للزوجين، وأنه سيتم غرس اللقحة أو الجنين في رحم الزوجة بعد وفاة زوجها.

وعلى هذا تبرز أهمية الإجابة على تلك التساؤلات، ومع ذلك فيلاحظ أن الآراء الفقهية قد اختلفت في حكم هذه الصور، فمنهم من قال بمنع هذا التلقيح ودليلهم في ذلك أن

80 - إذ أن الفقرة الخامسة من المادة 45 مكرر نصت على منعه، وذلك بقولها "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

81 - انظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 110 - 111.

العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة⁽⁸²⁾. ومن ثم، فإتمام التلقيح بنطفة من غير الزوج، فهي نطفة محرمة شرعا⁽⁸³⁾.

بينما ذهب عدد قليل من الفقهاء إلى الاعتراف بهذه العملية، وذلك على أساس الجواز مع عدم الاستحسان، فقالوا، خلافا للرأي الأول، بأنه ليس هناك ما يمنعها، لأن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها، وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء، ورجلان أو رجل وامرأتان عند أبي حنيفة، فإن الولد يثبت نسبه، ولأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة⁽⁸⁴⁾.

ولكن هذا التفسير لا يمكن قبوله نظرا لما ينطوي عليه من حل معيب إذ يجعل استمرارية العلاقة الزوجية حتى بعد وفاة الزوج في مسألة جد خطيرة ألا وهي النسب، أي العمود الفقري الذي ترتكز عليه الأسرة المسلمة.

وأما في الميدان القانوني، لا محل للتصور بأن النصوص التشريعية الجزائرية قد حددت حدود الرأي القائل بإباحة هذه العملية أو أن في أحكامها ثغرات حتى يكون للاجتهاد أن يتوسع في التفسير سدا للثغرات، بل هي واضحة وتعتبر تلك العملية انحرافا وتصرفا لا يدخل بتاتا في باب التداوي والعلاج المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر باشتراطها على أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين⁽⁸⁵⁾. وطبقا لهذه المبادئ

82- انظر، مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 30؛ د./ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ج1، ص 267.

83- وفي هذا يقول الشيخ مصطفى الزرقا إن هذه الصورة محتملة الوقوع، ومن الواضح أن الإقدام عليها غير جائز شرعا لعدم قيا الزوجية. انظر، مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 31. وعلى هدى هذا الرأي سارت اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن، حيث أقرت في إحدى توصياتها بأنه لا يجوز، ولا بأي حال من الأحوال، استخدام مني الزوج المتوفى لتلقيح بويضة زوجته السابقة سواء أكان تلقيحا داخليا أم خارجيا؛ لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية. انظر، د./ أحمد عمرو الجابري، المرجع السابق، ط. أولى، دار الفرقان، 1994، ص 119.

84- انظر، عبد العزيز الخياطن المرجع السابق، ص 31.

85- وكذلك من المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992.

القانونية فلا عجب أن يكون التلقيح بهذه الصورة مصدرا للنسب غير الشرعي، لأن العملية قد تمت بعد انقطاع الرابطة الزوجية.

وللدلالة أيضا، فإن هذا الحل يتماشى تماما مع أحكام الميراث التي نص عليها قانون الأسرة، فهو يستقيم مع القاعدة التي تقوم عليها أسباب الميراث، وهي القاعدة التي يجب تطبيقها في هذه الحالة، إذ تنص المادة 128 من قانون الأسرة على أنه "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة". ذلك مما يكون من حق الورثة الاعتراض على انتساب الطفل الذي يأتي نتيجة لهذه الصورة من التلقيح إلى الشخص المتوفى.

وعليه، فإن عولمة هذه الوسيلة تززع استقرار الأسرة، ولذلك فقد وسع المشرع الجزائري وسائل حماية الأسرة وقيد إرادة الزوجة في الإنجاب إذ أن النص التشريعي أصبح يتحدث عن وجود الحمل وقت الوفاة ولا بعدها. ذلك يعني بكل وضوح أنه لا يعترف قط بنسب الطفل إذا ولد بهذه الطريقة، مما يدفعنا إلى القول أن هذه الصورة من التلقيح محظورة في التشريع الجزائري، فالإنكار القانوني لهذا التلقيح يعد إنكارا مطلقا.

فإذا كان هذا شأن التلقيح في هذه الصورة، فهل يعقل أن يسمح للزوجين أن يختارا مسبقا جنس المولود؟ إذن، هناك وجه آخر للتساؤل الآن عما إذا كان، في ظل الشرع والتشريع، يحق للزوجين، بعد إجراء عملية الفرز بين الحيوانات المنوية الذكورية والأنثوية، أن تلقح الزوجة بالماء المنوية الذكورية إذا أرادت ذكرا أو بالماء المنوية الأنثوية إذا أرادت أنثى؟ فهل هذا التلقيح يعد صورة من الصور المحرمة والممنوعة تشريعا؟ أم أن موضع هذا التلقيح لا يغير شيئا من إباحة التخصيب لمثل هذا الصنف من الزوجين؟

فمن الناحية الشرعية، يجدر التنويه في هذا الصدد بأنه يمنع منعاً باتاً الفصل بين الحيوانات المنوية لمحاولة إمالة ميزان الذرية من جنس لآخر، أي القيام بتحديد جنس الطفل المرغوب فيه بمزج الحيوانات الذكورية المفصولة وحدها ببويضات المرأة إذا كان يراد ذكرا، أو بمزج الحيوانات الأنثوية المفصولة وحدها ببويضات المرأة إذا كان يراد أنثى.

أما في الجزائر التي تعتبر بمقتضى المادة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها أن الهدف المسطر في مجال الصحة يرمي إلى توفير العلاج الذي يتماشى وحاجيات السكان، وبمقتضى المادة 67 من ذات القانون أن الأسرة تستفيد من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها وتوازنهم النفسي العاطفي، ففي اعتقادنا أن هذه الصورة من التلقيح ينكرها أصلا تشريعنا⁽⁸⁶⁾.

ب - آثار عولمة الاستنساخ البشري على الأسرة

وفي إطار وسائل الإنجاب، يحق لنا أن نتساءل عن التوالد عن طريق الاستنساخ البشري، ما هو حكمه؟ وما هي آثاره في حالة عولمة الاعتراف به؟ فهذا النوع من الإنجاب فهو محرم من الناحية الشرعية، وهذا ما استقر عليه الفقه الإسلامي المعاصر، وذلك أن الجميع على بيينة من الظلم الواقع على الطبيعة، وعلى الخراب الذي سيسببه هذا الاكتشاف في الهندسة الوراثية. فهو يخرق الضوابط الأخلاقية التي تبني عليها الأمومة والأبوة، ويؤدي إلى اختلاط الأنساب، وكما أنه يوقع في إشكالات شرعية عديدة من نحو علاقة الأخوة وقضايا الزواج والميراث، الخ.

ومن هنا تقتضي مصلحة الأسرة حظر الطبيب من القيام بهذه الصورة من التلقيح ذات الصبغة السلبية من حيث آثارها على المجتمع، فلا يمكن استخدام علمه فيما يضر به الإنسانية جمعاء.

ويرى فضيلة الأستاذ محمد سعيد رمضان البوطي⁽⁸⁷⁾ أن الاستنساخ هو لون من ألوان التلاعب بهندسة الجينات ومعايير المورثات ومن المعلوم أن القرآن الكريم نبه إلى أن البيئة

86 - وفي هذا تنص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 92 - 272 المؤرخ في 6 جويلية 1992 والمتضمن قانون أخلاقيات الطب على أن الطبيب هو في خدمة الشخص والصحة العامة، ومن ثم فيمارس مهامه في إطار احترام حياة الشخص .

87 - انظر، د. / محمد سعيد رمضان البوطي، رأي حول الاستنساخ، جريدة الثورة، عدد 10245.

المناخية والاجتماعية والوراثية مركبة تركيباً كيميائياً وإحيائياً دقيقاً وأنه لا يجوز للإنسان التلاعب بمعاييرها فالله سبحانه يقول "وخلق كل شيء فقدره تقديراً"⁽⁸⁸⁾ ويقول أيضاً "إن كل شيء خلقناه بقدر"⁽⁸⁹⁾ ثم يقول ناهياً عن التلاعب بهذه المعايير "ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها".

وأما من زاوية القانون، فإن المصدر الحاسم لمنع هذه الوسيلة للتخصيب يمكن استنتاجه من جهة من النصوص المنظمة للتلقيح الاصطناعي التي نصت على أن الحمل لا يتم إلا بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، ومن ثم فالحمل عن طريق الاستنساخ غير مقرر تشريعاً، وكذلك من المرسوم رقم 92 - 276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 والمتضمن قانون أخلاقيات الطب، والذي ينص صراحة في مادته السادسة فقرة ثانية على أنه يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان⁽⁹⁰⁾.

فثمة أسباب واعتبارات خاصة تدفع دوماً إلى الاعتراض على الاستنساخ الجيني على البشر، فنرى على غرار ما ذهب إليه غالبية الفقهاء، أن خلق الله تعالى للناس متمايزين، كما خلق الله للكون كله أزواجاً، وجعل سبحانه وتعالى الأسرة هي التي تنقل الدين والقيم والحرام، الخ...، أي أن هي الخلية الأولى للمجتمع الطاهر.

واضح مما سلف أن الأمر في بدايته يتعلق بعدم احترام التمايز بين الناس الذي جعل الله به لكل كائن بشري "شخصيته المستقلة على أساسها يخاطب ويحاسب ويثاب ويعاقب ويتحمل المسؤولية في الدنيا والآخرة"⁽⁹¹⁾. وعليه إذا خلق الله سبحانه وتعالى الناس متمايزين⁽⁹²⁾، فإنه لا يجوز تغيير خلق الله إذ أنه مناف لقوله تعالى: (فطرت الله التي

88 - سورة الفرقان، الآية 2.

89 - سورة القمر، الآية 49.

90 - انظر كذلك المادة 35 من هذا المرسوم.

91 - انظر، د. / يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 31.

92 - ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فأخرجنا به ثمرات مختلفاً ألوانها ومن الجبال جدد بيض وحمر مختلف ألوانها وغرابيب سود. ومن الناس والدواب والأنعام مختلف ألوانه كذلك... • القرآن الكريم، سورة فاطر، الآيتين 28 و 27.

فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم (93) وإلا فإن هذا الأمر سيكون له تداعبات خطيرة لا حدود لها إذ سيتمثل باباً من الفتنة والشّر، ولهذا يجب أن يغلق لأن فيه تمرداً على خلق الله..

ويلاحظ من ناحية ثانية أن الاستنساخ يخرف مبدأ الزوجية في الكون وفي الحياة، وهو أمر مناف للفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها إذ قال تعالى (وخلقناكم أزواجاً) (94)، كما قال سبحانه وتعالى (ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون) (95). ولهذا المبدأ قيمته ولاشك، فالحكمة من الزواج تتجلى في أنه، من جهة، أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد وتكثير النسل، واستمرار الحياة مع المحافظة على الأنساب، ومن جهة أخرى، سكن نفساني من جانب الفرد، وسبيل مودة ورحمة بين الرجل والمرأة: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة) (96). ولكل ذلك، فالقضاء على الاستنساخ سيلقى منا كل تأييد، فهو يتماشى مع الحكمة التي من أجلها وضعت العلاقة الزوجية. (97)

ومن الآثار السلبية نجد كذلك أن الاستنساخ يؤدي إلى هدم التوازن البشري داخل المجتمع، ومن ثم إلى فساد الأرض (98)، حيث كيف يمكن للمجتمع أن يؤمن احتياجاته؟ وكيف يعرف الزوج زوجه؟ فحالة كهذه ستسود فيها قيم تتنافى وتتعارض مع كل ما هو أخلاقي وخير، بل عودة إلى الجاهلية الأولى، إذ ستزني الزوجة في الواقع وما هي بزانية في الظاهر.

93- قرآن كريم، سورة الروم، الآية 30.

94- قرآن كريم، سورة النبأ، الآية 8.

95- قرآن كريم، سورة النذاريات، الآية 49.

96- قرآن كريم، سورة الروم، الآية 21.

97- انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط. الدار الجامعية، 1983، ص 53.

98- علما أن هذا الاختلاف بين البشر - من حيث اللون، والجنس، والفكر، الخ- فهو نعمة أنعمها الله بها عباده مصدقا لقوله سبحانه وتعالى "ومن آياته خلق السماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم إن في ذلك لآيات للعالمين". سورة الروم، الآية 22.

فالاستنساخ يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية والقيم السامية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة. وفوق هذا وذاك، فإنه يوقع في إشكالات شرعية عديدة من نحو علاقة الأخوة وقضايا الزواج والميراث ونحوها.

ويلاحظ من جهة ثالثة، أن فتح الباب للاستنساخ سيؤدي إلى اختلاط الأنساب لعدم مراعاة الضوابط التي تقوم عليها الروابط الأسرية والنسبية. ومع العلم فمسألة النسل قد جعلها الإسلام إحدى الكليات الخمس التي يجب الحفاظ عليها، حيث وضع حولها سياجاً يمنع أي عدوان عليها، بل وأكثر من ذلك، فالاستنساخ يهدم في آن واحد أربع كليات أساسية إذ أنه يتعلق بكلية النفس ووجود الإنسان، ويتبع ذلك العقل ثم النسل ثم الدين، لأن الدين لا يعرف إلا من خلال العقل⁽⁹⁹⁾.

حيث إذا كان الطفل المستنسخ هو صورة طبقاً للشخص الذي أخذت منه الخلية، محل الاستنساخ، فما هو موقفه النسبي؟ هل يعد ابناً لهذا الرجل؟ شقيقاً؟ ما هو حكم الشرع فيه؟ ما هي علاقته بزوجة الشخص⁽¹⁰⁰⁾؟ أهو ابناً لها؟ أم لا علاقة له بها، ومن ثم أجنبي عنها مما يباح الزواج بينهما؟ وبالمقابل، لو كان الاستنساخ من الزوجة، فالبنت المستنسخة هي نسخة وراثية طبق الأصل من الزوجة، فهل ستعتبر ابنة للزوج أو شقيقة زوجته؟ وهل تدخل في دائرة النساء المحرمات عليه زواجهن؟ ما هو المركز القانوني للطفل في حالة الزواج بشأن الولاية؟ وفي حالة فك الرابطة الزوجية بالطلاق، لمن يؤول حق الحضانة، وعلى أي أساس؟ وما هو الموقف النفسي لهذا الطفل حينما يعلم أنه عديم الأب أو عديم الأم؟

99- انظر، د. / نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص 23.

100- حيث أن الزوجة التي أنجبت ولداً من خلية جسدية من الزوج تلد ولداً ليس لها علاقة به من الناحية الوراثية وينتمي تماماً من هذه الناحية إلى الزوج، فدورها أصبح مجرد وعاء لإنجاب جنين لا ينتمي عليها على الإطلاق من الناحية الوراثية.

وما يجب ملاحظته هو أننا دخلنا بسبب هذه الطريقة للإنجاب في محظورات شرعية وقانونية وأخلاقية وإنسانية واجتماعية لا حصر لها، بل إلى إهدار أحد حقوق الإنسان الأساسية والمتمثل في انعدام رابطة الدم، حيث قد يكون دور الزوج في عملية الحمل منعدا إذا كانت الزوجة تسعى لإنجاب نسخة طبق الأصل منها، ولهذا أين روابط الدم والصفات المشتركة التي تجمع بين الأخوة ؟

وينجم عن هدم رابطة الدم أن يحول دون التقسيم العادل للميراث داخل الأسرة، وما هذا إلا مساس بأحد الحقوق الأساسية للإنسان التي بنيت عليها الأسرة المسلمة، إذ كيف يمكن تقسيم التركة تقسيما عادلا إذا توفي الزوج وكان أحد الولدين الذي أنجبته زوجته مستنساخا منها والآخر من الزوج المتوفى ؟ بل أكثر من ذلك هل يجوز توريث الولد الأول من شخص لا ينتمي إليه وراثيا بتاتا ؟

ومما لا شك فيه أن بهذا التجريب العلمي على الإنسان المؤدي إلى إنتاج طفل كما لو كان سلعة تجارية⁽¹⁰¹⁾، فإننا لا نحترم بذلك كرامته كمخلوق وننزله عن العرش الذي وضعه الله فيه ليجعل منه مادة مخبرية، ونعتبره مجموعة خلايا نخضها لتجارب مختلفة لنحصل على نتائج ما أنزل الله بها من سلطان، وما ذلك إلا لأن الإنسان ليس شيئا وإنما يولد البشر ثمرة الحب الروحي للأبوين⁽¹⁰²⁾.

وخلاصة الكلام، يمكن القول بصفة مؤكدة بضرورة العمل على الوقوف ضد هذه الظاهرة والتخلص منها نهائياً، ويجد هذا القول، كما سبقت الإشارة إليه، في اعتبارات الدين وصيانة الكائن البشري من الانحراف. لأن لكل طفل الحق في أن يولد في أسرة

101 - حيث أن استنساخ البشر من أكثر من نسخة، أو جعل بعض النسخ قطاع غيار للنسخ الأخرى سيجعل من الكائن البشري سلعة تجارية تباع وتشتري، بل ستكون وسيلة للربح والمضاربة بالنسبة للشركات التجارية العملاقة التي لا يهملها إلا الحصول على الأموال الباهضة. انظر، هاني رزق، بيولوجيا الاستنساخ، الاستنساخ: جدل العلم والدين والأخلاق، المسلمون، 29 / 05 / 1997، ص 15.

102 - انظر، عبد المجيد مزيان، التصرف في الجينات وحق الإنسان في الكرامة في الفكر الإسلامي، حقوق الإنسان، التصرف في الجينات، المغرب، 1997، ص 140.

بشرية ثمرة حب وروحي بين رجل وامرأة. وعلى هذا النحو وحده يمكن للطفل أن يوطد علاقات وثيقة. ذلك المزيج من الحب والسلطة والتربية والأخلاق تتيح له أن ينضج ويصبح فردا شاعر بالمسئولية في مجتمع حر، أن إنسان كهذا لا يمكن لإنتاجه في مختبر⁽¹⁰³⁾. ولأن عولمة هذه الوسيلة للإنجاب ستؤدي إلى القضاء على دور الأسرة والأهداف الأساسية للعلاقة الزوجية، وعلى صيانة حقوق الإنسان الأسرية والمتمثلة في إنجاب الذرية، وتعمير الأرض، وابتعاد عصر الرجال، وزمن الزواج، وفتح أسواق بيع الأجنة والأرحام المؤجرة، وإمكانية حمل المرأة لجنينين كل واحد منهما من أصل مختلف، ووجود نساء يلدن أنفسهن. ولكن هل ينصب نفس الحكم على عملية إثبات النسب بمقتضى البصمات الوراثية، هل عولمة هذه الوسيلة فيه المساس بحقوق الإنسان الأسرية؟

ج - عولمة الأخذ بالبصمات الوراثية كوسيلة لثبوت النسب أو نفيه
نقول في بداية الأمر أن الشرع الإسلامي، ومن بعده القانون، لم يكن أبدا ضد العلم بل حرب الجهل وحث إلى العلم⁽¹⁰⁴⁾ الذي يخدم البشرية ويرقيها. ومن ثم، فالاكتشافات البيولوجية الكامنة في دور تحليل الدم والبصمات الوراثية في نطاق النسب يجب أن يكون لتطورها رباط من الفطرة، رباط يجعل له هدفا صالحا راشدا يتماشى مع طريق الفطرة السوية، رباط يمنع الانحراف والمساس بكيان الأسرة وحقوق أفرادها المقدسة. ولذلك، بعد طرح الإشكال الخاص بهذه المسألة (1)، سنبين بعد ذلك أهمية هذه الوسيلة ومدى دورها في حماية الأسرة، وذلك بعد تبيان موقف الشرع والتشريع منها(2).

103 - انظر، روكو بويتجليونى، استنساخ~ دوللي~ أكبر نقطة تحول في تاريخ البشرية، جريدة الشرق الأوسط، 1997/03/7، عدد 6683، ص. 15.

104 - مصدقا لقوله عز وجل ~ قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون، إنما يتذكر أولوا الألباب~، سورة الزمر، الآية 9.

1 - مدى شرعية وسيلة البصمة الوراثية لإثبات النسب أو نفيه

في الواقع، فالسؤال الذي يبتدر هو إلى أي مدى يمكن الأخذ بالنتائج المعاصرة لفحص الدم والبصمات الوراثية كدليل مؤكد على نفي النسب أو إثباته؟ وما هي سلطة القاضي في تفسير النصوص إذا أقر الخصم في النزاع بأن الأخذ بهذه الوسائل العلمية الحديثة كدليل لثبوت البنوة أمر يتجافى مع ما أقرته الأحكام الشرعية في هذا الصدد، بيد أن الطرف الآخر يرى أن عولمة هذه الوسيلة ما هي إلا سبيل محقق لحماية حقوق الإنسان الأسرية؟

وقبل الإجابة على هذه التساؤلات، يجدر بنا التنبيه إلى أن المتفق عليه فقها⁽¹⁰⁵⁾ أن للزوج الحق في طلب إجراء اللعان لنفي نسب الطفل التي جاءت به زوجته، وأن هذا الإجراء مشروط بعدة قيود، أهمها ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بالنسب. وهذا ما قضت به أيضا المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1997⁽¹⁰⁶⁾، وأكدت في قرارها الصادر في 20 أكتوبر 1998⁽¹⁰⁷⁾.

وعلى ما سبق يتضح لنا أنه متى أقر الزوج بالنسب ضمنا أو تصريحاً، فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك، لأنه عندما أقر به فقد ثبت، والنسب حق الولد لا يملك الزوج الرجوع عنه بالنفي⁽¹⁰⁸⁾. غير أنه إذا نفى نسبه عنه، ومن ثم متهم زوجته بالزنا، سيفصح المجال لإجراء الملاعة بينه وبين زوجته.

105 - انظر، د./ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 617 وما بعده.

106 - انظر، محكمة عليا، 28/10/1997، ملف رقم 172 379، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 70 - 72.

107 - انظر، محكمة عليا، 20/10/1998، ملف رقم 204821، المرجع السابق، ص. 82 - 84.

108 - انظر، د./ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوريين ج. 2، الطلاق وآثاره، ط. 5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979، ص. 185.

ومن هنا تجلت فرصة طرح الأسئلة الكامنة في معرفة ما إذا يمكن للقاضي أن يجرى الملاعة دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لإجراء فحص الدم أم البصمة. فإجراء الملاعة يتم للتفريق بين الزوجين، وإجراء تلك الفحوص يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا. ألا يمكن أن تكون المرأة حاملة بماء زوجها ومرتكبة بعد ذلك جريمة الزنا؟ ألا يعد اتهام الزوجة قذفاً ومساساً بشرفها وبحقوقها الأسرية؟

وتقتضي الإشارة هنا إلى أن الأثر الأساسي المترتب على اللعان بنفي الولد هو قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه⁽¹⁰⁹⁾. غير أن الحكم القاضي بهذا النفي لا يفهم منه مطلقاً أن الولد ليس ابناً للزوج، حيث من الممكن أن يكون ولده، غير أنه كذب بأيمانه أمام المحكمة من أجل نفي نسبه منه⁽¹¹⁰⁾. ويكفي أن نتساءل من أجل ذلك بما يلي: إلى أي مدى ينحني مبدأ نفي النسب باللعان أمام قيام حماية أخرى لا تقل أهمية، وهي في مسألتنا منح للزوجة الحق في طلب إجراء فحص الدم للتوصل إلى ما يفيد في كشف حقيقة النسب بطريقة لا تقبل الشك، علماً أن نفي النسب بطريق اللعان، كما قلنا، لا يقوم على اليقين بل على الظن؟

وثمة سؤال آخر يطرح نفسه علينا، ويساهم في الإجابة عما سبق، وهو: هل تسمح المبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية للجوء إلى الأخذ بتلك الوسائل في نطاق النسب؟

109- ولقد صرح الفقه الإسلامي بأن الولد الذي نفي نسبه باللعان لا يعتبر مجهول النسب، فلا يدعي لأحد غير الملاعن أن يدعي نسبه. وأن هذا الولد وأن نفي نسبه تبقى له بعض الأحكام بالنسبة لمن نفاه منها فإنه لا يحل لأحدهما إعطاء زكاته للأخر، ولا تقبل شهادة أحدهما للأخر، ولا يقتل الأب به قصاصاً إذا قتله، وتثبت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس. ولكن يكون أجنبياً في بعض الأحكام كالتوارث والنفقة. انظر، ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ج.3، ص129 د./ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.625.

110- انظر، د./ عبد الرحمان تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص.402.

2 - عولمة هذه الوسيلة ومدى تأثيرها على حماية الأسرة

قبل تبيان الدور الذي ستلعبه هذه الوسيلة في المجال الأسري، ينبغي التساؤل حول مدى تماشي فكرة الأخذ بهذه الطريقة العلمية المعاصرة في مجال النسب مع المبادئ الشرعية، وحول ما هو موقف القانون الجزائري منها؟

فمن ناحية الفقه الإسلامي، ثار هذا السؤال، ولكن من جانب آخر، حيث تجادل واختلفت آراءه بشأن ما أسماه بالقيافة التي يعني بها « تتبع الآثار ومعرفتها، وكذا النظر بفراسة في وجوه الشبه بين شخصين، لمعرفة أبينهما نسبة في البنوة أم لا »⁽¹¹¹⁾. فبعضه (جمهور الفقهاء⁽¹¹²⁾) يرى بجواز الأخذ بها⁽¹¹³⁾، حيث اعتبر القيافة علم سليم يقتضي الحكم به في الأنساب. وهذا ما أقره الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ روي عنه أنه صلى الله عليه رؤي مسرورا بسبب أن القائف رأى أن أسامة وزيد وعليهما قטיפعة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض، ومن ثم جعلت القيافة حدا للكلام الطاعنين في نسب أسامة لشدة بياضه وحمرة، وشدة سواد أبيه زيد⁽¹¹⁴⁾.

111 - انظر، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج.4، ص. 488؛ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإنبات الشرعية مع تبيان المذاهب الفقهية، 1985، ص.463.

112 - مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي. انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص252؛ ابن قدامة، المعني، ج 7، ص. 482؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص282 وما بعدها. حيث يرى هذا الاتجاه أنه يقتضي الحكم بالقيافة استنادا لقول عائشة - إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسرورا، تبرق أسارير وجهه، فقال : ألم تري أن مجززا (القائف) نظر إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض -.

113 - وأثبت عمر بن الخطاب وابن عباس وأنس بن مالك الحكم بالقيافة. فقد نقل عن كعب بن سور، قاضي عمر بن الخطاب أنه اختصم إليه امرأتان كان لكل واحدة منهما ولد، فانقلبت إحدى المرأتين على أحد الصبيين فقتلته، فادعت كل واحدة منهما الباقي، فقال كعب لست بسليمان بن داود، ثم دعا بتراب ناعم ففرشه ثم أمر المرأتين فوطئتا عليه، ثم مشى الصبي عليه ثم دعا القائف، فقال انظر في هذه الأقدام، فألحقه بإحدهما -.. انظر، ابن حزم، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ج 10، ص148 وما بعدها؛ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع السابق، 1985، ص.463. ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، القاهرة، 1961، ص 78.

114 - وهذا هو رأي الجمهور. انظر، ابن حزم، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ج 10، ص 148 وما بعدها؛ واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المرجع السابق، 1985، ص.463.

بينما استقر الفقه الحنفي⁽¹¹⁵⁾، خلافاً لذلك، على نفي القيافة كدليل في مجال النسب⁽¹¹⁶⁾ بحجة أنها وسيلة قائمة على الشبه المبني على الظن، وأن هذا الشبه قد يقع في الواقع بين الأجانب دون الأقارب⁽¹¹⁷⁾.

غير أنه، أمام هذين الاتجاهين، أخذ أسلوب القيافة في عصرنا هذا صورة أخرى نتيجة تطوره ولخصوعه لدراسات عديدة ودقيقة في الوقت ذاته. وهذا ما أكدته الاكتشافات الطبية والبيولوجية المستحدثة في هذا المجال من حيث اعتبار نتائجها أضحت تؤكد كل التأكيد بشأن ما يتعلق بإثبات النسب أو نفيه⁽¹¹⁸⁾.

وهل من ثمار هذا التحليل والاستنباط في الأحكام ظهرت للمشرع الجزائري ملامح واضحة في الأخذ بما توصلت إليه العلوم الطبية في هذا الإطار، وهو موقف يحمل كل سمات التطور، ولا يقف عند حد الجمود في الفكر والتطبيق.

في الحقيقة، كان في بداية الأمر من نتيجة افتقار القانون الوضعي الجزائري إلى تنظيم قانوني دقيق لهذه الوسائل الجديدة في مجال النسب أن تحمل القضاء العبء الأكبر في تحديد ما يجب الأخذ به وما لا يجب، وذلك عن طريق ما كان يرسيه من مبادئ قضائية جديدة ولكن على أساس آراء فقهية قديمة في المنازعات التي تعرض عليه. وبناء على ذلك، فاللعان⁽¹¹⁹⁾

115 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص680.

116 - انظر، ابن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص. 148 وما بعدها

117 - وما سرور الرسول صلى الله عليه وسلم هنا لا يدل عند أنصار المذهب على ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف كون أن نسب أسامة من زيد كان ثابتا بالفراش، وإنما لقطع السنة الطاعنين في نسب أسامة.

118 - انظر، د/ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص. 162 وما بعدها.

119 - وهذا ما نستشفه أيضا من قرارات أخرى، حيث قضت المحكمة ذاتها بأنه من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان. انظر، محكمة عليا، 28 / 10 / 1997، ملف رقم 172379، المرجع السابق، ص 70.

وحده في ظل هذا القضاء هو الذي يجوز العمل به في هذا المجال دون الوسائل الطبية المستحدثة⁽¹²⁰⁾.

وبهذا تكون هذه المحكمة قد تخطت مواكبة التطور والتحديد في مسألة يتعلق بها مصير عدة أبرياء، بل حقوق الأشخاص الشرعية في الميدان الأسري. وذلك بسبب أنهالم تأخذ في الحسبان التطورات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ولا الظروف الاجتماعية التي أصبحت تحيط المجتمع المعاصر من انخفاض الوازع الديني وتدهور القيم الأخلاقية والروحية في نفوس البشر وغيرها من الآفات الأخرى. غير أنه تدركا لهذا النقص التشريعي، نصت المادة 40 في فقرتها الثانية المعدلة من قانون الأسرة على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

وهكذا، فالمشروع الجزائري، حفاظا على كرامة الطفل وصيانة حقوقه الأسرية، قد أكد إلحاق الولد بأبيه كل ما أمكن ذلك، وذلك حتى ولو عن طريق البصمة الوراثية، لأن الأصل عنده نسبة المولود إلى فراش الزوجية.

حقا، فإن التطورات المحققة حاليا في مجال البيولوجية وفي علم الوراثة أصبحت تفتح اليوم آفاقا جديدة فيما يتعلق بتحديد أبوة الطفل. ومن ثم، فإن هذه التطورات تسمح، من الناحية العلمية، بتقدير احتمالات الأبوة للأب المزعوم. وتوضح هكذا الاحتمالات القابلة للوصول هنا إلى يقين تقريبي إذ أن هذه الاحتمالات يمكن أن تصل في عهدنا هذا إلى نسبة % 99.99⁽¹²¹⁾ يدخل تحت دائرة هذه الوسائل الحديثة الفحص المقارن الخاص

120 - وذلك ما يظهر بجلاء في القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1999، حيث قضت بمقتضاه بأنه "متى يتبين، من قضية الحال، أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض". انظر، محكمة عليا، ع.ا.ش.ن. 15/06/1999، ملف رقم 222674، المرجع السابق، ص 88-92.

121 - Cf. J. Massip, note sous Cass. 12 janv. 1994, D.S. 1994, 2, p. 449.

بالبصمات الوراثية⁽¹²²⁾. ومن ثم، فهذا التقدم العلمي في مجال البيولوجية يسمح لنا اليوم عن طريق هذه الدراسة بما يكشف لا عن نفي النسب فقط، وإنما بما يكشف عن إثباته أيضا وبطريقة لا تقبل الشك، وسمي هذا الاكتشاف علميا "ببصمة الحمض النووي"، ويرمز له في اللغة الفرنسية بحروف «A.D.N»⁽¹²³⁾.

ولذلك إذ أثبت الزوج بمقتضى إحدى هذه الوسائل الحديثة أن الطفل لا يمكن أن ينسب إليه لاختلاف البصمات، محل الفحص، فيكون طلبه هذا مؤسس. ذلك مما يبرهن، بصفة مطلقة، أن الاكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية يمكن أن تعود في بعض الحالات بالمنفعة على المجتمع بأكمله إذ تسمح بصدد هذه المسألة التفرقة بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي.

وتأكيدا لذلك، فإذا عرفنا أن اللعان لا ينتج عنه اليقين بل كان الباعث عليه هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره، وعرفنا كذلك أنه من بين أسباب عدم الأخذ بنظام القيافة من قبل الحنفية نجد سبب الظن الذي يقوم عليه هذا النظام⁽¹²⁴⁾، فإنه من باب الاستحسان أن يرجع في هذه المسألة إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم العلوم الطبية والبيولوجية يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء، وقد قدروا أن استخدام هذه الوسيلة سيمنع من اختلاط الأنساب، وضياع الأولاد، وصون الأعراض.

122 - Cf. J. Massip, Empreintes génétiques et droit de la filiation, D.S. 1989, pp. 271 et s.; M. Gomez, Un progrès à manipuler avec prudence, les empreintes génétiques, in Prévention santé, 1989, avril, n° 94, pp. 44 et s.

123 - وهو اختصار للمصطلح العلمي Acide désoyribonucleique

Sur cette question, cons. G. Nicolau, L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, édit. Presses Universitaires de Bordeaux, 1991.

124 - إذ رأينا أعلاه أن اتجاه الحنفية الدقيق مرتبط بطبيعة الوسيلة المستعملة ذاتها، فالقيافة ما هي إلا أداة ظنية في معرفة متى يجب ومتى لا يجب تثبيت النسب أو نفيه، وهذا الرأي يعتبر كل وسيلة فعالة قائمة على الاستدلال واليقين من وسائل تثبيت النسب أو نفيه يجب الأخذ بها.

والحقيقة، أن هذا التطبيق يتماشى مع حماية حقوق الأطفال الأبرياء، ذلك أن اللجوء إلى هذه الوسيلة المستحدثة في علم الوراثة تتيح للولد التعرف إلى أبويه كما تضع القضاء في موضع الرقابة على مدى صحة أقولهما. وكما أنها ستلعب دورا يعتبر من أكبر ضمانات الحقوق الفردية والحماية الأسرية ومن ثم الاجتماعية.

ولهذا وذاك، و مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه أو أمه، ومواكبة مع عولمة هذه الوسيلة، أضحي مفيدا وضروريا، كما فعله المشرع الجزائري، في الأخذ بهذه المناهج الحديثة في القانون لمد القضاة وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئية في حالة إثبات النسب، بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية، لأن الأمر لا يتعلق هنا بنسب الطفل فقط، بل بأسس الأسرة، ومن ثم بالحقوق الأساسية لأفرادها من نسب وما ينجر عنه من حقوق أخرى كالحق في النفقة، وفي الميراث، وفي موانع الزواج⁽¹²⁵⁾، الخ.

وأن عولمة هذه الوسيلة تجعلنا أمام عدم التوازي بين الزنا والعلاقة الشرعية بشأن نسب الطفل، حيث إذا جاء الطفل نتيجة لعلاقة غير شرعية، فنسبه يكون على خلاف ذلك، ففي هذه الحالة ينتسب إلى أمه، إذ أن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة

125 - وخاصة وأن للفقهاء الإسلامي عدة آراء بشأن موانع الزواج المبنية على العلاقة غير الشرعية. فقد قال مالك في القول المعتمد والشافعي إن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهرة، فمن زني بامرأة لا يحرم عليه الزواج بأمها ولا بإحدى بناتها، كما هي لا تحرم على أصوله ولا فروع، ولو زني الرجل بأم زوجته أو بنتها لا تحرم عليه زوجته، غير أنه خلافا لذلك، يرى الحنفية وأحمد بن حنبل إن الزنى تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها. انظر، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ص258؛ الإمامين موقف الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، ج7، ص482؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص92-93.

شرعية كانت أم غير شرعية، منعا من تغير الحقائق، وحفاظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع، وتوفيرا لوحدية الانسجام في الأسرة⁽¹²⁶⁾.

إن، ما كان يجب لبيئة، تنظر بعين الغضب لمحاولات الانحطاط والانحلال الخلقي، أن تهدر وسيلة مؤكدة في مجال كهذا، وخاصة أن المجتمعات التي خرقتها لم تعرف عناصرها بعد الفلاح ولا الراحة النفسية في المسائل الأسرية، بل أصابها التفكك والانحلال بفعل عدة عوامل، منها خاصة انعدام رابطة الأبوة والأمومة الشرعية.

126 - انظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 674-675. وهكذا أبطلت الشريعة الإسلامية ما كان في الجاهلية من إلحاق الأولاد عن طريق الزنا، فقال صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر". انظر، رواه الجماعة إلا الترميدي انظر، الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص. 279.

خاتمة

وخلاصة ما تقدم جميعا يتضح لنا أن النسل مبني على قوام الحياة الزوجية، وعليه أين الحياة الزوجية وأين هو النسب الشرعي إذا اختلقت المفاهيم واندثرت المبادئ بسبب انخفاض الوازع الديني والقيم الأخلاقية. ولذلك، فعولمة المخادنة بين شخصين من ذات الجنس أو من جنس مختلف نتيجة لتغيير جنسي ما هي إلا ظلم وعدوان على الحقوق الأساسية التي سطرته مبادئ الشريعة الإسلامية في المسائل الأسرية.

غير أن إثبات النسب أو نفيه عن طريق البصمات الوراثية تدخل في دائرة الأعمال التي تصون حقوق الأفراد الأسرية والتي تعود بالمنفعة على المجتمع الإنساني ككل. ومن ثم، يكون جزاء الأخذ به والباحث في نطاقه يوم القيامة تبعا لما يركز عليه كيان الأسرة، صورة من الحجة اليقينة، مساوية لما ستحمل أثره من بواعث الخير استنادا لقواه تعالى "إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات كانت لهم جنات الفردوس نزلا" (127).

فالوضع الطبيعي للولد الشرعي أن ينتسب من رجل وامرأة يرتبطان بعقد نكاح شرعي، أما ما عدا ذلك فهو عدوان على النسل. ومن ثم، لا يمكن الأخذ في مجال التلقيح الاصطناعي إلا بالصور التي تعود فعلا بالمنفعة على الكائن البشري وعلى المجتمع، وهذا إذا تم التلقيح بماء الرجل وبويضة المرأة تربطهما علاقة زواج قائمة، وذلك سواء كان تلقيحا خارجيا أم داخليا. أما ما عدا هذا، فإن كل ما يدخل في ساحة التلقيح أو الاستنساخ يعد محرما وممنوعا من الناحية القانونية، وما عولمته إلا انحطاطا للعلاقات الأسرية. فعولمته ستضير الإنسان أكثر مما تنفعه، بل ستقضي على حقوقه الأسرية بصفة كلية، غير أنه أننا

127 - سورة الكهف، الآية 107.

كأمة إسلامية لنا خصائصنا الحضارية ولا يجب التفريط فيها، وإنما يجب التمسك بها في خضم هذه العولمة⁽¹²⁸⁾.

ومن ثم، فالحكم الإلهي هو حقيقة مصونة ومقدسة ولا يجوز بتاتا خرقه، بل يجب أن يكون ذلك الحكم جوهر القانون الوضعي في هذه المسألة. ولهذا، وعلى الأمة الإسلامية إذا أرادت أن تحافظ على الحصن الأخير- أي النظام الأسري- لا بد أن تعرف أين هي من معادلة التابع والمستقل، حيث أن ذلك ما يميزها عن غيرها من الأمم، وصدق رسول الله إذ يقول "للتبعن سنن من قبلكم شبرا شبر وذراعا بذراع حتى إذا دخلوا جحر ضب لدخلموه معهم"، وذلك باسم التطور والتقدم الهدام.

128- ولذلك، يرى البعض بأنه "فإذا كانت العولمة تهدف إلى إلغاء الحدود لتفرض على العالم اقتصادا موحدًا وفكرًا موحدًا، فإنها لا تستطيع أن تحقق وحدة التشريع نظرا لاختلاف وجهة نظر المفكرين وفقهاء التشريع فيما بينهم، ولا بد من الإشارة إلى أن فكرة التقنين التي هي مسألة منهجية لا تؤثر في مضمون الأحكام، تعد مسألة ضرورية لمسايرة الأحكام الفقهية للواقع، ولا يعترض هنا بما تعريفه التقنينات من تعديل وإلغاء لأن ذلك داخل في فلسفة التشريع وتطوره لا في أصوله". انظر، محمد دباغ، العولمة وخصوصيات الوطن العربي والإسلامي بين البعد الحضاري والفكر الإيديولوجي، مجلة الحقيقة، 2002، عدد 1، ص.143.

الاقتصاد التضامني : الزكاة ودورها في التخفيف من حدة الفقر

بقلم : الأستاذ تشوار خير الدين
أستاذ محاضر بكلية العلوم الاقتصادية،
علوم التسيير والعلوم التجارية
جامعة أوبوكر بلقايد - تلمسان - الجزائر-

مقدمة

كما هو معلوم أنه لدى أغلب الأدبيات الاقتصادية و الاجتماعية ارتبط مفهوم الفقر بمشكلة التفاوت في توزيع الدخل والثروة. هذه المشكلة التي ما خلا زمان أو مكان إلا وجدت فيه، و إن كان وجودها بشكل معقول مقبولا ذلك أنه لا يمكن فرض المساواة الكاملة في توزيع الدخل بين الأفراد- كما نادى إلى ذلك البعض- لأن في ذلك تثبيطا لهمم العاملين، وكبحا لمواهبهم وإبداعاتهم، الأمر الذي ينجر عنه انخفاض في الإنتاج الكلي ومن تم الدخل الوطني.

غير أن الشيء الذي يدعو إلى القلق هو مشكلة التفاوت الكبير في توزيع الدخل والثروة بين أفراد المجتمع الذي ينجم عنه تركيز الحصة الكبرى من الدخل بيد الفئة القليلة من المجتمع، و حصول الفئة العالية من المجتمع على حصة ضئيلة من الدخل، وهو ما يسبب الصراع بين الطبقات وحصول التفكك الاجتماعي.

وقد جاءت جميع الأديان، من بينها الدين الإسلامي الحنيف، لتشير إلى الفوارق في توزيع الثروة بين البشر والسبل التي يمكن من خلالها معالجتها وتكوين مجتمعات أكثر مساواة⁽¹⁾. بل أكثر من هذا، فقد خصص الدين الإسلامي لمعالجة ظاهرة الفقر ومشكلة سوء توزيع الدخل والثروة من الوسائل ما يمكن بها اجتثاث الظاهرتين من جذورهما كالفقير، خمس الغنائم، الوقف، الكفارات والندور، الصدقات التطوعية والزكاة التي تعد لوحدها نظاما فريدا لا مثيل له، وهو ما أقره الإسلام منذ أربعة عشر قرنا أو أكثر لعلاج مشكلة الفقر والتفاوت في توزيع الدخل والثروة ووضع لذلك الحلول العملية الناجعة وهو ما غفلت عنه الأنظمة الاقتصادية الحديثة ولم تتفطن له إلا منذ أمد قصير.

وعلاوة على هذا، فإن الأدبيات الاقتصادية المتعلقة بالتنمية أغفلت، هي الأخرى، في مراحلها الأولى ~ الفقر ~ وتوزيع الدخل ~ على وجه التحديد، حيث كان اهتمامها متركزا حول إيجاد تفسير لظاهرة ~ التخلف ~. ومنذ مطلع السبعينات بدأت أدبيات التنمية تولي ظاهرة الفقر اهتماما خاصا. وفي مطلع الثمانينات أخذت قضيتا ~ الفقر ~ و ~ توزيع الدخل ~ منعطفا جديدا بحدوث تطورين مهمين. الأول، شروع العديد من الدول النامية في برامج الإصلاح الاقتصادي والتصحيح الهيكلي. والثاني، الانتقال من مفهوم ~ النمو الاقتصادي ~ القائم على التصنيع وتكوين رأس المال والاستثمار المكثف في وسائل الإنتاج إلى ~ التنمية البشرية ~ باعتبارها أساس عملية التنمية وجوهرها.

ورغم الجهود المبذولة للقضاء على ظاهرة الفقر، وتقليص الفوارق، إلا أن الواقع لا يدعو إلى التفاؤل، فحسب التقارير التي أصدرتها العديد من المنظمات الدولية سنة 2000، فإن هناك ما يقارب 2,1 إلى 1,3 مليار من البشر، يشكلون خمس سكان العالم، يعتبرون فقراء جدا، أي يعيشون على دولار واحد أو أقل في اليوم، وحسب تقرير التنمية البشرية لعام 2000، فإن الهوة بين الأغنياء والفقراء ازدادت اتساعا خلال العقود الثلاثة الماضية،

1 - أنظر، عبد الرزاق الفارس، الفقر وتوزيع الدخل في الوطن العربي - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت، ط.1، 2001، ص.91.

حيث أنه خلال الفترة (1960- 1996) ازدادت حصة أغنى 20 % من سكان العالم 70% إلى 85 % من الدخل العالمي، بينما انخفضت حصة أفقر 20% من سكان العالم من 2، 3% إلى 1، 4%.

ورغبة منها في إيجاد الحلول لهذه المشاكل، قامت أغلب دول الوطن العربي ومن بينها الجزائر، بجملة من الإصلاحات التنموية تمس كافة القطاعات.

من خلال ما سبق ذكره، ورغم الجهود الحثيثة التي تبذلها الحكومة الجزائرية للقضاء على ظاهرة الفقر والبطالة وسوء توزيع الدخل والثروة في المجتمع الجزائري، كإنشائها لصندوق التأمين على البطالة وصناديق التقاعد والضمان الاجتماعي وصندوق دعم وتشغيل الشباب وفرض الضرائب لتصحيح هيكل توزيع المداخيل والثروات وغيرها. وكل هذا من أجل التخفيف من حدة الفقر سوء توزيع الثروات.

لذلك وحتى تستأصل المشاكل من جذورها، رأت الجزائر في الزكاة أداة جديدة تعمل إلى جانب الأدوات الأخرى في القضاء على الفقر وسوء توزيع الدّخول والثروات. إن الزكاة تعتبر بمثابة مؤسسة اقتصادية اجتماعية ذات ثبات واستقرار ووجود دائم وأهداف يقصد تحقيقها وليست مجرد وسيلة للإغاثة والإعانة الاجتماعية لمن هو محتاج إليها. ولأجل تفعيل هذا الدور للزكاة وقيامها بعملية تصحيح توزيع الدّخول والثروات، قامت الجزائر بتنظيم هذه الشعيرة الدينية في إطار مؤسساتي منظم. فأنشأت صندوق الزكاة سنة 2003 وهي بذلك تحذو حذو العديد من الدول العربية والإسلامية كالسودان والعربية السعودية، الكويت، لبنان، باكستان ماليزيا وغيرها، والتي أصبح للزكاة بها وزنا يعتدّ به، حيث تستقطب الزكاة جزءا هاما من الموارد المالية بشكل دائم ومتجدد يتراوح بين 7% إلى 14% من الدخل الوطني لهذه البلدان⁽²⁾.

2- أنظر، د.ص. صالح، مقال بعنوان "دور مؤسسة الزكاة في الإقتصاد الوطني"، نقلا عن عبد الله طاهر "حصيلة الزكاة وتنمية المجتمع"، مجلة رسالة المسجد الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، عدد خاص بصندوق الزكاة، فيفري 2005.

ونظرا لأن التطبيق العملي للزكاة من خلال إنشاء مؤسسات الزكاة، يندرج ضمن سياسات التكافل الاجتماعي وآليات الاقتصاد التكافلي، ارتأينا إعداد هذا البحث الذي نسعى من خلاله إلى تبيان الدور التوزيعي للزكاة على الخصوص وآثاره على المتغيرات الاقتصادية الكلية ودور الزكاة في تفعيل هذا الدور مع الأخذ بعين الاعتبار تجربة صندوق الزكاة بالجزائر كأسلوب عملي ينبثق من عمق القنوات الدينية التي تعتقدها الغالبية العظمى من الشعب.

من هذا المنطلق، سوف نقوم بالبحث والتقييم لهذه التجربة وإبراز إيجابياتها ومدى مساهمتها فعليا في إعادة توزيع المداخيل والثروات والحد من ظاهرة الفقر ومحاصرتها واستئصاله على المدى البعيد خاصة وان هذه الآلية قد برهنت خلال التاريخ الإسلامي، العديد من كفاءاتها وفعاليتها من خلال النتائج القيمة التي حققتها على مر العصور الإسلامية الزاهرة وبالخصوص في عصر الخليفة "عمر بن عبد العزيز".

المبحث الأول

تعريف الزكاة وفريضتها وشروط وجوبها

الزكاة عبادة مالية فرضها الله في رسالاته، لكنها لم تكن بالإلزام الذي فرضت به في رسالة سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم)، حيث اقترن ذكرها في القرآن بالصلاة في ثمان وعشرين موضعا، هذا ما يؤكد إلزاميتها، ووجوبها مثلها مثل الصلاة. وقد أجمل القرآن في بيان شروطها وأنصبتها ومقاديرها، وتولت السنة النبوية بيان ذلك بقدر كبير من الإيضاح والتفصيل. وفي هذا المبحث الذي ضمناه ثلاث مطالب، سنتطرق في أولها إلى تعريف الزكاة، ثم إلى فرضيتها وفي الأخير إلى شروط وجوبها.

المطلب الأول: تعريف الزكاة

من خلال تعريفنا للزكاة، سنقف أمام التعريف اللغوي لها، ثم التعريف الشرعي وأخيرا، تعريف الفكر الاقتصادي الإسلامي للزكاة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للزكاة

للزكاة في اللغة معان كثيرة، أحدها "النماء" فيقال: "زكى المال أي نما" و"البركة" لأنها مما يرجى به زيادة المال من بركة الله تعالى، فيقال: "زكت النفقة أي بورك فيها" ولها معنى الطهارة⁽³⁾ ومنه قوله عز وجل "قد أفلح من زكاه"⁽⁴⁾، وقوله أيضا: "خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكئهم بها"⁽⁵⁾. فهي تطهر النفس من رذيلة البخل والشح، وطهرة من الذنوب والآثام، ومنه قوله تعالى: "ولولا فضل الله عليكم ورحمته ما زكى منكم من احد أبدا ولكن الله يزكي من يشاء والله سميع عليم"⁽⁶⁾. كما قد تأخذ معنى "المدح" إذا زكى الرجل نفسه أي إذا وصفها واثنى عليها، كما في قوله تعالى: "فلا تزكوا أنفسكم هو أعلم بمن اتقى"⁽⁷⁾، أي لا تمدحوها على سبيل الإعجاب.

الفرع الثاني: التعريف الشرعي للزكاة

تعرف الزكاة في الشريعة على أنها: "قدر معين من النصاب الحولي يخرج به الغني المسلم الحر لله تعالى للفقير المستحق أو احد مستحقي الزكاة من المصارف الثمانية"⁽⁸⁾. كما تعرف على أنها: "إخراج جزء مخصوص من مال مخصوص بلغ نصابا لمستحقه إن تم الملك ودار الحول"⁽⁹⁾. "فهي قدر معلوم" لأنها حق معلوم في المال الذي يتم تحديده وفقا لقواعد معينة مصداقا لقوله تعالى: "والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم"⁽¹⁰⁾.

3- أنظر، غازي عناية، "الضريبة والزكاة"، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1991، ص32.

4- أنظر، مصحف القرآن الكريم، برواية ورش، سورة الشمس، الآية 9، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2002، ص595.

5- أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة التوبة، الآية 103، ص203.

6- أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة النور الآية 21، ص352.

7- أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة النجم الآية 32، ص527.

8- أنظر، كمال خليفة أبو زيد وأحمد حسين علي حسين، دراسات نظرية وتطبيقية في محاسبة الزكاة، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص10.

9- أنظر، الطاهر عامر، الزكاة (التسهيل لمعاني مختصر خليل)، سلسلة فقه إمام دار الهجرة، 2003، ص18.

10- أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة المعارج الآية 24- 25، ص569.

وزد على ذلك، فالزكاة تزيد في المال المخرجة منه وتوفره وقوله تعالى: "إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضاً حسناً يضاعف لهم ولهم أجر كريم" (11). وتتناول معنى الإيمان، مصداقاً لقوله تعالى: "تتجافى جنوبهم عن المضاجع يدعون ربهم خوفاً وطمعا ومما رزقناهم ينفقون" (12). وتتناول معنى التقوى، مصداقاً لقوله تعالى: "وسارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنة عرضها السماوات والأرض أعدت للمتقين الذين ينفقون في السراء والضراء والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين" (13). وتتناول معنى الثواب والأجر والحصانة من الدنس والنقص والأذى والحرام والشح (14). مصداقاً لقوله تعالى: "حصنوا أموالكم بالزكاة" (14). كما تتناول معاني عديدة أخرى منها معنى استنزال الرزق، ومعنى دفع السوء والشر وتفريغ الكرب واستجابة الدعوين مصداقاً لقوله تعالى: "من أراد أن تستجاب دعوته، وتكشف كربته، فليفرج عن معسر" (15).

وهكذا، نرى أن مفهوم الزكاة يتناول معاني السمو والطهارة والبركة والحصانة والفلاح للمال وللإنسان، فالمسلم الذي يخرج الزكاة تطهر نفسه من الشح وإثم الحرام ويبارك له في ماله وأهله وتركته وكذلك المسلم الذي تدفع إليه الزكاة تطهر نفسه من إثم الحرام والحقد والغل والحسد والسرقه والثأر ويحل محلها الرضا والقناعة في نفسه.

11 - أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة البقرة، الآية 261، ص 44.

12 - أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة السجدة، الآية 16، ص 416.

13 - أنظر، مصحف القرآن الكريم، نفس المرجع، سورة آل عمران، الآية 133 - 134، ص 67.

14 - رواه الشهاب، غازي عناية، الزكاة والضريبة، مرجع سابق، ص 41.

15 - رواه الهيثمي وأحمد عبد الرحمان طالب، موسوعة الأحاديث النبوية - ج 5، موفر للنشر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1995، ص 79.

الفرع الثالث: تعريف الفكر الاقتصادي الإسلامي للزكاة

يعرف الفكر الاقتصادي الإسلامي الزكاة بأنها: "فريضة مالية تقتطعها الدولة أو من ينوب عنها من الأشخاص العامة، أو الأفراد قصرا، وبصفة نهائية ودون أن يقابلها نفع معين، تفرضها الدولة طبقا للمقدرة التكلفة للممول، وتستخدمها في تغطية المصارف الثمانية المحددة في القرآن الكريم، والوفاء بمقتضيات السياسة المالية العامة الإسلامية"⁽¹⁶⁾.

إذن، من خلال ما سبق يتبين لنا جليا أن الزكاة فريضة مالية يدفعها المكلف المسلم نقدا أو عينا. فالفكر الاقتصادي الإسلامي يأخذ بمفهوم الفريضة المالية للزكاة بشكليها النقدي والعيني وذلك استنادا إلى النصوص الشرعية القرآنية والنبوية. وأن الزكاة قسرية أي يدفعها المكلف المسلم جبرا انطلاقا من كونها فريضة مالية إلهية وعبادة مالية مفروضة. وتتمثل قسرية الزكاة في عدم حق الأفراد في الاعتراض عليها أو الموافقة على فرضيتها مسبقا وبالتالي يتم تحصيلها جبريا من الممتنع عن أدائها. كما يجب الإشارة، من خلال الفكر الاقتصادي الإسلامي، أن الزكاة فريضة حكومية، حيث تعتبر الدولة منفذة لهذه الفريضة الإلهية، لا منشئة لها، وخصص المشرع الإسلامي أحد مصارف الزكاة للأجهزة التي تقوم بإدارتها وتحصيلها وهو جهاز العاملين عليها. ومن هنا نبعت فكرة مؤسسات الزكاة أو صناديق الزكاة التي بدأ تطبيقها في الدولة الإسلامية. كما أنها فريضة نهائية وبلا مقابل، بمعنى عدم اشتراط حصول صاحبها على منافع وخدمات مقابلة لها. فالعلاقة تنتفي بين دفع الزكاة وحصول نفع مقابل لها. فالمسلم الغني يدفع الزكاة بغض النظر عن منصبه في المجتمع وما إذا كان غنيا أو أقل غنا، حاكما أو محكوما، أسودا أو أبيضاً. فالجميع تتناولهم الزكاة دون تفریق سواء بالنسبة للفريضة أو التحصيل أو الإعفاء والإنفاق. والأدلة في هذا الشأن كثيرة سواء تعلق الأمر بالأدلة القرآنية أو السنة النبوية.

16 - أنظر، غازي عناية، المرجع السابق، ص42.

المطلب الثاني: نظريات فرضية الزكاة في الفكر الاقتصادي الإسلامي
تختلف نظريات فرض الزكاة في الفكر الاقتصادي الإسلامي عن تلك التي انبنت عليها فرضية الضريبة. ذلك أن هذه الأخيرة منشأها الأفكار التشريعية الوضعية، في حين تستمد نظريات فرضية الزكاة فحواها واسسها من التشريع الإلهي المستمد من القرآن الكريم والسنة النبوية. وتستند أحقية وسلطة الدولة في جبايتها وتأديتها من الأفراد إلى كونها المكلف الفعلي بتطبيق وتنفيذ الحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية. وقد تبلورت أسس فرض الزكاة في عدة نظريات نذكر منها نظرية الاستخلاف، نظرية التكليف العامة، نظرية التكافل الاجتماعي والإخاء.

الفرع الأول: نظرية الاستخلاف

منبع هذه النظرية أن المال مال الله، وأن الإنسان مستخلف فيه، وعليه أن يقوم بأعباء هذا الاستخلاف من تصرف وإنفاق وغيره، والآيات القرآنية التي تدل على ذلك كثيرة منها: "ولله ما في السموات وما في الأرض"، وقال أيضاً: "له ما في السموات وما في الأرض وما بينهما وما تحت الثرى". كما قال: "وأنفقوا مما جعلناكم مستخلفين فيه" وقال أيضاً: "وآتوهم من مال الله الذي آتاكم".

إذن، فالعبد وكيل لله على ماله. بحيث يقوم مقام الموكل في الطاعة والتصرف والإنفاق وإلإباء بسخط من الله. والدلائل الشرعية تؤكد رسوخ نظرية الاستخلاف في مال الله.

الفرع الثاني: نظرية التكليف العامة

كما هو معلوم، أن منشأ هذه النظرية حق الله في تكليف عباده بما يشاء من تكاليف بدنية أو مالية وذلك من منطلق أن الإنسان لم يخلق عبثاً بل خلق لعبادة الله وأداء شكره. وفي هذا يقول الله تعالى: "وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون"⁽¹⁷⁾.

17 - أنظر، المصحف نفسه، سورة الذريات، الآية 56، ص523.

الفرع الثالث: نظرية التكافل الاجتماعي والإخاء

منشأ هذه النظرية، حق المجتمع في مشاركته لأموال أفرادها وهؤلاء أعضاؤه. فحقه عليهم أن يدعموه ويحموه ويعينوه على أداء مهامه والتخفيف من أعبائه، فرضية عليهم وليس إحسانا وامتنانا. فهو يوفر لهم العيش في ظله وييسر لهم التكسب والتكيف علما وثقافة وصحة وتعلما ومادة. فالأفراد في المجتمع يحيون حياة تضامن وتكافل ومكاسبهم واحدة لا انفصال بينها. فالفرد مدني بطبعه ولا يعيش بدون غيره أو خارج مجتمعه وما يكسبه هو بفضل الجماعة وتسييرها. فماله من مال الجماعة، كما أن حياته وثقافته وبقائه هي من حياة المجتمع وثقافته وبقائه ولذا فالفرد في الجماعة لا يتصرف بالمال إلا في مصلحتها وكل إساءة في التصرف إساءة لمال الجماعة والإسلام يقر هذا المبدأ. ومن جهة أخرى، يجب الإشارة إلى أن قواعد الإخاء في العقيدة وقواعد الإخاء في الإنسانية، قواعد لا مفر منها وقد حثّ على ذلك الله عز وجل في قرآنه وكذا السنّة النبوية؛ وفي هذا الصدد يقول الله تعالى: "إنما المؤمنون إخوة"⁽¹⁸⁾ وقد وصفت السنّة النبوية الأخوة بالبنيان المرصوص الذي يتأثر كله بتأثر جزء منه فقط، حيث يقول رسول الله (صل الله عليه وسلم): "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا"⁽¹⁹⁾ وقال أيضا: "ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد، إذا اشتكى عضوا تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى"⁽²⁰⁾.

إذن، فرضية الزكاة ثابتة في القرآن والسنة، فلا يسلم ممتنعها من العقاب الديني والأخروي والشرعي. وهذا التشديد في فرضية الزكاة، إنما هو لرعاية وحفظ حقوق الفقراء والمستحقين.

18 - أنظر، المصحف نفسه، سورة الحجرات، الآية 10، ص 516.

19 - أخرجه البخاري ومسلم والنسائي، عبد الرحمن طالب، موسوعة الحاديث النبوية، ج 1، موفم للنشر، 1995، ص 145.

20 - أخرجه البخاري ومسلم والنسائي، عبد الرحمن طالب، موسوعة الحاديث النبوية، ج 1، موفم للنشر، 1995، ص 237.

المطلب الثاني: شروط وجوب الزكاة

فقد فصلت السنة النبوية أهم الخصائص والشروط الواجب توفرها في الشخص المزكي والمال المزكي لرفع اللبس الذي يمكن أن يقع فيه المزكي من جهة، وحتى يقوم بإخراجها عن قناعة ورضا النفس. وأهم الشروط الخاصة بوجوب الزكاة، يمكن ذكرها: الإسلام، النماء والغنى.

الفرع الأول: الإسلام

ما دام أن الزكاة عبادة فرضها الدين الحنيف، يمنع إلزامها على غير المسلم وذلك انطلاقاً من حديث الرسول (صل الله عليه وسلم) حين بعث معاذ بن جبل إلى اليمن، حيث أُلزم على أهلها الزكاة بعد أن يسلموا⁽²¹⁾.

الفرع الثاني: النماء

يجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن المال الخاضع للزكاة، يكون مالا ناميا بالفعل أو قابلاً للنماء؛ ومن أمثلة ذلك لدينا الأنعام، التي تنمو نمواً طبيعياً وبالتالي، يزيد من الثروة الحيوانية. والزروع والثمار التي تنمو بذاتها وتعتبر إيراداتاً جديداً وعروض التجارة التي تنمو نتيجة لما يتحقق منها من دخل وإيراد من خلال عمليات تداول السلع والمنتجات بالبيع والشراء... الخ. وحين يكتمل شرط النماء، لا بد من أن تتوفر فيه العناصر التالية⁽²²⁾:

أ- الملكية التامة

المقصود بالملكية التامة للمال "أن يكون المال مملوكاً رقبة ويدا في حيازة صاحبه، وأن تكون منافعه عائدة إليه ويتصرف فيه باختياره ولا يتعلق به حق لغيره وهذا مصداقاً لقوله تعالى: "والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم"⁽²³⁾.

21- أنظر، يوسف كمال محمد، فقه الاقتصاد العام، ستابلس للطباعة والنشر، ط.1، 1990، ص257.

22- أنظر، يوسف كمال محمد، المرجع السابق، ص256.

23- أنظر، المصحف نفسه، سورة المعارج، الآية 24-25، ص569.

لذلك يجب على المستخلف أن يطيع أوامر من استخلفه على ملكه والقيام بواجبات وتكاليف الخلافة فيه.

ب - حولان الحول

المقصود من حولان الحول هو انه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء، وقدرها الشارع الكريم بالحول (أي السنة أو العام) لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: "...وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول" (24). إلا أن هذا الشرط لا يسري على كل أنواع الأموال التي تخضع للزكاة، وإنما يسري على أنواع معينة فقط من الأموال؛ وهي التي تتصف بتغير عينها وتداولها مثل النقود؛ وعروض التجارة والأنعام، وهي أموال تحتاج إلى مرور زمن حتى يحدث فيها النماء. وقد جرى العرف على اعتبار أن عاما قمريا كاملا (354 يوم) كاف لحدوث النماء فيه وذلك محافظة على رأس المال وعدم تأكله. ويطلق على هذا النوع من الزكاة اسم "زكاة رأس المال". هذا، وتعفى الأموال التي تخرج من الأرض من شرط حولان الحول لأن النماء يتحقق في الزروع والثمار بمجرد حصاد الزروع وجني الثمار، ويطلق على هذا النوع من الزكاة اسم "زكاة الدخل" (25).

ج - إعفاء المال الضمار

يقصد بالمال الضمار، كل مال لا يرجى نماءه، ويدخل في ذلك رأس المال الثابت) مختلف الآلات والمعدات ووسائل النقل التي تدخل في إنماء رأس المال العامل) أو ما يطلق عليه أيضا المستغلات. فهو يهلك ولا ينمو وبالتالي، يعفى من الزكاة، كما يعفى أيضا، المال الضائع والساقط في البحر والمدفون والعبد الأبق والمغضوب والدين المحجود (26) والمودع عند من لا يعرفه.

24- رواه أحمد وأبو داود والبيهقي وصححه البخاري، سيد سابق، فقه السنة، ج.1، ص257.

25- انظر، خليفة أبو زيد وحسين علي حسين، المرجع السابق، ص24.

26- أي الدين الذي لا يرجى استرجاعه.

الفرع الثالث : الغنى

وذلك لقوله صل الله عليه وسلم: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى"⁽²⁷⁾ . ويتحقق الغنى بما يلي:

أ- الفراغ من الحوائج الأصلية:

ويقصد بالحوائج الأصلية، كل ما يدخره الإنسان من طعام وكسوة وعروض لحاجته الأصلية، حيث لا تجب فيها الزكاة، وفي هذا الصدد يقسم ابن رشد الأموال من حيث وجوب الزكاة إلى ثلاثة أقسام وهي⁽²⁸⁾ :

(1) - قسم يراد لطلب الفضل والنماء لا الاستعمال، وهو العين من الذهب والفضة وما شابهها، والمواشي وآبئة الفضة والذهب وكل ما لا يجوز اتخاذه منها، فهذا تجب فيه الزكاة.

(2) - قسم يراد به الاستعمال (الاقتناء) لا الفضل والنماء، وهي العروض كالدور والأراضي والثياب والطعام فلا زكاة فيها.

(3) - قسم يراد للوجهين معا، أي للاستعمال وطلب النماء، وهو حلي الذهب والفضة، فحكمه مبني على ما نوى صاحبه: إن أراد به التجارة زكاه وإن أراد به الاقتناء ليلبسه أهله فلا زكاة عليه.

ب- السلامة من الدين

يجب أن يكون المال الذي يدخل في نصاب الزكاة خاليا من الدين ذلك إن حق صاحب الدين أولى بالأداء من حق مستحقي الزكاة. فمن كان له مال تجب فيه الزكاة، يستبعد منه ما يفي بدينه ثم يزكي المال المتبقى إن بلغ النصاب⁽²⁹⁾ .

27- أنظر، صحيح البخاري، المجلد الول، ج.2، ص117.

28- أنظر، يوسف كمال محمد، المرجع السابق، ص263.

29- أنظر، يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، المرجع السابق، ص167.

ج- بلوغ النصاب

النصاب هو ذلك القدر المعين الذي يجب أن يبلغه المال حتى تفرض عليه الزكاة، بمعنى القدر الذي يجعل مالكة غنيا مكلفا بأداء الزكاة. ولقد حددت السنة النبوية مقدار ما يجب من النصاب حتى تجب فيه الزكاة وأعفت ما لم يبلغ النصاب من ذلك لقوله صل الله عليه وسلم: "ليس فيما دون خمس أو سق صدقة".

إن النصاب شرط لازم لوجوب الزكاة في كل الأموال ظاهرة كانت أو باطنة. ويشترط أن أن يكون فائضا عن الحاجات الأساسية التي تدفع الهلاك عن الناس مثل المطعم والملبس والمسكن والعلاج وغير ذلك. والحكمة من ذلك أن الزكاة إنما هي ضريبة تؤخذ من الغني مواساة للفقير، ومشاركة في مصلحة الإسلام والمسلمين، ولا معنى لأن نأخذ من الفقير ضريبة وهو في حاجة لأن يعان لا يعين. فلا صدقة إلا عن ظهر غني كما قال صل الله عليه وسلم. النصاب هو ذلك القدر المعين الذي يجب أن يبلغه المال حتى تفرض عليه الزكاة، بمعنى القدر الذي يجعل مالكة غنيا مكلفا بأداء الزكاة. ولقد حددت السنة النبوية مقدار ما يجب من النصاب حتى تجب فيه الزكاة وأعفت ما لم يبلغ النصاب من ذلك لقوله صل الله عليه وسلم: "ليس فيما دون خمس أو سق صدقة"⁽³⁰⁾.

المبحث الثاني

أنواع الزكاة

تتمثل الزكاة التي تفرضها الدولة لأجل تحقيق أهداف السياسة المالية في تلك التي يكون وعاؤها الأموال والتي تنقسم إلى زكاة رأس المال والزكاة على الدخل.

المطلب الأول

الزكاة على رأس المال

إن الزكاة على رأس المال تضم الأنواع التالية: زكاة الثروة الحيوانية، زكاة الثروة النقدية، زكاة عروض التجارة وزكاة الركاز والثروة الحيوانية.

30- رواه البخاري، صحيح البخاري، المجلد الول، ج2، المرجع السابق، ص111.

الفرع الأول: زكاة الثروة الحيوانية

يقول الله تعالى: والأنعام خلقها لكم فيها دفاء ومنافع ومنها تأكلون، ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون، وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس إن ربكم لرؤف رحيم، والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ويخلق ما لا تعلمون⁽³¹⁾.

وفي هذا الصدد، يجب الإشارة إلى أن التشريع الإسلامي لا يفرض الزكاة على كل أنواع الحيوانات وإنما نوع واحد وهي الأنعام (المواشي، البقر، الماعز والإبل).

فيما يخص زكاة الإبل، فالجدول التالي يبين ذلك:

مقدار الزكاة	شاة	بنت مخاض	بنت لبون	حقة	جدعية
الوعاء	(أنثى من الإبل بدأت	(أنثى من الإبل بدأت	(أنثى من الإبل بدأت	(أنثى من الإبل بدأت	(أنثى من الإبل بدأت
الثانية من عمرها)	الشفة الثالثة من عمرها)	الرابعة من عمرها)	الخامسة من عمرها)		
1 - 4	دون النصاب	لا يخضع للزكاة			
5 - 9	1				
10 - 14	2				
15 - 19	3				
20 - 24	4				
25 - 35	1				
36 - 45	1				
46 - 60	1				
61 - 75	1				
76 - 90	2				
91 - 121	2				
121 فأكثر					في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة

31- أنظر، المصحف نفسه، سورة النحل، الآيات 5- 8، ص 267- 268.

الفرع الثاني: زكاة المواشي

فيما يخص زكاة المواشي، فالجدول التالي يبين ذلك:

مقدار الزكاة شاة من الغنم أو المعز حسب النوع

النوع	مقدار الزكاة
1 - 29	لا شيء
40 - 120	1
121 - 200	2
201 - 399	3
400 - 499	4
ويستمر	في كل مائة شاة واحدة

الفرع الثالث: زكاة البقر

وتكون زكاة البقر حسب الجدول التالي

النوع	النوع: تبيع أو تبيعة	مسننة
الوعاء	النوع: تبيع أو تبيعة	النوع: مسننة
مقدار الزكاة	السن: أتم سنتين ودخل في الثالثة	العمر: أكملت ثلاث سنوات ودخلت في الرابعة
1 - 29	/	/
30 - 39	1	/
40 - 59	/	1
60 - 69	2	/
70 - 79	1	1
80 - 89	/	2
ويستمر	في كل ثلاثين تبيع (1) وفي كل اربعين مسننة (1)	

الفرع الرابع: زكاة الثروة النقدية

أخذت الثروة النقدية أشكال عدة في وقتنا الراهن، فبعدما كانت منحصرة في المعدنيين - الذهب والفضة -، توسعت لتشمل النقود الورقية (أوراق البنكنوت) ثم الأوراق المالية (الأسهم والسندات) وهكذا توسعت أوعية الزكاة لتشمل الثروة النقدية بكل أنواعها⁽³²⁾.

ومن جهة أخرى، يجب الإشارة إلى أن مقدار الواجب من الثروة النقدية هو ربع العشر أي (2,5%). وأن نصابها يقاس على الذهب والفضة، وحدد الرسول عليه الصلاة والسلام نصاب الفضة بمائتي درهم ونصاب الذهب بعشرين دينارا. ويمكن تحديد نصاب الذهب والفضة في الوقت الحالي كما يلي:

- نصاب الفضة بالوزن الحديث: $200 = 595 \times 2,975$ أي 595غ من الفضة.

- نصاب الذهب بالوزن الحديث: $85 = 20 \times 4,25$ أي 85غ من الذهب.

ونظرا للانخفاض الكبير الذي عرفته قيمة الفضة، فقد رجح الكثير من العلماء في الوقت الحاضر الاقتصار على استخدام نصاب الذهب كأساس لتحديد الزكاة على الثروة النقدية لضمان وصول أرباب المال إلى مستوى معقول من الغنى الذي يجعله يخرج الزكاة برضاء وعين طيب نفس⁽³³⁾. وفي الأخير، اشترط الحول (السنة الهجرية بكاملها على ملكية النصاب حتى تفرض عليه الزكاة مع ضرورة توافر النصاب كاملا طيلة الحول دون نقصان لتحقيق شرط الغنى.

32 - لمن أراد أن يتعمق في الموضوع المتعلق نطاق زكاة الثروة النقدية بما فيه النقود الورقية والسهم والسندات وزكاة الدين وأخيرا، زكاة عروض التجارة، ارجع إلى كتاب كمال خليفة أبو زيد وأحمد حسين علي حسين، "محاسبة الزكاة" وكتاب يوسف القرضاوي "فقه الزكاة" وكذلك كتاب أ.جمال العمارة، النظام المالي في الإسلام.

33 - أنظر، كمال أبو زيد وأحمد حسين علي حسين، محاسبة الزكاة، مرجع سابق، 54 - 55.

المطلب الثاني: الزكاة على الدخل

وتتمثل في زكاة الزروع والثمار، الزكاة على إيرادات المستغلات، الزكاة على إيرادات المهن الحرة والعمل.

الفرع الأول: الزكاة على الزروع والثمار

تعتبر الزروع والثمار أحد المصادر التي تخضع للزكاة، ولقد ثبت ذلك بالقرآن والسنة، حيث قال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا من الأرض" (34).

ومن نوع الزروع والثمار التي تجب فيها الزكاة ورد خلاف حيث ذهب مالك والشافعي إلى إيجابها في كل ما يقتات ويدخر أي كل ما يتخذه الناس قوتا يعيشون به دون اضطرار لذلك وعلى ذلك لا زكاة في اللوز والفسق والجوز والبندق لأنه ليس من القوت العادي للناس، ولا زكاة في التفاح والرمان والخوخ لأنه لا يدخر. وذهب أحمد إلى إيجابها في كل ما يبيس ويبقى ويكال. وعلى ذلك لا تجب الزكاة في الخضروات لأنها لا تكال. أما أبو حنيفة فأوجبها في كل ما أخرجت الأرض دون تفصيل بين ما يبقى وما يقتات وما لا يقتات وقد استند في ذلك إلى قوله تعالى: "ومما أخرجنا لكم من الأرض" (35). ومن خصائص زكاة الزروع لذينا:

- 1- ينصب وعاءها على الغلة أي الناتج الصافي.
- 2- يختلف توقيتها بحسب وقت الحصاد لكل نوع من الزروع والثمار وفقا لطبيعتها.
- 3- يمكن دفعها عينا أو نقدا.
- 4- نصابها خمسة أوسق وهو ما يعادل 50 كيله مصرية أي ما يعادل 653 كلغ أو ما يعادله 647 كلغ في الجزائر، وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة" (36).

34- أنظر، المصحف نفسه، سورة البقرة، الآية 267، ص45.

35- أنظر، المصحف نفسه، سورة الأنعام، الآية 141، ص146.

36- أنظر، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2، ص111.

5- ذات سعر نسبي يراعي العبء المبدول في الرّي، حيث بلغ معدل الزكاة 10% إذا كان الزرع يروى بماء المطر أو العيون، ومعدل 5% إذا كان الري عن طريق أدوات أو آلات أخرى، وفي هذا يقول ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "فيما سقت السماء أو العيون أو كان عثربا العشر، وفيما سقي بالنضح نهصف العشر"⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني: الزكاة على إيراد المستغلات

يقصد بالمستغلات "الأموال التي لا تجب الزكاة في عينها ولم تتخذ للتجارة ولكنها تتخذ للنماء، فتدر لأصحابها فائدة وكسبا بواسطة تأجير عينها أو بيع ما يحصل من إنتاجها"⁽³⁸⁾.

ومن جهة أخرى، يجب الإشارة إلى هذا النوع من الزكاة يشمل كافة الموال الثابتة التي تقتني بغرض تحقيق دخل وراء استغلالها كالمصانع المعدة للإنتاج، ووسائل النقل البرية والبحرية والجوية التي تنقل البضائع والركاب والأمتعة، والعمارات التي للإيجار، ومشروعات تربية المواشي والأبقار وتربية الدواجن وغيرها.

إلا أنه وقع اختلاف بين العلماء في المقدار الواجب منها، فهناك من ذهب إلى القول بأن زكاة المستغلات تقاس على عروض العين المستغلة في نهاية الحول، ويضاف إليها المال المستفاد (الإيراد). فإذا بلغت النصاب وجبت الزكاة بنسبة 2,5%؛ وهناك من ذهب إلى القول بأن زكاة المستغلات تقاس على زكاة الزروع والثمار، فتأخذ الزكاة من الغلة (الإيراد) متى بلغ النصاب بمقدار العشر 10% أو نصف العشر أي 5% دون مراعاة حولية الإيراد وهذا ما رجحه يوسف القرضاوي لأنه اعتمد على أصل شرعي صحيح وهو القياس.

37- أنظر، كمال خليفة أبو زيد وأحمد حسين علي حسين، المرجع السابق، ص265.

38- أنظر، يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، المرجع السابق، ص. 458.

الفرع الثالث: الزكاة على إيراد كسب العمل والمهن الحرة

كما هو معلوم، أن الفرد غالباً ما يحصل على دخل من جراء عمله وجزءاً لجهده، والعمل نوعان:

- نوع يباشره الشخص بنفسه دون الارتباط بغيره ويكون إما عقلياً أو عملاً يدوياً، فدخله في هذه الحالة مهني، كدخل الطبيب والمحامي والخياط وغيرهم، ونوع يرتبط فيه الشخص بغيره سواء أكان غيره حكومة أم شركة أم فرداً. فدخله في هذه الحالة يتخذ صورة الرواتب والأجور والمكافآت.

وزكاة إيراد كسب العمل والمهن الحرة، تدخل ضمن سياق زكاة المال المستفاد الذي يتضمن رواتب الموظفين وأجور العمال ودخل المهن الحرة، وإيراد المستغلات والهبات والمكافآت حيث اهتدى علماءنا فيها إلى ما يلي:

1- عدم اشتراط الحول لتجب الزكاة فيه، بل يزكى حال قبضه.

2- في نصابها بعضهم من أخذ نصاب الزرع (653 كلغ نقداً) وهذا ما ذهب إليه الإمام محمد الغزالي في كتابه "الإسلام والأوضاع الاقتصادية" حيث قال: وتخلص من هذا إلى أن من له دخل لا يقل دخل الفلاح الذي تجب فيه الزكاة يجب أن يخرج زكاة مساوية. أما الدكتور يوسف القرضاوي فقد رأى أن نصاب النقود هو 85 غ. ذهب.

3- مقدار الواجب منها هو 2,5% من صافي الدخل بعد اقتطاع مستلزمات المعيشة والديون إن وجدت، ولعل الحكمة من اشتراط هذه النسبة بدلاً من 10 أو 5% هو مراعاة مصدر الدخل وهو العمل وحده على اعتبار أن العمل أقل مصادر الدخل ثباتاً مقارنة برأس المال الذي يعد أكثرها استقراراً وثباتاً.

المطلب الثالث: مصارف الزكاة

في هذا الصدد، يجب الإشارة إلى أن القرآن الكريم قد عني ببيان بصفة خاصة الجهات التي تصرف فيها الزكاة رغم إجماله في الكثير من الأمور المتعلقة بالزكاة كمقاديرها وشروطها والمواضع التي تجب فيها والتي تولت السنة النبوية أمر بيانها. فلم يتركها لغيره. والحكمة في ذلك، تفادي الطمع والجشع ومنحها لمن لا يستحقها وحرمان من أحق منه

بذلك. وعلاوة على هذا، فإن سماحة الإسلام وحرصه على ذلك هو ضمان حقوق الفقراء والمحتاجين. وقد كان هذا الاتجاه الاجتماعي الرشيد سبقا بعيدا في علم المالية والضرائب والإنفاق الحكومي لم تعرفه البشرية إلا بعد قرون طويلة⁽³⁹⁾. وفي هذا المطلب، نتعرض أولا، إلى دوي الحاجات الطارئة وهم الفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمون وابن السبيل (الفرع الأول)، ثم جهاز الإدارة ويتضمن مصرف العاملين عليها (الفرع الثاني) وأخيرا، يتعلق الأمر بتحقيق سياسة الدولة الإسلامية الداخلية والخارجية، فضمناه مصرفي المؤلفة قلوبهم وفي سبيل الله (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ذوي الحاجات الأصلية والطارئة

ويتضمن هذا الفرع أشد مصاريف الزكاة، فوضعياتهم طارئة تستدعي ضرورة البدء بهم⁽⁴⁰⁾ :

- الفقراء والمساكين
- في الرقاب
- الغارمون (المدينون)
- ابن السبيل.

الفرع الثاني: الجهاز الإداري للزكاة

ويتضمن الموظفين الذين يتولون جمع الزكاة وتوزيعها، وسماهم القرآن الكريم بـ "العاملون عليها" ويقصد بهم المكلفون بجباية الزكاة في جميع مراحلها سواء من يجمعونها ويحفظونها وينقلونها ومن يساعدهم من المحاسبين والكتبة ومن يكيلونها أو يزنونها أو يعدونها⁽⁴¹⁾. ويمكن تقسيم جهاز الزكاة في عصرنا إلى قسمين⁽⁴²⁾ :

39 - أنظر، يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، المرجع السابق، ص. 550-551.

40 - للتعلم في الموضوع، أنظر جمال العمارة، النظام المالي في الإسلام، المؤسسة الجزائرية للطباعة، وأيوسف القرضاوي، فقه الزكاة، ج. 1، ص. 2، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1988.

41 - أنظر، قطب إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص. 153.

42 - أنظر، يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، المرجع السابق، ص. 589-590.

- إدارة تحصيل الزكاة

- إدارة توزيع الزكاة

الفرع الثالث : تحقيق سياسة الدولة الإسلامية في نشر الدعوة

ويتضمن هذا الصنف أهم مصرفين تعوّل الدولة الإسلامية في تحقيق سياستها الداخلية والخارجية من أجل نشر دعوة الله في الأرض وإعلاء راية الإسلام. ويتضمن الصنفين التاليين:

المؤلفة قلوبهم أي هم من لم يرسخ الإيمان في قلوبهم، فيعطون من الزكاة تأليفا لهم. وهذا ما ذهب إليه يوسف القرضاوي، حيث يرى أن تصرف أسهم المؤلفة قلوبهم على النحو التالي:

1 - إعطاء بعض الحكومات غير مسلمة لتقف في صف المسلمين.

2 - معونة بعض الهيئات والجمعيات والقبائل ترغيبا لها في افسلام.

3 - شراء بعض القلام واللسنة للدفاع عن الإسلام وقضاياها.

4 - يعطى للداخلين في الإسلام المضطهدين.

أما الصنف الثاني، يتعلق الأمر بـ" في سبيل الله" ويشمل كل عمل المراد منه وجه الله غزاً ورجل وإعلاء راية دينه وليس الجهاد العسكري فقط. فالجهاد قد يكون بالسيف والسنان، كما قد يكون فكرياً أو تربوياً أو اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً.

وكخلاصة، يمكن القول بأن الزكاة تشمل جميع معاني العدالة والمساواة والتكافل الاجتماعي التي يمكن أن تحققها الضريبة. فهي من حيث شروطها اقتصر فرضها على الأغنياء الذين بلغ مالهم النصاب. ومن حيث قواعد توزيع العبء التكليفي، فهي تحقق العدالة والمساواة والوحدة في التطبيق، كما تحقق اليقين والاقتصاد في مصاريف الجباية. ومن حيث أنظمتها، فهي متعددة وتنصب على عدة أوعية مما يجعلها شاملة وعادلة. وأخيراً من حيث مصاريفها وأوجه إنفاقها، فقد تولى المشرع أمر تحديدها.

المبحث الثالث

دور الزكاة في توزيع الدخل والثروة

إن سياسة الإسلام في توزيع أموال الزكاة تقوم بدور حاسم في كفالة التوازن في توزيع الثروات والمذاخيل وضمان الحد اللازم لمعيشة الفرد الذي يكفل للفرد العيش الكريم في حدود ضروريات الحياة الملائمة.

انطلاقاً مما سبق، سوف نتعرض في هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في أوله إلى دور الزكاة في توزيع الدخل والثروة في المد القصير، وفي الثاني نخصه إلى تبيان دور الزكاة في توزيع الدخل والثروة في الأمد الطويل.

المطلب الأول: دور الزكاة في توزيع الدخل والثروة في الأمد القصير

إن الزكاة بطبيعتها ما هي إلا اقتطاع من دخول و ثروات الأغنياء وإعطائها إلى الفئات الفقيرة، ومن ثم فهي أداة مباشرة ودائمة في عملية إعادة توزيع الدخل والثروة، وتعمل في المد القصير على إعادة توزيع الدخل بين فئات المجتمع⁽⁴³⁾.

وكما هو معلوم، أن الزكاة تعمل على سرعة توزيع الدخل أكثر منها في توزيع الثروة، لأن توزيع الدخل يحدث كل عام بينما إعادة توزيع الثروة بالتدرج في عدة سنوات⁽⁴⁴⁾. ويمكن توضيح دور الزكاة في توزيع الدخل من خلال زاويتين⁽⁴⁵⁾:

أ- الزاوية الأولى: الزيادة في الدخل من خلال الإنتاج، الزكاة في

هذا الشأن تدفع جزءاً من الدخل إلى الاستثمار مما يوسع قاعدة الدخل ويزيد فرص التوظيف.

ب- الزاوية الثانية: عدم تأثر الزكاة بالتضخم وارتفاع الأسعار لأنها تمثل نسبة ثابتة من القيمة وهذا يحافظ على القدرة الشرائية للمستحقين.

43- أنظر، كمال رزيق، إرساء مؤسسة الزكاة بالجزائر، دكتوراة دولة، جامعة الجزائر، 2000، ص 100.

44- أنظر أحمد يوسف، أحكام الزكاة وأثرها المالي والاقتصادي، دار الثقافة، القاهرة، 1990، ص 138.

45- أنظر، كمال رزيق، إرساء مؤسسة الزكاة بالجزائر، دكتوراة دولة، جامعة الجزائر، 2000، ص 100.

المطلب الثاني: دور الزكاة في توزيع الدخل والثروة في الأمد الطويل
تعمل الزكاة في هذا الشأن على تقنيتين: الثروة وإعادة توزيعها بين الفقراء. فهي تأخذ من الأغنياء بنسبة معينة من جميع الأموال النامية وتعطى للفقراء. فتأثيرها بالنسبة لمن تصرف لهم الزكاة يكمن في تحقيق أهداف الضمان الاجتماعي، كما أنها تنقص من ثروة الأغنياء بمقدار إضافتها للمحتاجين. وعليه، في ظل تطبيق الزكاة لا يمكن لأصحاب الثروات في أي نقطة على محور الزمن الاحتفاظ بها دون تناقص طالما أن الزكاة تعمل على تأكلها كل عام⁽⁴⁶⁾. كما أن وجود نصاب محدود وانخفاض هذا النصاب (85غ ذهب) وعدم تغيير هذا النصاب رغم تغير الظروف الاقتصادية وزيادة كمية النقد المطروحة للتداول بصورة مستمرة بفعل ازدياد عملية تبادل السلع والخدمات والتي هي بدورها حصيلة التطور التقني والتكنولوجي، يجعل الحصة الخاضعة للزكاة من أموال المسلمين في ازدياد مستمر يجعل أغلب الدخول المتحققة في النشاط الاقتصادي تذهب إلى خزينة الدولة، أي أنها لا تتركز بأيدي أفراد كما هو الحال في الاقتصاد الرأسمالي. ولعل من أسباب نجاح الزكاة، أنها تحصل من جميع الأموال النامية أو المفترض نمائها، شاملة لرأس المال والدخل. وهي بذلك تتسم بالشمول وبتناسع قاعدة تطبيقها مع تكرارها سنويا وهو ما يجعلها أداة دائمة لإعادة توزيع الثروة⁽⁴⁷⁾.

المبحث الرابع

صندوق الزكاة ماهيته ودوره في الجزائر

من تنظيم الزكاة في إطار مؤسساتي وإداري تتولاه الدولة وليد العصر، وإنما يجد تأصيله الديني في القرآن الكريم من خلال قوله تعالى: "خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها..."⁽⁴⁸⁾. حيث أمر الله تعالى نبيه محمد صل الله عليه وسلم بتولي مهمة

46. أنظر، كمال رزيق، إرساء مؤسسة الزكاة بالجزائر، دكتوراة دولة، جامعة الجزائر، 2000، ص101.

47. أنظر، كمال رزيق، إرساء مؤسسة الزكاة بالجزائر، دكتوراة دولة، جامعة الجزائر، 2000، ص102.

48. أنظر، المصحف نفسه، سورة البقرة، الآية 103، ص203.

تحصيل الزكاة وتوزيعها إلى أصنافها الثمانية المذكورة في القرآن. وفي هذا المبحث، سوف نتعرض إلى مطلبين. فالمطلب الأول نخصه إلى تبيان صندوق الزكاة من حيث التعريف والمهم والأهداف، ثم نخصص المطلب الثاني إلى تبيان التجربة الجزائرية في هذا الشأن.

المطلب الأول : ماهية صندوق الزكاة

يتضمن هذا المطلب تعريفا لصندوق الزكاة وأهم مهامه واهدافه.

الفرع الأول : تعريف صندوق الزكاة

صندوق الزكاة تعريفا هو مؤسسة اجتماعية تقوم على ترشيد أداء الزكاة جمعا وصرفا في إطار أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الساري بها العمل في مجال الشريعة الإسلامية وبالتالي، فهو بمثابة مؤسسة خيرية تهدف إلى إحياء فريضة الزكاة وترسيخها في أذهان المسلمين وفي معاملاتهم وتحقيق مجتمع التكافل والتلاحم والوقوف إلى جانب أهل الفقر والحاجة⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثاني : مهام صندوق الزكاة

من مهام صندوق الزكاة ما يلي:

- 1 - الدعوة إلى أداء فريضة الزكاة والتي هي ركن أساسي من اركان الإسلام وثالث دعائمه.
- 2 - جمع المساعدات والهبات والتبرعات وأموال الصدقات النقدية.
- 3 - توزيع أموال الزكاة على الجهات الشرعية.

49 - نظر، سوامس رضوان وألعيوني الزبير، مداخلة بعنوان "مؤسسة الزكاة كآلية لمكافحة الفقر وتنشيط استثمار الأموال إشارة خاصة لمؤسسة الزكاة في الجزائر، الملتقى الدولي حول مؤسسات الزكاة في الوطن العربي، جامعة سعد دحلب، البليلة.

- 4- القيام بأعمال البر والخير التي دعا إليها الدين الإسلامي الحنيف.
- 5- توعية وإعلام الأفراد وكل الجهات المختصة على طرق جمع الزكاة وكيفية توزيعها بالوسائل الإعلامية المختلفة.
- 6- استخدام عدة آليات من شأنها تقليص حدة الفقر كآلية القرض الحسن.

الفرع الثالث : أهداف وغايات صندوق الزكاة

من أهداف الصندوق وغاياته ما يلي:

- 1- إحياء فريضة الزكاة وترسيخها في أذهان المسلمين.
- 2- إظهار الدور الحقيقي للزكاة كمؤسسة منظمة تتولى الدولة شؤون جمعها وصرفها حتى يسود النفع العام للمجتمع.
- 3- إدخال الزكاة كمتغيرة جديدة إلى جانب الضمان الاجتماعي ومنح العجز والبطالة والإعاقة تساعد في مكافحة الفقر.
- 4- إنعاش الاقتصاد الوطني ورفع مستوى النمو الاقتصادي عن طريق استثمار أموال الزكاة.

المطلب الثاني :صندوق الزكاة في الجزائر

أنشأت الجزائر صندوقاً للزكاة يعمل تحت وصاية وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والتي تضمن له التغطية القانونية بناء على القانون المنظم لمؤسسة المسجد، ويقوم على تسييره المجتمع من خلال القوى الفاعلة فيه كالأئمة ولجان الأحياء وكبار المزمكين ودوي البر والإحسان⁽⁵⁰⁾ . وفي هذا المطلب، سنتطرق إلى نشأة الصندوق وهيكله التنظيمي(الفرع الأول)، ثم إلى طرق جمع الزكاة وتوزيعها(الفرع الثاني) وأخيراً، واقع عمل صندوق الزكاة في الجزائر(الفرع الثالث).

50- أنظر، أ.سوامس رضوان وأ. لعيوني الزويبير، المرحح السابق.

الفرع الأول : نشأة صندوق الزكاة وهيكله التنظيمي

صندوق الزكاة مؤسسة دينية اجتماعية تعمل تحت إشراف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

1 - نشأة صندوق الزكاة :

تأسس صندوق الزكاة في الجزائر عام 2003 بانطلاق تجربة في ولايتين نموذجيتين هما عنابة وسيدي بلعباس، حيث تم فتح حسابين بريديين جاريين تابعين لمؤسسة المسجد على مستوى الولايتين لتلقي أموال الزكاة والتبرعات من المزكين والمتصدقين في شكل حوالات بريدية، حيث لا تقبل الزكاة إلا نقدا وفقا لهذه الطريقة فقط. وفي سنة 2004 تم تعميم هذه العملية على كافة ولايات الوطن الثماني والربعين بفتح حسابات بريدية جارية تابعة لصندوق الزكاة على مستوى كل ولايات الوطن.

2 - الهيكل التنظيمي لصندوق الزكاة :

يتكون صندوق الزكاة من ثلاثة لجان:

- اللجنة الوطنية لصندوق الزكاة وتكون على المستوى الوطني. ومن مهام هذه اللجنة: رسم ومتابعة السياسة الوطنية للصندوق، النظر في المنازعات، وضع الضوابط المتعلقة بجمع وتوزيع الزكاة. وأن هذه اللجنة تتكون من المجلس الأعلى لصندوق الزكاة ولجانه وكذلك المكتب الوطني لصندوق الزكاة.

- اللجنة الوطنية لصندوق الزكاة وتكون على المستوى الولائي. ومن مهام هذه اللجنة، تنظيم العمل، المراقبة والمتابعة، التوجيه والنظر في المنازعات، ومهمة الأمر بالصرف. وتتكون هذه اللجنة من المكتب التنفيذي وهيئة ولجان المداولات.

- اللجنة القاعدية لصندوق الزكاة وتكون على مستوى كل دائرة. ومن مهامها: إحصاء عدد المزكين والمستحقين، التوجيه والإرشاد، التحصيل، التوزيع والتحسيس. وتتكون هذه اللجنة من المكتب التنفيذي وهيئة المداولات.

الفرع الثاني: تحصيل الزكاة وتوزيعها

أ- تحصيل الزكاة

هناك ثلاث طرق يتم بها تحصيل الزكاة وهي:

- الحوالة البريدية

- الصك

- الصناديق المسجدية: حيث توضع في كل مسجد صناديق لجمع الزكاة تسهيلا على

المواطن الذي يتعذر عليه دفعها في الحسابات البريدية. الإجراءات التنظيمية العامة:

- يجب ان تكون الملصقات الخاصة بجملة الزكاة على كل الصناديق التي توضع داخل

المسجد.

- يجب أن يكون كل صندوق بقفلين أحدهما لإمام المسجد والثاني لأحد كبار المزمكين

داخل قاعة الصلاة

- يعتمد دفتر المحاضر الأسبوعية لكل ما تم جمعه. ويجب أن يكون هذا الدفتر مرقما

ومؤشرا من طرف المديرية الولائية للشؤون الدينية.

ب - توزيع الزكاة

1- كيفية توزيع حصيلة الزكاة

تتمثل إستراتيجية صندوق الزكاة في توزيع حصيلة الزكاة في تجزئتها إلى ثلاث

أجزاء

- الفقراء والمساكين: ويضم هذا الجزء مصرفي الفقراء والمساكين.

- تسيير الصندوق: ويضم هذا الجزء مصرف العاملين عليها.

- تنمية حصيلة الصندوق: فقد خصص الصندوق جزءا من أموال الزكاة للاستثمار

لصالح الفقراء من حاملي الشهادات وأصحاب الحرف وذلك باعتماد طريقة القرض

الحسن أو شراء أدوات العمل للمشاريع الصغيرة والمصغرة.

غير أن هذا التوزيع لا يمس ولايات الوطن التي لا تبلغ حصيلة الزكاة بها الحد الأدنى للإستثمار الذي حددته وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بـ 5.000000,00 د.ج.، ولذلك فإن التوزيع يتم بطريقتين:

- طريقة الدعم المباشر للفقراء والمساكين فقط

- طريقة الدعم المباشر والاستثمار لصالح الفقراء والمساكين معا. وتكون كالتالي:

إذا بلغت حصيلة الزكاة مقدار 5.000.000,00 د.ج. أو تجاوزه، فإن تمويل الفقراء يكون كما يلي:

- الدعم المباشر للفقراء العاجزين عن أداء عمل أو حرفة.

- الاستثمار لصالح الفقراء من حاملي الشهادات وأصحاب الحرف ويكون كما يلي:

• 50 % توجه للفقراء والمساكين.

• 5 ، 12 % توجه لمصاريف الزكاة.

• 5 ، 37 % تخصص لتنمية الصندوق.

ب- إجراءات التمويل بطريقة الدعم المباشر

يقدم الصندوق دعما مباشرا للعائلات الفقيرة والتي فيها ربّ السرة عن أداء عمل او حرفة، ويكون الدعم بشكل دوري، شهري أو ثلاثي أو سنوي، يختلف باختلاف حصيلة الزكاة. وقبل استفادة العائلات الفقيرة من هذا الدعم، لابد من بعض الإجراءات التي تقوم بها اللجان القاعدية للصندوق نوردها في النقاط التالية:

- جمع المعلومات حول مستحقي الزكاة.

- دراسة الملفات على مستوى اللجنة القاعدية للزكاة.

- دراسة الملفات على مستوى اللجنة الولائية للزكاة.

- توزيع الزكاة.

ج- إجراءات التمويل عن طريق الإستثمار لصالح الفقراء: وفي هذا نتعرض إلى

أنواع التمويلات ومراحل الحصول على التمويل من صندوق استثمار أموال الزكاة.

1- أنواع التمويلات:

- تمويل مشاريع دعم وتشغيل الشباب.
 - تمويل مشاريع الصندوق الوطني للتأمين على البطالة.
 - تمويل المشاريع المصغرة.
 - دعم المشاريع المضمونة لدى صندوق ضمان القرض.
 - مساعدة المؤسسات الغرمة القادرة على الانتعاش.
 - إنشاء شراكة بين صندوق استثمار أموال الزكاة وبنك البركة الجزائري.
- 2- مراحل الحصول على التمويل من صندوق استثمار أموال الزكاة:
- يتقدم المستحق للزكاة استثمارا بطلب الاستفادة من قرض حسن لدى اللجنة القاعدية لصندوق الزكاة.
 - تحقيق اللجنة من أحييته على مستوى خلايا الزكاة في المساجد بالتعاون مع لجان الحياء.
 - بعد التحقق من أنه مستحق، تصادق اللجنة القاعدية على طلبه.
 - ترسل الطلبات المقبولة إلى اللجنة الولائية للصندوق.
 - ترتب اللجنة الطلبات حسب الأولوية في الاستحقاق على أساس الأشد تضررا والأكثر نفعا (مردودية عالية وتوظيف أكبر).
 - توجه قائمة خاصة إلى الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب لاستدعاء المستحقين بغية تكوين ملف وفق الإجراءات المعمول بها لديها
 - توجه قائمة خاصة إلى الصندوق الوطني للتأمين على البطالة لاستدعاء المستحقين بغية تكوين ملف وفق الإجراءات المعمول بها لديه.
 - توجه قائمة خاصة إلى بنك البركة المستحقين في إطار التمويل المصغر والغارمين لاستدعائهم لتكوين الملف اللازم.

- توجه القائمة الخاصة للمستحقين في إطار تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين على البطالة المصادقة عليها من اللجنة الولائية إلى بنك البركة ليقرر البنك نهائيا قابلية تمويل المشاريع أو لا وهذا وفقا للمعايير التي يعتمدها عادة.

الفرع الثالث : تطور حصيلة الزكاة في الجزائر

بحكم المدة القصيرة لنشوء صندوق الزكاة بالجزائر، فإن حصيلته لا تزال محتشمة مقارنة ببعض الدول العربية كالسودان مثلالن التي أصبحت الزكاة به من أهم المتغيرات الاقتصادية التي تلعب دورا كبيرا في التوازن الاقتصادي لهذا البلد. ورغم ذلك فإن حصيلة الزكاة بالجزائر تعرف تزايدا مستمرا وملحوظا. وهذا ما سنتعرض له فيما يلي:

أ. تطور حصيلة زكاة المال: يمثل الجدول التالي تطور حصيلة المال في الجزائر بين

عامي 2003 - 2005 :

السنوات	2003	2004	2005
الحصيلة	50.000.000 د.ج.	240.000.000 د.ج.	375.000 000 د.ج.

وقد تم توزيع هذه الحصيلة كما يلي:

السنوات	2003	2004	2005
المستفدون	عدد العائلات المستفيدة لم يتم توزيع	30.000 عائلة	60.000 عائلة
بطريقة الدعم المباشر	عدد المستفيدين بطريقة	234 مستفيدا في	620 مستفيد في
القرض الحسن (الاستثمار)	-	16 ولاية	20 ولاية

ب - الطموحات التي يرجى تحقيقها في المستقبل

- 1 - الارتقاء بأداء الصندوق فيكون النموذج الأول في محاربة الفقر بالجزائر.
 - 2- السير بإستراتيجية "الصندوق يذهب إلى المزكي لجباية ماله" وليس العكس كما هو حاصل.
 - 3 - التمهيد لاكتساب صندوق الزكاة الشخصية الاعتبارية المستقلة بإنشاء مديرية الزكاة.
- وفي الأخير، يمكن القول أن صندوق الزكاة بالجزائر ورغم حداثة نشأته، إلا أنه ينمو بخطى متسارعة وهو ما توضحه النتائج المحصل عليها خلال ثلاث سنوات. ومن خلال دراستنا للموضوع بصفة عامة وحالة الجزائر بصفة خاصة، يمكننا تقديم بعض الاقتراحات التي ربما يكون لها صدق في المستقبل:
- 1 - تخصيص هيئة مستقلة للزكاة ذات شخصية اعتبارية وقانونية تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، ولها الحق في التعاقد والتملك.
 - 2 - التعجيل في إصدار قانون الزكاة الملزم بأداء الزكاة لصندوق الزكاة. وبالمقابل تخفيض الضريبة بالتدرج بالموازاة مع تنامي حصيلة الزكاة.
 - 3 - الارتقاء بمستوى العاملين عليها بتوظيف أشخاص مشهود لهم بالاستقلالية والنزاهة والتقوى والعلم لضمان وصول الحق لأصحابه، وحتى تقوم الزكاة بدورها التوزيعي على أكمل وجه.
 - 4 - القيام بدورات تدريبية في مجال الزكاة من أجل تأهيل العاملين عليها وإكسابهم المهارات اللازمة لتجويد أدائهم حتى يحققوا الرسالة المناطة بصندوق الزكاة.
 - 5 - المراقبة المستمرة لعمل الصندوق من طرف هيئات مراقبة مختصة من أجل ضمان السير الحسن له وحتى تزداد ثقة المزكّين في عمله.
 - 6 - خلق مجال تعاون مع مؤسسات الزكاة في الوطن العربي والإسلامي من أجل أخذ الخبرات في مجال الزكاة والوقوف أمام التحديات العالمية.

7- تكثيف عمل وسائل الإعلام بخصوص الإشهار بمشروع صندوق الزكاة، والإعلان عن حصيلة الزكاة وكيفية توزيعها أولا بأول حتى يتجسد مبدأ الثقة في عمل الصندوق.

الخلاصة

كخلاصة لهذه المقال، يمكن القول بأن الزكاة تعدّ نظاما له من المرونة ما يجعله يستوعب مستجدات بدأت تستعيد مكانها في المجتمع كأداة تكافل اجتماعي، وكمتغيرة اقتصادية لها وزنها في الاقتصاد الكلي وذلك بعد تفتن العديد من الدول العربية والإسلامية إلى ضرورة إحياء هذه الشعيرة بشكل مؤسساتي منظم عساها تقضي على المشاكل الاجتماعية والاقتصادية التي عجزت الأدوات الوضعية عن حلّها. وقد تحقق ذلك فعلا، في بعض الدول العربية كالسودان التي أصبحت الزكاة به من أهم أدوات التوازن الاقتصادي لهذا البلد، وأصبح للسودان تجربة رائدة في مجال التطبيق العملي للزكاة. والجزائر، كغيرها من دول الوطن العربي والإسلامي، أدخلت الزكاة كمتغيرة جديدة من خلال إنشائها صندوق الزكاة. فهذا الأخير، الذي ورغم تجربته الفتية، إلا أنه ينمو بخطى متسارعة من خلال التطور الذي عرفته الحصيلة لعامي 2005 و2006، وعدد المستفيدين من إعاناتهن وهو ما يؤهله لأن يكون النموذج الأول لمحاربة الفقر في الجزائر.

المراجع

- 1- مصحف القرآن الكريم برواية ورش عن نافع، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002 .
- 2- الإمام البخاري، صحيح البخاري، حققه محمد ذهني، دار الفكر، 1981.
- 3- الإمام مسلم، صحيح مسلم، حققه وصححه محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة الطبع.
- 4- الإمام ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد ناصر الدين اللبائين مكتبة المعارف، الرياض، بدون سنة الطبع.
- 5- الإمام الترميذي، سنن الترميذي، دار الفكر،، بيروت، ط.2، 1983.
- 6- الشيخ منصور علي ناصف، التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول، ج.2، دار الجيل، بيروت، بدون سنة الطبع.
- 7- سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، 2003.
- 8- عبد الرحمان طالب، موسوعة الأحاديث النبوية، ج.1، موفم للنشر، 1995.
- 9- الإمام أبو حامد الغزالي، كتاب الحج، الزكاة، الصوم، دار إقرأ، 1985.
- 10- الطاهر عامر، الزكاة، سلسلة فقه إمام، دار الهجرة، ط.18، 2003.
- 11- يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، ج.1 و2، 1988.
- 12- احمد شلبي، موسوعة الحضارة الإسلامية، ج.4، الاقتصاد في الفكر الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط.10، بدون سنة الطبع.
- 13- أحمد يوسف، أحكام الزكاة وأثرها المالي والاقتصادي، دار الثقافة، القاهرة، 1990.
- 14- السيد علي شتا، النظام الاقتصادي في المجتمع الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1993 .
- 15- أ.جمال لعامرة، النظام المالي في الإسلام، المؤسسة الجزائرية للطباعة.

- 16 - عبد العزيز فهمي هيكل، مدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
- 17 - غازي عناية، الزكاة والضريبة، منشورات دار الكتب، 1991.
- 18 - غازي عناية، المالية العامة والتشريع الضريبي، دار النهضة العربية، بيروت، 1972.
- 19 - محمد الخالدي، زكاة النقود الورقية المعاصرة، شركة الشهاب، الجزائر.
- 20 - عبد المنعم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية، دار النهضة العربية، بيروت، ط.1، 2001.
- 21 - كمال رزيق، إرساء مؤسسة الزكاة بالجزائر، دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2000.
- 22 - سوامس رضوان، أ. لعيوني زوبير، مداخلة بعنوان "مؤسسة الزكاة كآلية لمكافحة الفقر وتنشيط استثمار الأموال"، الملتقى الدولي الأول حول مؤسسات الزكاة في الوطن العربي، جامعة سعد دحلب، البليدة.
- 23 - حمدي محمد، مداخلة بعنوان "مدى إمكانية استثمار أموال الزكاة"، الملتقى الدولي الأول حول مؤسسات الزكاة في الوطن العربي، جامعة سعد دحلب، البليدة.

النظام القانوني للرخصة وممارسة الأنشطة التجارية

بقلم: بكاي عيسى

مدير جهوي للتجارة

أستاذ مشارك بجامعة فرحات عباس

- كلية الحقوق - بسطيف

القانون التجاري هو القانون الذي يحكم الأعمال التجارية و طائفة التجار و تطبق أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية والأشخاص الممارسين في حقل التجارة والذين تتوفر فيهم صفة التاجر.

ويشترط لإكتساب هذه الصفة ممارسة الأعمال التجارية التي حددها هذا القانون على سبيل الإحتراف بعد توفر أهلية للإتجار و في هذا السياق نص القانون التجاري على مايلي (يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك).⁽¹⁾

وقد عدد القانون التجاري الأعمال التجارية في مواد 2، 3، 4 ورتب إلتزامين على من توافرت فيهم شروط إكتساب صفة التاجر وأرادوا مباشرة الأعمال التجارية و يتمثلان في القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية.

1 - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، معدل و متمم إلى غاية قانون رقم 05-02 المؤرخ في 50-20 فبراير سنة 2005.

ولكن تطور النشاطات التجارية وتعددها أفرز نوعا من النشاطات التجارية التي لا يمكن القيد في السجل التجاري لمباشرتها إلا بالحصول على رخصة مسبقة. وتتعدد الرخص بحسب طبيعة الأنشطة المراد مزاومتها ، وترتبط أحيانا إما بالأماكن أو بالأشخاص أو بالأنشطة ، فبالنسبة للأنشطة مثلا (النقل ، المشروبات ، قاعات الألعاب) أما الأماكن (الأنشطة التجارية غير القارة، وأسواق الجملة)، أما الأشخاص (الأجانب بطاقة التاجر) ويشترطها القانون كإثبات لتوافر شروط ومعايير تقتضيها ممارسة الأنشطة المقننة.

ويرى بعض الفقهاء أن هذه الرخص تشكل عنصرا من عناصر المحل التجاري إذا كان من الممكن التنازل عنها أثناء العمليات الواردة على المحل التجاري⁽²⁾ ، وتنتقل بانتقاله خاصة عندما يتعلق الأمر ببعض النشاطات المقننة التي لا تكون فيها شخصية التاجر محل إعتبار.

في حين يرى البعض الآخر من الفقهاء ارتباط الرخص والاعتماد بالشخص وتمتعها بالطابع الشخصي حيث لا قيمة تجارية لها وتمنح من طرف السلطات العمومية نتيجة تمتع الشخص بمؤهلات تقنية أو مهنية أو حتى شخصية وبالتالي لا تعتبر جزء من عناصر المحل التجاري ويمكن في حالة التوقف عن النشاط أن يتحصل عليها المالك الجديد للمحل التجاري إذا توفرت فيه نفس الشروط المطلوبة طبقا للأحكام المنظمة لذلك النشاط.

و من هنا يطرح الإشكال الأتي ما هو النظام القانوني الذي لا يسمح بمباشرة بعض الأنشطة التجارية إلا بالحصول على رخصة⁽³⁾ إدارية مسبقة ؟ و ما هو سبب قيام هذا

2- أنظر أحمد محرز- القانون التجاري الجزائري- الجزء الأول- نظرية الأعمال التجارية و صفة التاجر والدفاتر التجارية و المحل التجاري- صفحة 194 الطبعة 1980-

3- الفعل رخص يعني إعطاء لشخص الإذن أو السلطة أو الحق في ممارسة أو القيام أو فعل شيء ما، والرخصة تعني فعلا لترخيص أي الوثيقة التي ترخص .

النظام القانوني المؤسس لرخصة في ظل مبادئ اقتصاد السوق خاصة إذا علمنا أن هناك أكثر من 100 نشاط خاضع للرخصة أو الاعتماد كشرط مسبق للقيد في السجل التجاري. ولإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت إتباع الخطة الآتية.

المبحث الأول : الرخصة وممارسة الأنشطة التجارية:

المطلب الأول: الرخص وثيقة أساسية للقيد في السجل التجاري ؛

المطلب الثاني: المبرر القانوني لتنظيم بعض المهن و الأنشطةص؛

المطلب الثالث: الرخصة و حرية التجارة والصناعة ؛ص

المطلب الرابع: الرخصة و علاقتها بصفة التاجرص.

المبحث الثاني: التطبيق القانوني للرخصة

المطلب الأول : العناصر الأساسية (المعايير) لتحديد النشاط أو تاطيره(تنظيمه)؛

المطلب الثاني: النظام الجزائي الموقع لغياب الرخصة ص؛

المطلب الثالث: الآثار القانونية لسحب الرخصة ؛

المطلب الرابع: دراسة حالة.

خاتمة

المبحث الأول : الرخصة وممارسة الأنشطة التجارية :

في هذا المبحث نعرض النصوص التشريعية و التنظيمية التي رتبت إلزامية الحصول على الرخصة قبل القيد في السجل التجاري و المبرر القانوني و التنظيمي لخضوع ممارسة بعض الأنشطة التجارية لهذه الرخصة و مناقشة أمر طلب الرخصة في ظل مبدأ حرية التجارة و الصناعة المكرس دستورا و علاقة الرخصة باكتساب صفة التاجر.

المطلب الأول: الرخص وثيقة أساسية للقيّد في السجل التجاري للممارسة الأنشطة والمهنة المنظمة :

يتناول نص القانون 04-08 المؤرخ في 18 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية أن التسجيل في السجل التجاري يمنح الحق في الممارسة الحرة للنشاط التجاري باستثناء النشاطات و المهنة المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجارية والتي تخضع ممارستها للحصول على ترخيص أو اعتماد (الفقرة 2 من المادة 4)⁽⁴⁾ وتأتي هذه الفقرة تأكيداً للقاعدة لعامة التي يجسدها القيد في السجل التجاري والتي تتمثل في ما ذهب إليه الفقرة لأولى من هذه المادة والتي نصت على ما يلي (يلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة نشاط تجاري بالقيد في السجل التجاري ولا يمكن الطعن فيه في حالة النزاع أو الخصومة إلا أمام الجهات القضائية المختصة).

وقد أورد هذا النص قسماً خاصاً من إحدى فصوله تحت عنوان "الأنشطة أو المهنة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري" لتتنص أحكام مادته 25⁽⁵⁾ على ما يلي (تخضع ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إلى الحصول قبل تسجيله في السجل التجاري على رخصة أو اعتماد مؤقت تمنحه الإدارات أو الهيئات المؤهلة لذلك. غير أن الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة أو المهنة المقننة يبقى مشروطاً بالحصول المعني على الرخصة أو الاعتماد النهائي المطلوبين للذين تسلمهما الإدارات أو الهيئات المؤهلة وتحدد شروط كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم).

وقد أتى هذا النص لأول مرة بفكرة الرخصة أو الاعتماد المسبق المؤقت للقيد في السجل التجاري وصرح أن لشروع الفعلي في النشاط لا يمكن أن يتم إلا بعد الحصول على الرخصة النهائية. وكان المبرر وراء هذه الفكرة هو القضاء على البيروقراطية الإدارية في

4- القانون 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية (ج.ر. رقم 52

المؤرخة في 18 أوت 2004)

5- انظر قانون المراجع السابق

الحصول على هذه الوثيقة و التي كانت تقف في كثير من الأحيان حجر عثرة أمام استخراج السجل التجاري و بالتالي أمام الاستثمار.

و من جهة أخرى فقد تعرضت كل النصوص السابقة المتعلقة بالسجل التجاري إلى إلزامية الحصول على الرخصة لممارسة أي نشاط تجاري مقذن، حيث اقتضى أول نص ينظم السجل التجاري المتمثل في المرسوم التنفيذي 15/79⁽⁶⁾ وتأكد هذا في المرسوم التنفيذي 258/83 المتعلق بنفس الموضوع⁽⁷⁾،⁽⁸⁾.

ثم تدخل المرسوم رقم 229/28 الصادر في 5 نوفمبر 1988 و الذي كان موضوعه تخفيف شروط التسجيل في السجل التجاري⁽⁹⁾ ليلغى طلب تقديم الرخصة لجميع الأنشطة الاقتصادية المقننة و الخاضعة للرخصة عند القيد في السجل التجاري. مما تسبب في إشاعة الفوضى التجارية خاصة ممارسة الأنشطة التجارية التي تشكل مساسا و خطرا على صحة و أمن وطمأنينة المستهلك أو المواطن.

كما ألغى هذا النص شهادة المنفعة الاقتصادية و الاجتماعية المنصوص عليها في النصين 15/79 و 258/83 كوثيقة أساسية للقيد في السجل التجاري.

علاوة على الرخصة المتعلقة بالنشاط التجاري أو المهنة المقننة فإن المرسوم رقم 15/79 المؤرخ في 25 جانفي 1979 قد أقتضى تقديم شهادة يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي تثبت المنفعة الاجتماعية و الاقتصادية للنشاط التجاري المزمع ممارسته

6- المرسوم التنفيذي رقم 15/79 المؤرخ في 25/01/1979 يتضمن تنظيم السجل التجاري .

7- المرسوم رقم 258/83 المؤرخ في 19/04/1983 المتعلق بالسجل التجارية (ج. رقم 16 بتاريخ 19/04/1983 صفحة 719) .

8- المرسوم رقم 229/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن تخفيف شروط القيد في السجل التجاري.(ج رقم 46 بتاريخ 09/11/1988 صفحة 1205 .

9- المرسوم رقم 229/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن تخفيف شروط القيد في السجل التجاري.(ج رقم 46 بتاريخ 09/11/1988 صفحة 1205 .

و توفر المحل على شروط النظافة و الصحة المطلوبين في مادتيه 11 و 12 و أكد المرسوم 258/83 المؤرخ في 16 أفريل 1982 و المتعلق بالسجل التجاري تقديم هذه الوثيقة من خلال مواده من 15 إلى 20 .

ثم طلب الرخصة للممارسة الأنشطة المقننة المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري الساري المفعول و المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 453/03 المؤرخ في 01/ديسمبر/ سنة 2003 و المتخذ طبقا لأحكام القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري إذ تعتبر الرخصة أو الاعتماد إحدى الوثائق الهامة الواجب تقديمها في طلب القيد في السجل التجاري سواء للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية (المادة 12 - 13) من المرسوم 41/97 .

المطلب الثاني: المبرر القانوني لتنظيم بعض المهن و الأنشطة :

نص الدستور صراحة على أن حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون أي أن القانون هو الذي قد يرسم حدود هذه الحرية و هنا نصت أحكام المادة 24⁽¹⁰⁾ التي تقتضي تخضع شروط و كيفيات ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إلى القواعد الخاصة المحددة بموجب القوانين أو التنظيمات الخاصة التي تحكمها. تحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

وقد تناولت أحكام المادة 18 من نفس القانون 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري: يثبت التسجيل في السجل التجاري الصفة القانونية للتاجر . ويخول هذا التسجيل الحق في حرية ممارسة النشاط التجاري ، وبهذه الصفة لا يحد التاجر في اختياراته ولا في

10 - القانون 04 - 08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية (ج.ر.رقم 52 المؤرخة في 18 أوت 2004)

أهدافه ولا في تبديل نشاطه أو مكان ممارسته إلا بإجراءات الإعلانات القانونية مع الأحكام التقنية التي تخص الأنشطة الخطيرة وغير الصحية والمضرة..¹¹.

من خلال هاتين المادتين هناك إشارة إلى حرية ممارسة النشاط التجاري وحرية الاختيار في الهدف وفي تبديل النشاط ومكان ممارسته ، إلا فيما يخص الأنشطة الخطيرة وغير الصحية والمضرة ، يجب توافر شروط قانونية و تقنية لممارستها وهذا بسبب انشغالات ومصالح تضطلع السلطة العامة بالتكفل بها وتسهر على حمايتها وقد أقتضى القانونين صدور تنظيم يحدد القواعد الخاصة لهذه الأنشطة المقننة.

وفي هذا الإطار وضع المشرع الجزائري جهازا تنظيميا مرجعيا تقرر بموجب بالمرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 جانفي 1997 تعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري و تأطيرها .ليتبين من خلال أحكامه أن كل إجراء متخذ خارج هذا الإطار القانوني لا يمكن له الحد من مبدأ حرية التجارة والصناعة.

وقد تدخل المرسوم التنفيذي المذكور سالفا في مادته الأولى لوضع جملة من المعايير المرجعية و التنظيمية لتأطير و تحديد الأنشطة التجارية والصناعية الواجبة التقنين وتوضيح محتواها العام كي تكون موضوع مراسيم تنظيمية بناء على اقتراح من الوزير المعني بالنشاط أو المهنة المراد تنظيمها⁽¹¹⁾.

و يبرز هذا المرسوم و يبين بصفة عامة أهم الانشغالات والمصالح التي ذكرها في المادة الثالثة منه والتي من أجلها هناك تأطير و تحديدا لبعض المعايير للممارسة بعض الأنشطة و المهن و المتمثلة فيما يلي :

1- النظام العام ؛

2- حماية الصحة العمومية ؛

11- المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 18 جانفي 1997 تعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري و تأطيرها.

- 3- حماية الأخلاق والآداب العامة ؛
- 4- حماية حقوق الخواص ومصالحهم المشروعة؛
- 5- حماية الثروات الطبيعية والممتلكات العمومية التي تكون الثروة الطبيعية ؛
- 6- احترام البيئة والمناطق والمواقع المحمية والإطار المعيشي للسكان؛
- 7- حماية الاقتصاد الوطني.

المطلب الثالث : الرخصة و حرية التجارة والصناعة :

تضمنت أحكام دستور 96⁽¹²⁾ فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة في المادة 37 منه أن " حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون" كما أضافت المادة 52 منه " الملكية الخاصة مضمونة" و هذا يعني ضمان آخر يحمي الملكية الخاصة التي هي دعامة حرية المبادرة الخاصة في ظل مبادئ اقتصاد السوق .

ولهذا نقول أن حرية التجارة و الصناعة تشكل إحدى محاور الحقوق و الحريات العامة المكفولة دستوريا و أي تقييد أو منع لهذه الحرية يجب أن يجد مصدره في القانون. و بعد أن كرس الدستور حرية التجارة و الصناعة يمكن للقانون أن يضع ضوابط للأنشطة ذات العلاقة بالانشغالات و المصالح العليا المذكورة .

و في هذا الإطار ينص القانون 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 في مادته 24 (تخضع شروط و كفاءات ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري للقواعد الخاصة المحددة بموجب القوانين أو التنظيمات الخاصة التي تحكمها. تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.)

و باعتبار أن القانون مادة تشريعية هي التي سمحت بتنظيم هذه الأنشطة التجارية و الصناعية عن طريق المراسيم الأمر الذي يعتبر تفويض بالإختصاص للسلطات التنفيذية التي قد ترى من أجل حماية بعض المصالح و الإنشغالات بد من وضع حدود لهذه الحرية عن طريق التنظيم لرخصة ما .

12- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 .

وهذا تأكيدا للقول (تعد السلطة التشريعية ممثلة في مجلس الشعب صاحبة الحق الأصل في سن التشريع العادي و مع ذلك فقد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سنه في حالتين هما حالة الضرورة و حالة التفويض⁽¹³⁾ .

و بالتالي فإن الإدارة أمام هذه الحرية المكرسة بالدستور لا تستطيع الحد أو حصر هذه الحرية بحجة صلاحيات النظام العام ، إلا عن نص تنظيمي(مرسوم تنفيذي) محدد المعالم.

و هذا ما جاء به سابقا القانون 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 و المتعلق بالسجل التجاري حيث نص على هذه الإمكانية تاركا الأمر من خلال المادة 5 و 5 مكرر إلى أعمال التنظيم و هذا ما أكدته أحكام المرسوم التنفيذي رقم 40/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتضمن معايير تحديد و تأطير الأنشطة المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري في نص المادة الرابعة منه.

وهنا نشير إلى اللجوء إلى دراسة نظام الرخصة من خلال أحكام للقانون 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 والنصوص التطبيقية له و الذي ألغي في جل أحكامه بالقانون 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 طبقا للفقرة الأخيرة من المادة من هذا القانون و التي تنص على ما يلي تبقى النصوص التطبيقية للقانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المذكورة أعلاه سارية بصفة انتقالية حتى تاريخ بداية سريان مفعول النصوص التنظيمية الجديدة التي تلغيها باستثناء المراسيم التنفيذية المخالفة لأحكام هذا القانون .مع الإشارة أن القانون 08/04 تعرض لنفس الأمر في مادتيه 24 و 25 .

المطلب الرابع : الرخصة و علاقتها بصفة التاجر :

تنص المادة الأولى من القانون التجاري على ما يلي(يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك) .

13 - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني و بخاصة المصري و اللبناني القاعدة القانونية دكتور رمضان أبو السعود الدار الجامعية للطباعات و النشر- بيروت) .

توضح هذه المادة الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر وتترك المجال للقانون الذي قد ينص على خلاف هذا الأمر.

ومن جهة أخرى وللتذكير فإن المادة 21 من القانون التجاري تنص على ما يلي (كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة). وتبين هذه المادة أن القيد في السجل التجاري قرينة قانونية قاطعة على اكتساب صفة التاجر.

إلا أن المادة 18 أ أكدت والتي لم تلغ مع صدور القانون 04-08 المؤرخ في 18 اوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

~ يثبت التسجيل في السجل التجاري الصفة القانونية للتاجر..... مع مراعاة الأحكام التقنية التي تخص الأنشطة الخطرة وغير الصحية والمضرة... التي ينص عليها القانون. ولا يجوز تعديل أو سحب الصفة القانونية للتاجر المقررة من قبل عند تنفيذ السلطات الإدارية كل فيما يخصها وفي حدود اختصاصاتها الأحكام التقنية ورخص الشرطة الإدارية طبقا للقانونين المعمول بها.

لقد حاولت هذه النصوص التشريعية والتنظيمية الجديدة المتعلقة بنظام السجل التجاري التمييز بين الاعتراف بصفة التاجر التي يحددها القانون التجاري لممارسته النشاطات الاقتصادية والرخص والاعتمادات لمباشرة البعض منها ، حيث يمنع فقدان الشروط القانونية المطلوبة لممارسة المهن المنظمة المذكورة القيد في السجل التجاري وبالتالي ممارسة النشاط المنظم لكن لا يمنع الاعتراف بصفة التاجر.

وإذا كانت هذه الرخص أو الاعتمادات تفرض بقوة القانون على التجار فإنه لا يمكن اعتبارها مرجع له قيمة في الاعتراف⁽¹⁴⁾ بصفة التاجر لأن هذه الصفة وشروط إكتسابها

14 - مذكرة رقم 2627 المؤرخة في 1997/4/9 صادرة عن المركز الوطني للسجل التجاري موجه إلى السادة مأموري الملحقات المحلية للمركز الوطني للسجل التجاري حول النصوص التشريعية والتنظيمية الجديدة المعمول بها في التسجيلات بالسجل التجاري .

من طرف الشخص الطبيعي أو المعنوي وأشكال إثباتها يحددها ويعرفها القانون التجاري وأعرافه.

وبالتالي اعتبرت الرخصة أو الاعتماد شرطا مسبقا للقيد في السجل التجاري الإلتزام الذي يثبت اكتساب صفة التاجر عند الرغبة في ممارسة النشاط التجاري المنظم وبالتالي فعدم الحيازة عن الرخصة يحرم الشخص الطبيعي أو المعنوي من القيد في السجل التجاري ولكن لا أثر له على إكتساب او فقد صفة التاجر .

ولهذا فإن النصوص المحددة للأنشطة المقننة و المنشئة لنظام الرخصة أو الاعتماد ، لا ترقى إلى مستوى القانون التجاري والقانون المنظم للسجل التجاري ، وبالتالي فإن قرارات السلطة الإدارية المتعلقة بمنح الرخص والسماح بممارسة الأنشطة الاقتصادية سببها احترام الشروط التقنية الخاصة بممارسة النشاطات المعنية وليس الاعتراف بصفة التاجر لممارسة الأعمال التجارية لأن ذلك من اختصاص القانون التجاري . وترجع فكرة الأنشطة المقننة لمراعاة الأحكام المتعلقة بحماية بعض الانشغالات و المصالح العامة و حماية الحريات الفردية والجماعية وتجسيد دولة القانون وما يترتب عن ذلك من استقلالية القضاء .

المبحث الثاني : التطبيق القانوني للرخصة

من خلال هذا المبحث و مطالبه و بعد تبين أن الرخصة وثيقة أساسية للقيد في السجل التجاري للممارسة للأنشطة والمهن المقننة نحاول عرض المعايير اللازمة لتأطير هذه الأخيرة والنظام الجزائري الذي وضعه المشرع الجزائري في حالة ممارستها بدون الرخصة مع تحديد الأعوان المؤهلون لمعاينة المخالفات الماسة بأحكام الرخص والآثار القانونية الناجمة عن ممارسة الأنشطة المقننة بدون رخصة وعن سحب الرخصة من طرف الهيئات المانحة لها و قد دعمنا بحثنا هذا بدراسة حالة.

المطلب الأول: العناصر الأساسية (المعايير) لتحديد النشاط أو تأطيره (تنظيمه) :

نصت المادتين 5 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 97/40 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتضمن معايير تحديد و تأطير الأنشطة المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري على وجوب على أن يعالج كل نص أي مرسوم تنفيذي يراد به تنظيم مهنة أو نشاط في إطار تطبيق أحكام المادة 4 منه العناصر التالية :

أ- طبيعة ومحتوى وموضوع النشاط : بالرجوع لمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري⁽¹⁵⁾ .

ب- الشروط التقنية و المهنية : إبراز القدرات المهنية و الشهادات أو المؤهلات التي يعترف بها قانون ممارسة هذا النشاط كما تحدد المواصفات التقنية للمحلات المهنية و التجهيزات التقنية المزمع إستعمالها و التي بدونها يمكن أن يشكل هذا النشاط خطرا على صحة و أمن المواطن .

ج- الوسائل و الطرق : ذكر الوسائل التقنية و الخطوات العملية المتبعة للمراقبة و الضمانات القانونية المعمول بها المقدمة أو الموفرة .

د- السلطة المانحة للرخصة : تحدد الجهات الإدارية التي تقوم بعمل تسليم الرخصة و التعرض الى الخطوات التنظيمية الواجب احترامها لإصدار الرخصة .

هـ- محتوى الملف : ذكر محتوى الملف أي الوثائق الواجب تقديمها إلى الإدارة المعنية .

و- رقابة المطابقة القبلية : إلزامية مطابقة المحلات أو الأجهزة أو المعايير الأمنية لكل الشروط القانونية و التقنية المعمول بها و تبث في هذا رقابة قبلية من طرف هيئات أو أعوان يكلفها المرسوم ، كشرط مسبق لدراسة الملف و منح الرخصة .

15 - انظر أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97/39 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بمدونة الانشطة الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري - المعدل و المتمم (ج.ر رقم 05 المؤرخة في 19/01/1997 ص 06).

ك- منح الرخصة و طرق الطعن : تحديد أجال فحص الملف و الرد على الطالب كما يبين طرق الطعن و أجال استئنافها في حالة رفض منح الرخصة .

ع- التزامات و واجبات صاحب الرخصة : حصر و تبيان إلتزامات و واجبات الشخص المستفيد من الرخصة أو الإعتماد و المسؤولية الناشئة جزاء الإخلال بمقتضيات الحيابة على الرخصة و تحدد العقوبات الجزائية و الإدارية ، لذا يجب ذكر المخالفات و التجاوزات المحتملة و الإجراءات الواجب إتخاذها في كل الحالات، و غالبا ما تكون هذه العقوبات الإدارية بغض النظر عن المساس بالمتابعات القضائية التي تنص عنها القوانين المعمول بها :

1 - الوقف المؤقت للنشاط الممارس ؛

2 - إلغاء الرخصة المسلمة أو سحبها النهائي المتبوع بطلب الشطب من السجل التجاري .

ص - الرقابة على النشاط : يؤسس المرسوم التنفيذي لرقابة خاصة على هذه الأنشطة أو المهن حيث يحدد موضوع الرقابة و كفياته و النصوص التشريعية الواجبة التطبيق مع الإشارة للهيئة أو الأعوان المكلفون برقابة هذا النشاط .

و تسمح هذه العناصر بتأطير قانوني لحرية ممارسة النشاطات و المهن التجارية و الصناعية المكفولة دستوريا إذ من جهة يتكرس احترام هذه الحرية و ممارستها في إطار القانون و من جهة أخرى توضع الضوابط اللازمة أمام الإدارة لإبعادها عن التدخل للحد و التضيق على هذه الحرية .

و تمنح الرخص بمقتضى قرارات إدارية تلتزم من الناحية القانونية لكي تكون عملا قانونيا مولدا و منتجا لأثاره القانونية و نافذا أو قابلا للنفاد أن تكون و صحيحة من حيث أركانها المتمثلة في :- ركن السبب ؛- ركن الاختصاص؛- ركن المحل؛- ركن الغاية⁽¹⁶⁾ .

16 - أنظر صفحة رقم 487 القانون الإداري عمار عوابدي - المؤسسة الوطنية للكتاب ديوان المطبوعات الديوانية للجزائر.

و في هذا المضمّر تجب الإشارة للمرسوم التنفيذي رقم 313/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000 مكمّل للمرسوم التنفيذي 40/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بمعايير تحديد و تأطير النشاطات و المهن المقننة الخاضعة للقيّد في السجل التجاري . و تدخل هذا المرسوم التنفيذي لإنشاء لجنة وزارية يرأسها الوزير المكلف بالتجارة تضطلع بمجانسة النصوص المتعلقة بالمهن و النشاطات المقننة الخاضعة للقيّد في السجل التجاري و التي تحدد شروط عملها بقرار من طرف وزير التجارة و تتولى :

- دراسة النصوص المعمول بها و تكييفها عند الحاجة ؛

- إبداء الرأي في مشاريع النصوص التي تبادر بها القطاعات ؛

- لفت انتباه المبادرين بالنصوص التنظيمية المعمول بها عندما تطرأ صعوبات في

تنفيذها. و تتكون هذه اللجنة من ممثل عن كل الوزارات ذات العلاقة بالأنشطة و المهن المقننة ولها الحق في إستدعاء أي شخص ذو كفاءة لإبداء رأيه.

بين إصدار هذا النص الأهمية المبالغة لموضوع الأنشطة التجارية و الصناعية المقننة إلا أنه كان من الأحسن إضافة ممثل عن وزارة العدل و يكون قاضيا بدل إستدعائه و هذا من أجل القضاء النهائي على نقائص و قصور هذه النصوص خاصة إذا علمنا أن عددها يتجاوز المائة و منها ما يعود لبداية الستينات و السبعينات.

المطلب الثاني: النظام الجزائري الموقع لغياب الرخصة و الأعوان المؤهلون لرقابة الرخصة :

لأول مرة تمنح النصوص التشريعية و التنظيمية لمصالح الرقابة التابعة لوزارة التجارة لمتابعة الرخصة من خلال القانون 08 . 04 ضمن المادة 30 منه⁽¹⁷⁾ و التي تنص على ما يلي ~ زيادة على ضباط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم خلال قانون

17 - القانون 08 - 04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية (ج. رقم 52 المؤرخة في 18 أوت 2004)

الإجراءات الجزائية، يؤهل للقيام بعمليات المراقبة و معاينة الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة والضرائب.

كما نصت المادة 40 من نفس القانون على ما يلي ~ مع مراعاة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الذي يحكمها يعاقب على ممارسة نشاط أو مهنة مقننة خاضعة لتسجيل في السجل التجاري دون الرخصة أو الاعتماد المطلوبين بغرامة من 5000 إلى 500.000 دج. علاوة على ذلك يقوم القاضي بغلاق المحل التجاري و في حالة عدم التسوية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ معاينة الجريمة يقوم القاضي تلقائيا بشطب السجل التجاري.

وبهذا يكون المشرع الجزائي قد:

- 1- صنف ممارسة نشاط تجاري بدون رخصة كجريمة؛
- 2- وضع نظام من الجزاءات يوقع على المخالف؛
- 3- أجاز للقاضي غلق لمحل التجاري و توقيف النشاط؛
- 4- منح أجل ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ المعاينة لمخالف لتسوية وضعيته؛
- 5- أجاز للقاضي شطب من السجل التجاري للمخالف في حال عدم تسويته لوضعيته. و هنا و انطلاقا من العنصر الأخير فإن التاجر يمكن أن يشطب من السجل التجاري بسبب عدم الحيازة عن الرخصة ليمنع من ممارسة العمل التجاري المنظم و بالتالي فقد صفة التاجر حيث أجاز المرسوم التنفيذي 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، الشطب من طرف القاضي طبقا لأحكام المادة 22 منه . و هنا يمكن الإشارة للمادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري و التي تنص على ما يلي (يكون الشطب بطلب من التاجر المعني، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، أو من خلفه في حقوقه في حالة الوفاة، أو من مصالح الرقابة المؤهلة، بعد التأكد من عدم احترام الإجراءات المطلوبة).

كذلك يجب الإشارة إلى الجملة الأولى من أحكام المادة 40 من القانون 08 . 04 و إلى نصها ~ مع مراعاة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الذي يحكمها ~. وهنا إشارة لنظام الجزاءات التي يجب أن يتضمنها المرسوم المنظم لنشاط ما في حالة الإخلال بالأحكام المتعلقة بالرخصة عند تحديد العناصر الأساسية لتحديد معايير ممارسة هذا النشاط وتأطيره.

المطلب الثالث : الأثار القانونية لسحب الرخصة :

تعرضنا في السابق لممارسة نشاط تجاري دون الحيازة على الرخصة المسبقة و تطبيقات المادة 40 من القانون 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية .

و ينطبق هذا الأمر كذلك على الشخص التاجر الذي تسحب منه الرخصة حيث تتم معاملته كالذي لا يحوز الرخصة في حال استمراره في ممارسة النشاط التجاري المقنن، إلا أنه تجب الإشارة إلى تطبيق المادة 32 من القانون 22/90 التي لم تلغ .
إن تنص أحكام هذه المادة على ما يلي :

~ يتلقى المركز الوطني للسجل التجاري عن المحاكم و السلطات الإدارية المعنية جميع القرارات أو المعلومات التي يمكن أن تتجر عنها تعديلات أو يترتب عليها منع من صفة التاجر لا سيما حالات التصريح بانعدام الأهلية و المنع من الممارسة و فقدان الحقوق الوطنية و المدنية أو أي عمل إرادي يوقف النشاط التجاري و تحدد الكيفيات العملية لتبليغ هذه المعلومات عن طريق التنظيم ~

و فعلا و طبقا لأحكام هذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 318/2000 المؤرخ في 16 أكتوبر 2000، يحدد كيفيات تبليغ المركز الوطني للسجل التجاري من الجهات القضائية و السلطات الإدارية المعنية بجميع القرارات أو المعلومات التي يمكن أن تنجز عنها تعديلات أو يترتب عليها منع من صفة التاجر .

وتتضمن القرارات القضائية النهائية الصادرة عن الجهات القضائية المنع من صفة التاجر بسبب التصريح بانعدام الأهلية و المنع من الممارسة و فقد الحقوق المدنية و الوطنية (أنظر المادتين 1 و 2 من هذا المرسوم) وتعلق قرارات الإدارة المنصوص عليها في هذا المرسوم فقط بسحب السلطات المعنية التراخيص الممنوحة لممارسة النشاط التجاري أو المهن المقننة (أنظر المادة 3 من هذا المرسوم)

و ينص هذا المرسوم بغض النظر عن القرارات القضائية التي تبلغ في مدة ثلاثة أشهر إلى المركز الوطني للسجل التجاري من طرف النيابة العامة لكل مجلس (المادة 2) على أن القرارات الإدارية القاضية لسحب التراخيص تبلغ لذات المركز في مدة 15 عشرة يوما من طرف السلطة المانحة (المادة 5).

و هنا يجب الإشارة إلى المادة 6 التي تنص على أنه يجب على المركز الوطني للسجل التجاري أن يبلغ مصالحه المحلية بالمعلومات المتحصل عليها لتطبيقها .

إن هذا التطبيق في نظرنا لا يجب أن يعني إلا القرارات القضائية المتضمنة الشطب من السجل التجاري في جميع الحالات لأنه لا يمكن أن يقرر المركز الوطني للسجل التجاري إجراء عملية الشطب إلا في الحالات التي ينص عليها المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري و التي تنص مادته 22 على مايلي : يتم الشطب من السجل التجاري في الحالات الآتية :

- التوقف النهائي عن النشاط ؛

- وفاة التاجر؛

- الغلق النهائي للمحل التجاري؛

- الإفلاس أو التسوية القضائية للتاجر شخصا طبيعيا أو معنويا ؛

- حل الشركة التجارية ؛

- مقرر قضائي يفضي بالشطب من السجل التجاري .

ففي هذا الإطار نقول أنه إذا كان سحب الرخص الإدارية التي تسمح بالقيود في السجل التجاري لممارسة بعض الأنشطة الاقتصادية من صلاحية الإدارة المانحة طبقا للمبادئ القانونية فإن منع صفة التاجر لا يصدر إلا عن طريق القضاء. و كمثل لتوضيح هذا الغموض نتناول المرسوم التنفيذي رقم 96- 427 المؤرخ في 30 نوفمبر 1996 الذي يحدد شروط ممارسة نشاط صنع الطوابق والأختام والذي يعتبر إحدى النصوص التنظيمية الذي تناول تاطير وتنظيم إحدى الأنشطة المقننة.

فمن خلال قراءة المادة 11 من هذا المرسوم التي تنص " يؤدي كل تزيف لطابع أو ختم إضافة إلى المتابعات القضائية المنصوص عليها في هذا المجال إلى السحب الفوري لرخصة الممارسة إلى غاية صدور الحكم القضائي." وفي هذا النص إشارة إلى إلزامية تدخل الجهات القضائية في هذا المجال.

وتؤكد المادة 12 هذا الاتجاه المتمثل في محدودية الإدارة في صلاحياتها لسحب الرخصة فقط ، ولمدة معينة حيث تنص: " دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول في هذا المجال ، يؤدي عدم احترام إحدى هذه المواد 5 و6 و7 و10 المذكورة أعلاه، الذي تثبته قانونا الأجهزة المخولة لهذا الغرض إلى سحب رخصة الممارسة لمدة لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر. تعاد الرخصة إلى صانعها بعد امتثاله أحكام هذه المواد. تصدر العقوبات المذكورة أعلاه بقرار من الوالي."

وتؤكد المادة 13 ما ذهبنا إليه ، حيث تفصل في تحديد الجهات المختصة والمؤهلة قانونا لمنع صفة التاجر، إذ تنص " تعتبر الجهات القضائية المختصة هي وحدها المؤهلة للإعلان عن الغلق النهائي للمحل وتوقيف النشاط."

فمن خلال ما تم عرضه ، يجب أن يقتصر دور مأمور السجل التجاري في تطبيق هذه المادة على الإشهار القانوني فقط ، أما فيما يخص سحب الصفة التجارية تبعا لعدم الحيازة عن الرخصة أو سحبها من طرف السلطة الممنوحة لممارسة النشاط و الذي تمخض عنه شطب السجل التجاري يجب أن يمر على الجهات القضائية المختصة للفصل فيه ويتم إبلاغه بنفس الوسيلة القانونية المذكورة في المادة 2 من هذا المرسوم.

خاتمة

و في الأخير وفيما يتعلق بالعلاقة بين اكتساب صفة التاجر والرخصة الإدارية أو الاعتماد اللذين يسمحان بمباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية فإننا نقول أن التنظيم السابق كان يربط الاعتراف بصفة التاجر وسحبها لعدد متفاقم من المتدخلين وعدم تقييد تدخل الإدارة وأثبت التطبيق الميداني للنصوص التشريعية والتنظيمية الصفة السلبية لتدخل الإدارة في ميدان الاقتصاد بصفة عامة وإجراءات التسجيل في السجل التجاري بصفة خاصة.

إلا أن التنظيم الجديد للسجل التجاري أثبت وأكد القاعدة العامة المتمثلة في أن كل شخص له الحق في مزاولة النشاطات التجارية كما رأينا ، غير أنه توجه استثناءات قانونية لهذه القاعدة تتمثل في وضع شروط تقنية قانونية يجب أن تتوفر في بعض الفئات التي تلمس طلب ممارسة بعض النشاطات المتمثلة في النشاطات الاقتصادية المنظمة .

و إذا كان المشرع الجزائري قد عرف هذه الفئة من النشاطات ، فإنه وضع جملة من الأحكام تبين الأطر القانونية والتنظيمية لمنح الرخص والاعتمادات لممارسة هذه الأنشطة، تمثلت هذه الأطر القانونية في الإجراءات الجوهرية والشكلية الواجب إتباعها⁽¹⁸⁾ واحترامها لإصدار القرارات المتضمنة لهذه الرخص و الاعتماد وهذا من أجل حماية الحريات الفردية والعامة من جهة ، واحترام القواعد المدرجة لحماية حقوق ومصالح المجتمع من جهة أخرى .

المطلب الرابع : دراسة حالة :

إن أهم حالة في نظرنا يجب التعرض إليها هي صدور عدة مراسيم تنفيذية لتنظيم عدة أنشطة و قد سادها العديد من الغموض و لهذا و طبقا لهذه القواعد القانونية و التنظيمية

18 - الدكتور عوابدي عمار - النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري - الجزء الثاني - نظرية الدعوى الإدارية - ديوان المطبوعات الجامعية -

التي وضعت لحماية حرية التجارة و الصناعة نرتئي إعادة النظر في هذه النصوص من جهة لقدمها و من جهة أخرى لعدم قدرتها على مواكبة تطور الأنشطة التجارية و الصناعية في ظل مبادئ اقتصاد السوق، إذ هناك المراسيم التنفيذية الآتية :

- المرسوم 139/65 المؤرخ في 3 ماي 1965؛ المتعلق برخص محلات بيع المشروبات.

- المرسوم 252/65 المؤرخ في 14 أكتوبر 1965؛ المتضمن تنظيم منح الرخص الخاصة

بمحلات بيع المشروبات ؛

- المرسوم 59/ 75 المؤرخ في 29/4/1975 والمتعلق بالتنظيم الإداري لمحلات بيع

المشروبات - الأمر رقم 41/75 المؤرخ في 17 جويلية 1975 يتعلق باستغلال محلات بيع

المشروبات .

و تنظم هذه المراسيم و هذا الأمر النشاطات الآتية كما يوضحها الجدول أدناه .

والملاحظات الجديرة بالذكر من خلال استغلال هذه النصوص تتمثل فيما يلي :

- تعدد النصوص ولنفس الأنشطة ؛

- غموض في تحديد طبيعة و محتوى و موضوع النشاطات بدليل التعليمات الكثيرة

والمتناقضة لتفسير هذه النصوص الصادرة من وزارة التجارة و من المركز الوطني

للسجل التجاري؛

- تدخل الإدارة في تفسير هذه النصوص ؛

- عدم تعرض النصوص للشروط التقنية و التي تتعلق بمطابقة المحلات من الناحية

الصحية و الأمنية باعتبار هذه الأنشطة تتعلق بمحلات مستقبلية للجمهور ؛

- ربط هذه الأنشطة المتعددة باستئجار الرخص الممنوحة للمجاهدين .

بالرغم من وجود هذه الترسانة من النصوص المتعلقة بتنظيم و تقنين هذه الأنشطة إلا

أنها مازالت تمارس في أدنى المستويات لإحترام شروط النظافة و بعيدا عن الإستجابة

لرغبة المستهلكين و بعيدا عن حماية حقوقهم الصحية و الأمنية و مصالحهم المادية

والمعنوية .

الرمز	مضمون النشاط	نوع الترخيص	الهيئة المكلفة بالإصدار	مراجع قانونية
501115	تجارة بالتجزئة للمشروبات الكحولية	رخصة بيع المشروبات	الولاية	- المرسوم التنفيذي رقم 59/75 المؤرخ في 1975/4/29
601201	إطعام كامل (مطعم)	رخصة بيع المشروبات	الولاية	- المرسوم رقم 139/65 المؤرخ في 65/05/03 - المرسوم رقم 252/65 المؤرخ في 65/10/14 - المرسوم رقم 59/75 المؤرخ في 75/04/29
601301	مقهى	رخصة بيع المشروبات	الولاية	- المرسوم رقم 139/65 المؤرخ في 65/5/3 - المرسوم رقم 252/65 المؤرخ في 65/10/14 - المرسوم رقم 59/75 المؤرخ في 75/04/29
601302	محلات استهلاك المشروبات الغازية	رخصة بيع المشروبات	الولاية	- المرسوم رقم 139/65 المؤرخ في 65/5/3 - المرسوم رقم 252/65 المؤرخ في 14/10/65 - المرسوم رقم 59/75 المؤرخ في 75/04/29
601303	قاعة شاي	رخصة بيع المشروبات	الولاية	- المرسوم رقم 139/65 المؤرخ في 65/5/3 - المرسوم رقم 252/65 المؤرخ في 65/10/14 - المرسوم رقم 59/75 المؤرخ في 75/04/29
601304	استغلال الموزعات الآلية للقهوة و المشروبات	رخصة بيع المشروبات	الولاية	- المرسوم رقم 59/75 المؤرخ في 75/04/29

تمثل الأرقام في الخانة رقم 1 والملحقة بالنشاطات رموز في قائمة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري .

عقد تحويل الفاتورة في التشريع التجاري الجزائري

بقلم : بلعيساوي محمد الطاهر

أستاذ مساعد مكلف بالدروس - كلية الحقوق

جامعة فرحات عباس - سطيف

ملخص :

تعد تقنية عقد تحويل الفاتورة من التقنيات الحديثة في المنظومة التشريعية التجارية الجزائرية. إن عقد تحويل الفاتورة هو العلاج الشافي لمشكلة تحصيل الحقوق التجارية بالنسبة للمنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة ذات القدرات المحدودة . حيث يتمكن الباعة من تعجيل استيفاء حقوقهم من المدينين من دون الحاجة إلى الإمكانيات الإدارية والمالية لتحصيل هذه الحقوق . كما أن الباعة يكونون في مأمن من خطر عدم الوفاء الذي يشكل الشغل الشاغل لهم خاصة وأنهم يكونون في حاجة ماسة إلى هذه الحقوق لمجابهة ديونهم تجاه الغير . كما أن هذه العملية - تعجيل تحصيل الحقوق التجارية - تمكن العملاء من التفرغ للإدارة الفنية لمنشآتهم التجارية وتأمينهم ضد خطر إفسار أو إفلاس أو امتناع مدينيهم عن الوفاء بحقوقهم التجارية .

عقد تحويل الفاتورة AFFACTURAGE في التشريع التجاري الجزائري

مقدمة :

يكتنف الحقل التجاري العديد من المشاكل التي عادة ما تؤدي إلى تعثر المنشأة التجارية الصغيرة والمتوسطة . فتخلف المشتريين (المدينين) عن الوفاء في آجال الاستحقاق - سواء بسبب إعسارهم أو إفلاسهم أو امتناعهم عن الوفاء - من أهم مخاوف البائعين (الدائنين). فبالرغم من أن الباع عادة ما يدرس الوضع المالي لمدينه قبل التعامل معه ، أو يأخذ عليه من الضمانات ما يقيه خطر التخلف عن الوفاء إلا أنه في الغالب مالا يملك الوسائل التي تكفل له تحقيق ذلك . ويزيد في تعقيد الأمر السرعة التي يقوم عليها الحقل التجاري والتي تحول دون تحقيق الغرض المبتغى وهو الوفاء بالحقوق التجارية ومجابهة المنشأة لديونها التجارية .

كما أن انتظار آجال الاستحقاق من أجل الرجوع على المدينين قد يزيد في أزمة المنشأة التجارية والتي تكون في حاجة ماسة إلى هذه الأموال سواء لمواجهة ديونها - الوفاء بالتزاماتها - تجاه الغير أو لتحقيق طموحات التطور الذي يتطلبه ظرف البقاء في الحقل التنافسي . يضاف إلى هذا كله ضرورة توافر الإمكانيات اللازمة لتحصيل الحقوق التجارية وهو ما يرهق كاهل المنشأة التجارية بأعباء إضافية . وتبرز مشكلة تحصيل الحقوق التجارية بشكل أكبر في مجال الاستيراد والتصدير نظرا لتباعد أسواق البيع جغرافيا وهو ما ساعد على ظهور عقد تحويل الفاتورة أو عقد شراء الحقوق التجارية . إن تقنية عقد تحويل الفاتورة تم استعماله من طرف المؤسسات الأمريكية وبعدها انتشر استعماله في أوروبا إبان الحرب العالمية الثانية.

عرف المشرع التجاري عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري الجزائري : " عقد تحويل الفاتورة هو عقد يحل بمقتضاه شركة متخصصة ، تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة

لأجل محدد ناتج عن عقد بيع وتتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك مقابل أجر. ولعقد تحويل الفاتورة (Factoring, Affacturing) ⁽¹⁾ عدة مزايا في الحياة التجارية أهمها :

- أن وكيل التسويق أو الوسيط على حد تعبير المادة 543 مكرر 14 (Factor) يتحمل عن عميله البائع أو المنتمي (Adhérent) عدم الوفاء من جانب المشتري ، فإن تعذر عليه تحصيل قيمة الفاتورة التي عجل للبائع قيمتها فلا رجوع له على المشتري ولو كان سبب عدم التحصيل إفسار المشتري أو عقبة قانونية أو إدارية حالت دون الوفاء.

- أن عقد تحويل الفاتورة يتيح للوكيل أن يقدم خدمات لعملائه البائعين لأنه بأجهزته الخاصة وأجهزة الهيئات التي له بها علاقات يمكنه دراسة وتقدير المخاطر التي يتعرض لها في السوق الخارجي. بحيث لا يقبل الشراء لحقوق ناشئة من عمليات إلا بعد اطمئنانه إلى إمكانية تحمله مخاطرها وعلى أن تكون نسبة الديون التي يحصل التخلف عن وفائها ضئيلا. وبهذه الدراسة يمكن للوكيل أن يخدم عملاءه لأنه بالمعلومات التي يجمعها لصالحه يستطيع أن يجنب عملاءه مخاطر التعامل مع أشخاص أو في سلع أو بشروط قد تعرضهم لمخاطر لا يستطيعون الإلمام بها لبعدهم عن سوقها.

1 - ، حيث كان الوكيل Factor يقوم في أمريكا بدور ممثل الباعة الإنجليز الذين كانوا يجهلون السوق الأمريكية وكانت هناك من دوره هذا حيث أنه يعمل في السوق الأمريكية وعلى إطلاع تام بهذا السوق وبالتالي يكون أقدر على تقديم المعلومات لعملائه في إنجلترا عن حاجات السوق المحلية الأمريكية ومدى يسار وأمانة المشتريين وغير ذلك. كما كان الوكيل أقدر على مخاطبة المشتريين وتحصيل الثمن منهم لحساب الباعة بل وأحيانا يقدم الوكيل على عملائه الباعة دفعات على الحساب مما يستحق على المشتريين وأحيانا أخرى يضمن لعملائه البائعين تنفيذ الصفقات التي يبرمونها مع المشتريين الأمريكيين. انظر .

هشام فضلي، عقد شراء الحقوق التجارية، دراسة في استخدام فكرة الضمان لعلاج مشاكل تحصيل الحقوق التجارية ، دار النهضة العربية، 1997 .

Christian GAVALDA, Affacturage, Rep. Com. Dalloz, Mars 1996 , CD , Encyclopédie Dalloz , mise a jour Juillet 2005 .

- أن نظام عقد تحويل الفاتورة وسيلة لتخفيض النفقات ولتسهيل إدارة المشروع التجاري والذي يلجأ على خدماته. فالعميل يلجأ إلى وكيل التسويق ويعهد إليه بتحصيل فواتيره دورياً وبذلك يتخلص من عبء يكون ثقيلاً بالنسبة للمنشآت التي عدة عملاء ، بل قد يقوم الوكيل نفسه بتحرير هذه الفواتير ويمسك حسابات المدينين وهو أمر بالنسبة له ممكن وبالنسبة للمنشأة اقتصادي لأن الوكيل لديه جهاز إداري ومحاسبي وجهاز معلومات يمكنه من الإحاطة بمراكز العملاء (أي المشتريين) في البلد الأجنبي.

- ويضيف الفقيه Clive Schmitthaff⁽²⁾ هدف نشاط وكيل التسويق (الوسيط) وصفاً وجيزاً فيقول : " أن جوهر العملية (عملية وكالة التسويق) هو قيام بيت للوكالة بالاتفاق مع تاجر تصدير على إعفائه من المتاعب المالية لنشاط التصدير وبخاصة تحصيل الثمن من المشتريين بالدول الأخرى بحيث يتفرغ التاجر للإدارة الحقيقية لمنشأته ."

ولا يصلح نظام عقد تحويل الفاتورة إلا في أسواق البيوع التي تتم على أسس نموذجية وفي أسواق واسعة كالنسيج ، التجهيزات الكهربائية والملابس... وهو لا يتناسب والبضائع المصنعة حسب طلبات خاصة أو التي تباع بشروط خاصة أو لآجال طويلة. ومصحة الوكيل (الوسيط) أن يغطي نشاطه مشتريين كثر بمبالغ صغيرة لكل منهم وفي بلاد متعددة ، فهذا يؤدي إلى تنوع المخاطر التي قد يتعرض لها بخلاف ما لو كان معظم نشاطه مقصور على مشتري واحد كبير في بلد واحدة⁽³⁾.

سنحاول من خلال هذه الدراسة التعرف على هذه التقنية من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : التقنية المالية لعقد تحويل الفاتورة .

المبحث الثاني :تنفيذ عقد تحويل الفاتورة وممارسة الرجوع .

2 - علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية ،المكتبة القانونية، 1993، ص 644 .

3 - Christian GAVALDA, Rep. Com., Op. Cit.

المبحث الأول

التقنية المالية لعقد تحويل الفاتورة L'affacturage

إن عقد تحويل الفاتورة يستوجب تدخل ثلاث أطراف هم: الوسيط (Le Factor) أو (Affactureur)، المنتمي (Adhérent) أو (Le Fournisseur) و المشتري (L'acheteur) والذي يسمى كذلك (Affacture).

المطلب الأول : أطراف عقد تحويل الفاتورة

الوسيط Le Factor : تقضي المادة 543 مكرر 18 من القانون التجاري الجزائري بأن: "يحدد محتوى إصدار الفاتورات لأجل محدد وشروطه وكذلك تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة عن طريق التنظيم". وتبعاً لهذا النص فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 95 - 331 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 والمتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير حيث جاء في المادة 2 منه: "تعتبر" محولة الفواتير" التي تقوم في إطار مهنتها العادية بعمليات تحويل الفواتير حسب مفهوم المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري ، شركة تجارية تؤسس في شكل شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة ، وتخضع للتشريع والتنظيم المطبقين على الشركات التجارية"⁽⁴⁾.

4. وبالتالي تخضع هذه الشركات في إنشائها وسيرها إلى الأحكام الخاصة بالشركات التجارية الواردة في القانون المدني والقانون التجاري وتخضع بهذا للقيد في السجل التجاري مع كل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية . إضافة إلى ذلك فإن هذه الشركات من أجل أن تمارس نشاطها يجب أن تتحصل على ترخيص بذلك من الوزير المكلف بالمالية حيث تقضي المادة 3 من المرسوم التنفيذي 95 - 331 المذكور أعلاه : "لا يمكن أن تمارس الشركة نشاطها إلا بعد الحصول على التأهيل من الوزير المكلف بالمالية". و الملاحظ على هذا المرسوم التنفيذي أنه استعمل عبارة غير المستعملة في القانون التجاري لتعيين الشركة التي تقوم بالعملية حيث استعمل عبارة "محولة الفواتير" عوض عبارة الوسيط المستعملة في القانون التجاري ، ونرى في هذه العبارة بعضاً من الغموض حيث أن دور الوسيط لا يكون تحويل الفواتير بل هو من تحول لصالحه الفواتير عن طريق عقد تحويل الفاتورة . هذا وقد وضع هذا المرسوم التنفيذي تقييداً خارجاً عن القانون التجاري بالنسبة للشركات التجارية حيث جاء في المادة 7 منه : "يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار الأصول الصافية المذكورة في المادة 5 أعلاه . مع العلم أن الوسيط وحسب هذا المرسوم هو شركة مساهمة أو شركة مسؤولية محدودة وقد تكفل القانون التجاري بتحديد الحد الأدنى لرأس مال هاتين الشركتين فهل معنى هذا أن الشركات التي تختار مهام وسطاء في عقود تحويل فواتير رأسمالها يختلف عن تلك التي تمارس نشاطاً تجارياً آخر ؟

ولا يمكن لهذه الشركة أن تمارس نشاطها - والمتمثل في تحويل الفواتير - إلا بعد حصولها على التأهيل من طرف وزير المالية (المادة 3 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه . وحدد هذا المرسوم الشروط الأساسية لإنشاء مثل هذه الشركات والسلطة المخولة سحب التأهيل منها وكذا الأصول اللازمة لممارسة نشاطها والوسيط في عقد تحويل الفاتورة هو الشخص الاعتباري الذي يضطلع بمهمة شراء الفواتير من المنتمي .

المنتمي: وهو عميل الوسيط وهو بائع الفواتير أي هو الشخص (قد يكون طبيعياً وقد يكون اعتبارياً) الذي وبموجب اتفاق مسبق مع الوسيط يعهد بفواتيره إلى الوسيط في مقابل تعجيل هذا الأخير لقيمتها له مع تحمله تبعة عدم الوفاء عند تحصيله قيمتها من المشتريين .

المشتري: وهو الشخص (الطبيعي أو الاعتباري) المدين إلى المنتمي بدين (أو ديون) ناتجة عن عقد بيع أو عقد تقديم خدمات والذي يكون ملزماً بالوفاء بالثمن في تاريخ الاستحقاق . أي أن المنتمي يكون قد عقد صفقة (بيع أو تقديم خدمات) نتج على إثرها هذا الدين الممثل في الفواتير.

المطلب الثاني

علاقة الوسيط (وكيل التسويق) بالمنتمي (البائع)

يسمى الاتفاق بين الوكيل (الوسيط) وعميله (المنتمي) بعقد تحويل الفاتورة Factoring ويعبر عنه بالفرنسية⁽⁵⁾ Affacturage . ويتم هذا الاتفاق بين الوسيط (وكيل التسويق) وعميله (المنتمي) . ويقوم وكيل التسويق باختيار عملائه بدقة كبيرة وبعد تحريات واسعة عن ملاءتهم وسمعتهم ذلك أنه مضطر إلى الوثوق بهم وفي صدق قولهم عندما يقبل أن يعجل لهم قيمة الفواتير التي يتحمل مخاطر عدم وفائها من المشتريين دون إمكانية الرجوع على هؤلاء العملاء (البائعين).

5 - وهذه التسمية بالفرنسية استعملت من قبل المشرع الفرنسي في مرسوم 1973 لأن المصطلح الأصلي هو المصطلح الإنجليزي Factoring . أنظر علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، المرجع السابق ، ص 529 .

ولهذا فإن عقد تحويل الفاتورة يقوم على الاعتبار الشخصي ويكون هذا الاتفاق دائما صريحا فلا يمكن تصوره ضمنيا ، وهو يبرم عند بداية علاقة الطرفين (الوسيط والمنتمي) ليواجه سلسلة من العمليات لذلك يسمى عادة هذا الاتفاق بالاتفاق الإطار Contrat - Cadre أي أنه معد لاحتواء أو تنظيم عمليات أخرى تدخل في نطاقه .

ويتم الاتفاق في هذا العقد على التزام الوسيط (وكيل التسويق) بشراء أو وفاء الحقوق التي تمثلها فواتير المنتمي (البائع) على مدينه (المشتري) في الخارج متى توافرت شروط معينة على أن يحل محل العميل في حقوقه لدى هؤلاء المدينين. وعمولة الوسيط (وكيل التسويق) وما دفعه الوسيط لعميله (المنتمي) وكيفية ذلك والفوائد التي تستحق وجزاءات التزامات الطرفين.

وأهم الشروط التي ترد في هذا الاتفاق دائما ما يسمى بشرط القصر d'exclusivité clause أو شرط الجماعية (Globalité) ⁽⁶⁾ . ومقتضى هذا الشرط أن يلتزم المنتمي بأن يعهد إلى الوسيط بجميع فواتيره الخاصة بحقوقه لدى مدينه المشتري، وذلك لكي لا يعهد له فقط بديونه الضعيفة أي التي تتضمن صعوبات في تحصيلها وببقي هو الحقوق الأخرى التي يضمن سهولة تحصيلها فيحرم بذلك الوسيط من عمولته عن هذه الأخيرة. وليس معنى هذا المبدأ أن يلتزم المنتمي بأن يعهد بكل حقوقه لدى مدينه أيا كانت إلى الوسيط .

فقد يرد على ذلك قيود كأن يتم قصر الاتفاق على فواتير التجارة الخارجية أو بيوعه مع بلد معين أو على نوع معين من السلع ، فالمبدأ قد يكون محمدا لكنه يكون في إطار حدوده عاما وشاملا كافة الحقوق التي على مدينه للمنتمي ⁽⁷⁾ . بمعنى أن هذا الاتفاق لا يكون بالضرورة شاملا جميع الحقوق التي للمنتمي على مدينه فقد يتم تقييد هذا الاتفاق بأن

6 - George Ripert, René Roblot, traité de droit commercial, Tome 2 , 14e édition L.G.D.J 1996 p 459.

7 - علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، المرجع السابق، ص 530.

يتم وضع الإطار الذي يعمل فيه الوسيط. ويكون هذا الاتفاق عاما أي يشمل جميع الفواتير في إطار التحديد المتفق عليه بينهما. كما أن هذا المبدأ لا يعني إجبار الوسيط (وكيل التسويق) على قبول جميع الفواتير أيا كانت، بل له الحق أن يرفض منها - حتى في نطاق الحدود المتفق عليها - ما يراه غير مناسب أو مجردا من كل ضمان. وكثيرا ما ينص في العقد على أن يلتزم المنتمي بمساعدة الوسيط في التحصيل بأن يقدم له المستندات والمعلومات التي تمكنه من ذلك، وبأن يزوده بما يلزمه إذا اضطر إلى اللجوء إلى القضاء في حالة الامتناع عن الوفاء بالفاتورة.

المطلب الثالث

علاقة الوسيط (وكيل التسويق) بالمدين (المشتري)

يمكن إيجاز العلاقة في أن الوسيط (وكيل التسويق) يحل محل عميله المنتمي (البائع) في حقوقه تجاه المشتري (المدين)، فيصبح الوفاء بالثمن واجبا لهذا الوسيط هذا من جهة. ومن جهة أخرى لا يحل الوسيط محل المنتمي إلا فيما لهذا الأخير من حقوق ضد المشتري وبالتالي يتعرض لكل الدفع التي يجوز للمدين أن يدفع بها تجاه البائع وينتج عن هذا القول: - ينزل العميل البائع عن حقه الثابت بالفاتورة للوسيط بمجرد قيام هذا الأخير بالوفاء وهو ما جاءت به المادة 264 من القانون المدني الجزائري: "من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

- لا يحل الوسيط محل البائع إلا في الحقوق التي له ضد المشتري⁽⁸⁾.

- متى حل الوسيط محل البائع حولا صحيحا لم يصح الوفاء من المدين لغيره .

8 Bernard Fages, Jacques Mestre, Des conditions de la subrogation personnelle et de l'éventuelle l'influence des relations entre subrogeant et subrogé sur le sort du débiteur, RTD Civ. 2001, p 592, CEDE ROOM revue trimestrielle de droit civil, 3e édition, Dalloz, Jan 1990 Déc. 2003.

- يكون للوسيط أن يقاضي المشتري (المدين) مستندا إلى وصفه كدائن ومستعينا بجميع الضمانات والتأمينات التي تضمن الحق الذي حل فيه تطبيقا لنص المادة 543 مكرر 16: "يترتب على تحويل الديون التجارية، نقل كل الضمانات التي كانت تضمن تنفيذ الالتزامات لفائدة الوسيط".

المبحث الثاني

تنفيذ عقد تحويل الفاتورة و ممارسة الرجوع

عمليا يقوم المنتمي Adherant كل أسبوع أو حسب الاتفاق بينه وبين الوسيط بتقديم مجموعة من الفواتير مقيدة في جدول يبين فيه قائمة المشتريين وتاريخ الاستحقاق وتاريخ إرسال البضائع وكذا قيمة وتواريخ استحقاق الأوراق المسحوبة. ويكون جدول الإرسال موقع من قبل المنتمي والذي يؤكد تحويل ملكية الديون إلى الوسيط في مقابل الوفاء ويحرر المنتمي له مخالصة بالمبلغ المدفوع⁽⁹⁾.

المطلب الأول

تنفيذ العقد

وينفذ العقد بأن يقدم المنتمي للوسيط الفواتير ويقوم هذا الأخير بدفع قيمتها إلى المنتمي ويكون بعد ذلك الوسيط وحده في مواجهة تحصيل قيمة الفواتير التي اشتراها من المنتمي. وبالنسبة للفواتير المقدمة من قبل المنتمي فبعضها يقبل وبعضها الآخر قد يرفض وليس معنى شرط القصر أن لا يكون للوسيط الحق في رفض بعض الفواتير خاصة تلك التي يظهر جليا عدم فائدته منها.

أولا: الفواتير غير المقبولة

هناك فواتير يرفض الوسيط تحمل أعبائها بسبب عدم توافر الشروط المتفق عليها في العقد المبرم بينه وبين المنتمي. وقد يقبل الوسيط تحصيل هذه الفواتير لكن بصفته

9 - Christian GAVALDA, Rep. Com. D. Op. Cit.

كوكيل عن المنتمي ولذلك عادة ما لا يتم تقييد قيمتها في الحساب المفتوح بينهما إلا بعد تحصيلها⁽¹⁰⁾. وقد يعجل الوسيط للمنتمي قيمتها في الحساب بشرط تحصيلها فإن فشل فإنه يعيدها إلى العميل لأن خطرهما يظل على هذا الأخير. وما هذا غلا تطبيق للقواعد العامة للوكالة التي تحكم العلاقة في هذا الفرض .

ثانيا : تقديم الفواتير المقبولة

يغلب الاتفاق على مواعيد معينة تقدم فيها الفواتير المستحقة مجتمعة أو تكون ذات آجال متقاربة والتي استحقت مبالغها مصحوبة بقائمة مفصلة مدون عليها إقرار موقع من المنتمي بنقل ملكية الحقوق المقابلة لهذه الفواتير إلى الوسيط (وكيل التسويق) وطلب منه إلى المشتري بوفاء المبالغ المدونة بها وإحلال الوسيط في حقوقه هذه ضد المدينين بها . حيث تقضي المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري: " يجب أن يبلغ المدين فورا بنقل حقوق الديون التجارية، إلى الوسيط بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام". كما يصحبها بالمستندات المثبتة لشحن البضاعة أو تقديم الخدمات إلى المدينين .

ويقوم الوسيط بدفع قيمة الفواتير إما نقدا أو غالبا ما يتم بطريق القيد في الجانب الدائن للعميل في الحساب المفتوح بينه وبين الوسيط ، ويقيد في الجانب المدين عمولة الوسيط والمصاريف.

ثالثا : الطبيعة القانونية لعقد تحويل الفاتورة :

إن عقد تحويل الفاتورة يقوم على أن يقوم الوسيط بدفع قيمة الفاتورة للمنتمي صاحب الحق في الثمن ضد المشتري في البلد الأجنبي. وفي المقابل يتنازل المنتمي للوسيط عن هذا الحق الذي استوفى قيمته منه . ولهذا يقوم العميل بتسليم مخالصة بالوفاء للوسيط

10 - علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، المرجع السابق ، ص 531 .

ومجرد تقديم (تسليم) الفاتورة والمخالصة والمستندات المثبتة للحق لا يكفي لنقل الحق إلى الوكيل (الوسيط) لذلك جرى البحث في فرنسا عن وسيلة القانونية المناسبة وتردد الرأي بين أربعة أساليب⁽¹¹⁾ :

- تجديد الحق بتغيير الدائن ، - الإنابة ، - حوالة الحق ، - الحلول الإتفاقي . وانتهى الفقه والقضاء الفرنسيين إلى تأسيس حق الوسيط في مواجهة المشتري على الحلول الاتفاقي والسبب في استبعاد الأساليب الأخرى المقترحة هي أنها تتطلب لصحتها أو نفاذها شروطا قد يصعب توافرها . وقد يعطل اشتراطها سير العمليات التجارية على الوجه السريع والسهل ، حيث تم توجيه عدة انتقادات للأساليب الأخرى :

فالتجديد يفترض ضرورة قبول المدين المشتري أما عقد تحويل الفاتورة فيكفي إخطاره بحصول الوفاء لدائنه البائع . ونفس الشيء بالنسبة للإنابة حيث يتطلب رضا المدين . أما حوالة الحق فهي تقتضي لنفاذها في مواجهة الغير (ومن الغير دائني البائع) شكلية معينة تنعدم في عقد تحويل الفاتورة . وبالنسبة للوفاء مع الحلول الاتفاقي فهو يستجيب فعلا لعقد تحويل الفاتورة وبأنسب أسلوب حيث تقضي المادة 262 من القانون المدني الجزائري : "يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين من هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

المطلب الثاني

ضمانات والتزامات أطراف عقد تحويل الفاتورة

نتناول في هذا المطلب تباعا ضمانات والتزامات الوسيط وبعدها حقوق والتزامات المنتمي وأخيرا إجراءات تحويل الديون .

11 - علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ، المرجع السابق، ص 532.

أولا : ضمانات والتزامات الوسيط :

يلتزم الوسيط بضمان حسن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين المنتمي بالكامل أي بنسبة 100% عوض 50 أو 85 % في حالة التأمين على القرض Assurance Crédit فمبدئيا لا يوجد أي رجوع على المنتمي إذا ما التزم هذا الأخير بتحويل ديون حقيقة وقام فعلا بتوريد البضائع أو الخدمات المتعاقد عليها مع المشتريين . ويلتزم الوسيط بتمويل المنتمي لقاء الفواتير المحولة إليه في التاريخ المحدد حسب الاتفاق . ويكون عليه تسيير حسابات العميل (المنتمي) والذي لا يكون لديه سوى مدين واحد (وبحساب واحد) والذي يكون دائم الملاءة عادة وهو الوسيط⁽¹²⁾.

إن الضمان الممنوح للوسيط يستوجب إعطاءه حق اختيار الديون التي يعرضها عليه المنتمي . فكل الديون تكون واجبة العرض على الوسيط من أجل التقدير حول قبولها أو رفضها . وفي حالة الرفض لبعض الديون المقدمة من المنتمي يمكن للوسيط أن يقترح عليه تحصيلها لكن باعتباره مجرد وكيل عنه .

وتتمثل الضمانات التي يملكها الوسيط في الحساب الجاري المفتوح من قبله لصالح عملائه (المنتمين) حيث يمكنه إجراء القيد العكسي في الحساب . بمعنى أنه في حالة تقديم المنتمي لفواتير خاطئة أو كان الدين لسبب معين باطلا فيلجأ الوسيط إلى القيد العكسي بل ويبقى له هذا الحق (إجراء القيد العكسي) حتى في حالة توقف العميل عن دفع ديونه أو قبوله في تسوية قضائية⁽¹³⁾.

ويتمثل الضمان الثاني في حق الاختيار الممنوح للوسيط وهو وسيلة ناجعة في الحد من المخاطر التي قد يتعرض لها الوسيط . كما أن سلطة إنهاء عقد تحويل الفاتورة (فسخ العقد) بالإرادة المنفردة للوسيط يشكل في حد ذاته ضمانا. حيث إذا ما رأى الوسيط تغييرا في الحالة المالية للمنتمي أو توقفه عن دفع ديونه..... كان له أن يلغي العقد من

12 - Christian GAVALDA, Rep. Com. D , Op. Cit.

13 - Christian GAVALDA, Rep. Com. D , Op. Cit.

جانبه . أخيرا وإضافة إلى هذه الضمانات يمكن أن تضاف ضمانات أخرى اتفاقية كاشتراط الوسيط على المنتمي تقديم رهن ، كفالة ، أو حتى تأمين .
وفي مقابل هذا يتلقى الوسيط أجرا عن هذه الخدمات التي يقدمها ويتمثل في : العمولة والفوائد. وفي حساب العمولة يؤخذ بعين الاعتبار قيمة الديون حجم المخاطر التي قد يتعرض لها الوسيط وكذا الخدمات الحقيقية المقدمة فعلا . ويتم اقتطاع هذه العمولة والفوائد عن طريق القيد في الحساب الجاري بين العميل (المنتمي) والوسيط .

ثانيا : حقوق والتزامات المنتمي :

يلتزم المنتمي بموجب عقد تحويل الفاتورة بأن يقوم بتحويل جميع ديونه الممثلة بالفواتير وهو ما يعرف بشرط القصر *Exclusivité Globalité* وهذا الشرط جعل من أجل تفادي أن يقوم المنتمي بتحويل الديون الضعيفة أي المستعصية التحصيل ويحرم الوسيط من عمولته .

كما يلتزم المنتمي أيضا بالإعلام (المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري) حيث يكون عليه إعلان العقد (عقد تحويل الفاتورة) إلى المشتري (المدين) ، ويجب أن يذكر على كل فاتورة بأن الوفاء المبرئ للذمة هو ذلك الذي يتم للوسيط أو من يقوم مقامه قانونا أو اتفاقا⁽¹⁴⁾ .

ويترتب عن عقد تحويل الفاتورة التزام المنتمي بتسديد مستحقات الوسيط ، والمتمثلة في عمولة تخص الخدمات التي يقدمها الوسيط والمخاطر التي يتحملها والتي تحسب تبعا لقيمة عقد البيع الممثل بالفاتورة ويضاف إليها الفوائد في حالة الوفاء المسبق بهذه الفاتورة . ويتم حساب الفوائد تبعا للسوق المالية الجزائرية . وبديهي التزام المنتمي بضمان وجود الدين المحول إلى الوسيط . كما يلتزم المنتمي بإعلام المدين (المشتري) بالعقد أي بتحويل الديون إلى الوسيط ويتحمل نتيجة إخلاله بهذا الالتزام⁽¹⁵⁾ .

14 - سواء كان هذا الممثل القانوني للوسيط (للشركة) أو تم تفويض أحد الشركاء في تحصيل هذه الديون .

15 - Christian GAVALDA, Op. Cit.

أخيرا يلتزم المنتمي في مواجهة الوسيط بالتعاون الفعلي وكذا إعلامه بكل ما من شأنه التأثير على الديون المحولة كما يجب عليه تقديم كل المستندات والوثائق اللازمة لتحصيل قيمة الفواتير .

ثالثا : إجراءات تحويل الديون :

تشكل عملية تحويل الدين من المنتمي إلى الوسيط أهم ركيزة في عقد تحويل الفاتورة. ويتمثل أهم إشكالات العملية في جعل التحويل بسيط آمن وسريع وقابل للاحتجاج به في مواجهة الغير بما في ذلك جماعة الدائنين في حالة إفلاس المنتمي.

ولقد لجأ الوسطاء إلى تقنية الحلول الاتفاقي Subrogation conventionnelle، حيث الوسيط هو الدائن المحال له ويقوم بالوفاء إلى المنتمي (الدائن المحيل) والذي يحول إليه ملكية الدين الموجود لدى المتعامل معه (المدين المحال) . ويتم الوفاء بالقييد الفوري في الجاني الدائن للحساب الجاري بقيمة الدين وهذا القيد يفيد الوفاء كما هو مقرر في القضاء ولصحة حلول الوسيط محل المنتمي في الديون يجب مراعاة بعض الشروط :

عملا مصطلح الحلول يجب أن يذكر في المخالصة المقدمة من قبل المنتمي للوسيط بعد استيفائه قسمة الفواتير المقدمة. ولا يقوم الوسيط بالوفاء إلا بعد أن يرى المستندات المثبتة لحقه وهذا الشرط يجب أن يكون صريحا ولا يدع مجال للشك في إرادة المنتمي (المحيل).

إن العقد النموذجي Contrat Cadre يتضمن شرطا عاما بالحلول⁽¹⁶⁾ وهذا الشرط يعني مجرد وعد بالحلول . حيث يتم هذا الأخير فيما بعد حالة بحالة فلا يوجد ما يمنع من اشتراط الحلول في وفاء للوسيط بديون لأجل ، فالوسيط يقوم بالوفاء للدائن الذي حل محله دون انتظار ميعاد الاستحقاق وهذا الحلول ضروري في مجال عقد تحويل الفاتورة أين يقوم الوسيط عادة بالتسديد المسبق للدائن.

16 - Jacques Mestre, La souplesse de la subrogation consentie par le créancier, RTD Civ. 1990, p 661 . CD cité .

وبالنسبة للديون فإن الشرط الأساسي فيه هو أن تكون ديون حقيقية فهي وحدها القابلة للتحويل وليس الديون الوهمية ويجب أخيراً أن يتم إعلان هذا التحويل إلى المدين ويكون هذا محل شرط خاص في العقد النموذج Le contrat cadre وهو التزام على المنتمي بموجبه يكون عليه أن يخطر المشتري (المدين المحال) بعقد تحويل الفاتورة وأن يعلمه بأن الوفاء المبرئ لذمته هو الذي يتم للوسيط(المادة 543 مكرر 15 من القانون التجاري الجزائري).

المطلب الثالث : رجوع الوسيط (وكيل التسويق) على المنتمي (العميل البائع) وانتهاء العقد

وسنتعرض في هذا المطلب إلى حالة رجوع البنك على المنتمي - وإن كان الأصل يقضي بخلاف ذلك - وإلى انتهاء عقد تحويل الفاتورة .

أولاً : رجوع الوسيط على المنتمي :

الأصل الذي يقوم عليه عقد تحويل الفاتورة هو أن لا رجوع للوسيط على المنتمي . لكن قد يتمكن المدين المشتري بما له من دفع تجاه البائع والتي يكون له أن يدفع بها في مواجهة الوسيط من أن يتخلص من مطالبة الوسيط له بالحق . فيكون لهذا الأخير أن يرجع على العميل ويطلبه باسترداد ما عجله له وذلك في الحالات التي يتحمل فيها البائع عدم استيفاء الوسيط ما له بسبب عدم وجود حق البائع ضد المشتري أو كان هذا الحق ناقصاً عما هو وارد بالفاتورة التي دفع الوسيط قيمتها للبائع أو انقضى الحق بالمقاصة بين حق البائع وحق المشتري .

بمعنى أنه المنتمي ضامن وجود الدين غير أنه غير ضامن ملاءة المدين حيث تقضي المادة 245 من القانون المدني الجزائري : " لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان . وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا يسار المدين وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك ."

غير أن المنتمي يسأل عن كون الدين وهمي (فاتورة خاطئة ، عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد الذي نشأ عنه الدين المحول....) حيث إذا حدث هذا يكون المنتمي مسؤولاً بموجب قواعد الدفع غير المستحق للوسيط . بمعنى يكون للوسيط نفس الحق الذي يكون للمنتمي أي يكون معرضاً للرجوع عليه من قبل الوسيط كلما كان هناك غش أو تدليس من قبله للحصول على قيمة الفواتير الوهمية ويتعرض للمتابعة الجزائية⁽¹⁷⁾.

ثانياً : انتهاء عقد تحويل الفاتورة :

يمكن لعقد تحويل الفاتورة ونظراً للطابع الشخصي الذي يحكمه إذا كان غير محدد المدة أن يفسخ من قبل طرفيه . حيث يمكن للوسيط فسخ هذا العقد بإرادته المنفردة بشرط أن لا يكون ذلك فجائياً وتعسفاً في استعمال حقه . بمعنى يجب على الوسيط أن يخطر المنتمي مسبقاً بالفسخ وبحسن نية ، ويكون على الوسيط ضمان حسن تنفيذ (Fin Bonne)⁽¹⁸⁾ الديون المقبولة منه قبل الفسخ (أي أن يكون الفسخ نبني على أسباب جديّة وفعليّة . كما ينتهي ونظراً للطابع الشخصي لهذا العقد بوفاء المنتمي أو بنقص أهليته أو الحجز عليه.

وفي حالة إفلاس المنتمي أو قبوله في تسوية قضائية يمكن للوكيل المتصرف القضائي أن يطلب استمرار العقد مع تقديمه الضمانات المقدر ضرورتها⁽¹⁹⁾. وحتى في

17 Il a été jugé (T. Corr. Paris 14 Mars 1973) que constituait le délit désapprocher le fait que «pour se faire remettre par SFF le montant des factures les dirigeants de la société adhérente» ont persuadé l'établissement de crédit (factor) qu'il était subrogé dans un droit de créance (de la société) sur ces clients , droit de créance en réalité inexistant; que cette persuasion a été obtenue , non seulement par des mensonges , furent-ils écrit , mais par un ensemble de manœuvre .. création de société X . d'un secteur bureau d'étude , en grande et partie fictif, maintien artificiel de l'activité d'une entreprise totalement vidée de sa substance; présentation de factures fictives. Christian GAVALDA, Op. Cit.

18 - Jacques Mestre, Nouvelle implication de l'exigence de bonne foi , RTD Civ. 1996 , p 898, CD Cité .

19 - Dans le régime de la loi du 25 Jan 1985 le sort des contrats de factoring en cours , comme des autres contrats de crédit, tous marqués d'institut personae , pose un délicat problème. Aucune clause de résiliation automatique du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire n'est possible. Christian GAVALDA, Op. Cit.

حال القول بأنه في حالة الإفلاس والتسوية القضائية يمكن استمرار هذه العقود فإنه يبقى دائما من حق الوسيط طلب فسخ العقد بشرط الإخطار المسبق في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية مثلا⁽²⁰⁾.

خاتمة :

من خلال ما سبق يظهر بأن عقد تحويل الفاتورة هو العلاج الشافي لمشكلة تحصيل الحقوق التجارية بالنسبة للمنشآت التجارية الصغيرة والمتوسطة ذات القدرات المحدودة حيث يتمكن الباعة من تعجيل استيفاء حقوقهم من المدينين من دون الحاجة إلى الإمكانات الإدارية والمالية لتحصيل هذه الحقوق . كما أن الباعة يكونون في مأمن من خطر عدم الوفاء الذي يشكل الشغل الشاغل لهم خاصة وأنهم يكونون في حاجة ماسة إلى هذه الحقوق لمجابهة ديونهم تجاه الغير . كما أن هذه العملية - تعجيل تحصيل الحقوق التجارية- تمكن العملاء من التفرغ للإدارة الفنية لمنشآتهم التجارية وتأمينهم ضد خطر إعسار أو إفلاس أو امتناع مدينهم عن الوفاء بحقوقهم التجارية .

وفي الأخير نرى أنه وفي غياب شركات الـ Factoring الخاصة لا يوجد ما يمنع البنوك والتي هي شركات مساهمة ، من ممارسة هذه العملية خاصة وأنها تقوم بعمليات مماثلة كالخصم البنكي والذي له نفس هدف عقد تحويل الفاتورة . حيث كلاهما يتم فيه الدفع المسبق للعميل وتحمل البنوك مخاطر عدم التنفيذ مع ملاحظة اختلاف بينهما يتمثل أساسا في أن العميل في عقد تحويل الفاتورة ليس ضامنا للوفاء بالدين المحول إلى الوسيط ذلك أنه لا يضمن يسار المدين عند تنفيذ العقد محل الفاتورة المدفوعة القيمة مسبقا . ومع ذلك يجب على البنوك إذا ما أرادت استعمال هذه التقنية أن تحتاط جيدا وذلك من خلال الحرص على حسن اختيار عملائها وأن تأخذ منهم الضمانات اللازمة لكفالة حقوقها تجاه المدينين والذين يتعين على البنك إخطارهم بانتقال حقوق العميل إليها .

20 - Jacques Mestre, Révocation après subrogations, RTD Civ. 1995, p 112 , CD Cité.

عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك

بقلم : الدكتور ديدن بو عزة

كلية الحقوق، جامعة تلمسان

مقدمة :

يعتبر استهلاك الدواء مرحلة مهمة في علاج المريض و السؤال الذي يطرح نفسه : هل يتطابق قانون الاستهلاك والنشاط الصيدلي؟ تستدعي لإجابة على هذا السؤال التعرف بداية على مفهوم المستهلك ثم على مدلول الدواء.

يعرف المستهلك عادة بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي تباع له أشياء أو تؤدي له خدمات لاستخدامه الخاص. فحسب ما جاء في المادة الثالثة من القانون رقم 04 - 02⁽¹⁾ فإن المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني.

ويعرفه الفقه⁽²⁾ : على أنه الشخص الذي يكون أو يستخدم السلع والخدمات للإستخدام غير المهني، أو بأنه : كل شخص طبيعي أو معنوي يحوز أو يملك أو يستخدم

1 - المؤرخ في 25 يونيو 2000 و الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية 2000، العدد 41.

2 - أنظر في ذلك:

Calais-Auloy, Droit de la consommation Dalloz, 3^eÈd.1992, P.3; Bihl, Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal.1974, 2, doc. P.754; Mémento pratique Francis Lefebvre, commercial, concurrence-consommation 1986, n° 501; Malinvaud, La protection des consommateurs, Dalloz 1981, chron.PP.49 et 57.

سلعة أو خدمة معروضة في السوق، عرضا مهنيا بحيث لا يكون قد صنعها أو حولها أو وزعها أو عرض الخدمة ضمن اطار تجاري أو مهني. أما الشخص الذي يقوم بإستخدام سلعة أو يؤدي خدمة ذات طابع مهني، فإنه لا يمكن اعتباره مستهلكا .

يستدعى الأمر، حماية المستهلك العديم الخبرة من تصرفات المهنيين، أصحاب الخبرة و الحرفة الذين يتواجدون في مركز الأقوياء . ذلك أنه أمام وجود مثل هذه العلاقات غير المتكافئة، فإن العقود لا تعكس بحق إتفاق الأطراف. فغالبا ما يظهرها لتصرف بأنه فاشل بالنسبة للطرف الضعيف أو المتهاون.

بالرغم من هذا المفهوم الضيق لتعريف المستهلك ، لا بد أن نشير بأن زبون الصيدلي ليس ذلك الشخص الذي يشمله مدلول المستهلك العادي، إذ أنه لا يشترط أن يكون مريضا، بل من حقه أن ينتظر من المتعاقد الآخر النصيحة ولفت الانتباه، اللذين تفرضهما مؤهلات الصيدلي و نوعية المواد المعروضة للبيع. يتعلق الأمر بقطاع لا يخضع فيه التحريض على الإستهلاك للممارسات التجارية، بل وتحارب فيه تجاوزات الإستطباب الذاتي. وإن برزت ظاهرة تناول الأدوية، فإن المستهلك لا تدفعه تلك النوايا التي نجدها عند المستهلكين العاديين.

لقد نص القانون على ضرورة كفالة أمن المستهلك، بحيث منع تصريف أي مستحضر إذا لم يرخص مسبقا بعرضه في السوق، بموجب رخصة صادرة عن الوزير المكلف بالصحة العمومية⁽³⁾. ومن تطبيق أحكام هذا الإجراء عرفت المادة 295 من قانون الصحة المستحضر بأنهم "كل دواء محضر مسبقا و معروض ضمن تكييف خاص و متميز بتسمية خاصة ص".

يتبين من هذه المادة بأن المستحضر هو دواء، والوقوف عند مضمونه أمر بالغ الأهمية. ذلك أنه يعمل على تحديد مجال تطبيق إجراءات عرضه في السوق، ويضع في نفس الوقت شروط تطبيق القواعد الخاصة لصنع المستحضرات الصيدلانية.

3- الصادر بموجب الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23-10-1976، الجريدة الرسمية 1976، العدد 101.

تناول المشرع تعريف الدواء في المادة 293 من الأمر 76 - 79 على أنه " كل مادة أو تركيب معروض على اعتباره أنه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، و كل منتج يمكن أن يناول لإنسان أو حيوان بقصد وضع تشخيص طبي لوظائفه العضوية أو إصلاحها أو تصحيحها أو تعديلها". أما المادة 170 من القانون رقم 85-05⁽⁴⁾، فنصت على أن كلمة " الدواء " تعني كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، كل المواد التي يمكن تقديمها للإنسان أو الحيوان، قصد القيام بالتشخيص الطبي أو استعادة وظائفها العضوية أو تصحيحها أو تعديلها.

يستخلص من هذين التعريفين، أن المشرع اشترط أن تتوافر في المواد أو التراكيب خواص العلاج أو الوقاية من الأمراض البشرية أو الحيوانية⁽⁵⁾.

إن مفهوم السوق، يتطلب كذلك بعض التوضيحات. إذ نجد عبارة " العرض في السوق للأدوية " تحتوي على تفسيرين على الأقل. ففي معناها الأكثر إتساعاً، نعني بذلك كل العمليات التي تبدأ بإعداد الأدوية إلى غاية إيصالها إلى المشتري. فهذه النظرة الشمولية تستوجب دراسة قانون الصحة كله، و يقتضي الأمر دراسة مركز المنتج، و الموزع و كذا دور الطبيب و تدخل الصيدلي. أما من المنظور الضيق، و الذي يمكن تكييفه بالتقني، فإن العبارات " تختلط " بإجراءات الترخيص للعرض في السوق للمستحضرات الصيدلانية. لمعالجة هذا البحث نتبنى للمفهومين ، كل العناصر التي لها صلة بقانون الاستهلاك.

حفاظاً على صحة المستهلك، فإنه لا يمكن معاملة الصيادلة مثل بقية المهنيين، باعتبار أن طبيعة نشاط هؤلاء تخضع لأمرين: الضرورات التجارية و المحافظة على الصحة العامة؛ و هذا يدفعنا إلى التسليم بأن قانون عرض الدواء في السوق هو قانون نموذجي (أولاً) و في نفس الوقت قانون استثنائي(ثانياً). و ذلك بالمقارنة بالقواعد العامة

4 - المؤرخ في 16 - 02 - 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية 1985، العدد 08.

5 - Eric Foussier, Le médicament: notion juridique, librairie Lavoisier, 1999, P.39; Calvo J., La pharmacie en tant que service public, Thèse de doctorat en droit, Toulouse 1974, P.11.

للاستهلاك. نموذجي بالنظر إلى إجراء العرض في السوق، استثنائي بالنظر إلى تدابير حماية المستهلك الأديوية.

أولا - قانون عرض الدواء في السوق : قانون نموذجي

إذا كان المشرع قد تدخل بنصوص كثيرة يمكن تمديد مجال تطبيقها إلى حالات التصنيع أو بيع المواد الخطرة، فإنه يصعب مع ذلك القول أو الجزم بأن الإقبال على هذا النموذج دليل على أنه قد بلغ درجة الكمال، فكل نشاط قابل للإصلاح والتغيير. و من ثم يجب أن يتأقلم القانون مع التغيرات الاجتماعية، الاقتصادية والعلمية. لقد ظهرت رغبة المشرع في ترسيخ سياسة محكمة للاستهلاك عن طريق التشريعات المتتالية والمتعددة، فيبدو أن نصوص قانون الصحة جاءت متوافقة مع الأكثر دقة منها، فكان منها ما يتعلق بجودة المنتج (1) أو التغليف (2).

1 - جودة المنتج في ظل القواعد العامة :

تهدف القواعد العامة للاستهلاك، إلى حماية المستهلك بالدرجة الأولى وتوفير هذه الحماية خاصة لصحته وسلامته. فقد جاء في خطاب الرئيس الأمريكي كينيدي أمام الكونجرس في 15/03/1962 أنه من بين حقوق المستهلك المهددة والتي يجب الدفاع عنها وتجديدها : " الحق في السلامة، أي الحق في الحماية عند بيع مواد تحتوي على خطر على الصحة أو على الحياة".

يقع على المحترف التزام بضمان سلامة المنتج و عدم إضراره بحياة أو صحة المستهلك . فلم يفت المشرع من التدخل لفرض إجراءات وقائية، إذ منع و/أو أخضع للمراقبة المواد التي تشكل خطرا على الصحة العامة بموجب القانون رقم 89 - 02 بشأن أمن وسلامة المستهلك⁽⁶⁾. فقد نصت المادة الثانية منه على ضرورة كفالة أمن المنتجات والخدمات و عدم خطورتها على صحة و/أو أمن المستهلكين.

6- المؤرخ في 07-02-1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية 1989، العدد 06

و يلاحظ، أن هذا الحق في السلامة الذي يقره القانون ليس له إلا وجهة إعتدالية، بحيث يتعلق الأمر بحماية صحة المستهلك، باعتبار أن الأدوية لا تندرج ضمن السلع التي تنظم إجراءات الحماية بشأنها. على العكس، لابد أن يخضع الدواء لقواعد تتسم بمظهر أكثر حيوية، إذ لا يتوقف الأمر عند حالة المريض فحسب، بل العمل أكثر على ترقيتها وتحسينها. لذلك لابد أن يؤخذ مفهوم الإنتاج بمدلوله الواسع، لتندرج الأدوية ضمن السلع التي ينظم القانون إجراءات الحماية بشأنها، بهدف تحقيق أقصى درجات الحماية للمريض، كما يستخلص ذلك صراحة من عبارات النص المذكور... كل منتج مهما كانت طبيعته.

وهكذا، فإن استهلاك أي منتج لا يغدو أن يكون إلا أمراً اختيارياً، على اعتبار أن استهلاك الدواء غالباً ما تقتضيه الضرورة. مما جعل الكثير من التشريعات تولي اهتمامها بالحق في العلاج و تصريف الأدوية. وقد تجسد ذلك منذ سنوات طويلة، ومنه ما تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إذ تقرر المادة 25 منه على أنه: " لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي ضمان الصحة و الرفاهة له و لأسرته،...". و المنظمة العالمية للعمل التي تعتبر أن الخدمات الطبية تدخل ضمن الأنظمة الدنيا التي تفرض على الدول المتعاقدة.

و قد تبين أن البحث عن سلامة و أمن المنتج كان من الأهداف التي شددت إنتباه المهنيين و السلطات العمومية، و جمعيات المستهلكين التي لعبت دوراً دقيقاً، بحيث عنيت بحفظ حقوق المستهلك أكثر مما هو عليه في المجالات التجارية الأخرى، مما يتطلب توافر المنتج على وسائل السلامة أو الأمان المنتظر فيه شرعاً.

إن أحكام القانون المدني و التشريعات الجنائية الخاصة بحماية المستهلك، لا تجد تطبيقاً لها إلا بعد وقوع المخالفة. أي لا يعاقب المسئول بالعقوبات المقررة إلا بعد أن يتعرض فيها أمن و سلامة المستهلك للخطر، بحيث يصبح المنتج ضاراً أو مؤذياً لكل من يستعمله أو يتناوله. أي بعد وقوع الضرر و التعرف على الضحية و المطالبة بالتعويض. فتوقيع العقوبات لا يكون الهدف منها الإصلاح و التهذيب فحسب، بل تحقيق أغراض

أخرى هي الردع و الوقاية⁽⁷⁾. و لاشك أن هذه الغاية يصعب بلوغها في مجال استهلاك المواد الغذائية، بحيث لا تتضمن النصوص القانونية لحماية المستهلك أحكاما تمنع توزيع المواد أو المنتجات الاستهلاكية دون أن تسلم رخصة مسبقة للبيع و يكون ذلك بعد مراقبتها⁽⁸⁾. كما هو الشأن بالنسبة للمستحضرات الصيدلانية، فهي منتجات متطورة من الناحية التقنية أو معقدة في تكوينها و تركيبها و تتسم بالخطورة في حد ذاتها أو في ظل الظروف المصاحبة لاستعمالها⁽⁹⁾.

لقد كان لهذه الأحكام تأثيرها و فاعليتها، بحيث ساهمت في تجسيد المبدأ الذي وضعتة القواعد العامة لحماية المستهلك. و بالرجوع إلى نص المادة 5 الفقرة الأولى من قانون 89 - 02 نجدها تتضمن إلزام المنتج أو الوسيط أو الموزع أو المتدخل في عملية الوضع للاستهلاك، بمراقبة مطابقة المنتج للقواعد الخاصة به و المميّزة له. و يدل نص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون المذكور على أن قصد المشرع ينصرف إلى رقابة المنتج قبل عرضه في السوق للاستهلاك.

تستوجب الرقابة السابقة، القيام بالاختبارات الفنية و العلمية، قصد حماية المستهلك من الأخطار التي قد يتعرض لها من وراء تناوله للمنتوج. إلا أنها تتطلب نفقات و إجراءات طويلة، الشيء الذي يجعل العملية صعبة المنال في الواقع العملي. فضلا على أنه قد تظهر هذه المراقبة غير مجدية، إذا لم تكن مقترنة بمراقبة تالية خاصة باستجابة المنتج للجودة و المواصفات القانونية و التنظيمية التي تهمه، و تميزه عند عرضه للاستهلاك⁽¹⁰⁾.

7 - انظر، عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري و الصناعي، دار النهضة العربية 2002، ص173.

8 - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 97- 254 المؤرخ في 08- 06- 1997 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة و التي تشكل خطرا من نوع خاص و استيرادها، الجريدة الرسمية 1997، العدد 46.

9 - Alain Viandier, garantie des vices cachés et accident pharmaceutique, Bull. Ordre pharm., juillet-sept.1984, P.547

10 - J.Calais-Auloy, Ne mélangeons plus conformité et sécurité in: D.1993, chron. 130 et s.

إن الغرض من هذا الإجراء ، هو خلق مناخ أفضل في السوق و تحاشي بذلك، تلك البيوع للمنتوجات دون أدنى شرط لضمان سلامة المستهلك. و لا يفهم من ذلك أنه يجب أن نتطلع إلى إقامة نظام جديد يحمل تدابير للحماية، و إنما المطلوب هو تحسين أو تمديد الأحكام المطبقة. فإذا كانت المراقبة الذاتية للمهنة تمر عبر نقابة المهنيين (Conseil de l'ordre) ، فإن هذه الأخيرة تقوم بدور فعال لتوفير إعلام كامل وتحسينه، و العمل على تطوير تصرفات المهنيين بإعتبارهم أصحاب المهن الذين يقدمون خدماتهم للمستهلكين. ولا غرو أن أحد أهداف العرض في السوق في قانون الاستهلاك يكمن، في ممارسة النفوذ و التأثير على المستهلك، أكثر منه حماية الصحة العامة من قبل المهنيين. فقد تيقن صانعو الأدوية و منذ وقت بعيد بضرورة المراقبة. و قد تجسد ذلك في إنشاء مخبر وطني لمراقبة الأدوية، و كان أبرز إجراء هو ظهور نظام التأشيرة (Visa) في سنة 1941 الذي يتمثل في الترخيص المسبق و الإلزامي للسلطات العمومية من أجل إستغلال أي مستحضر صيدلاني.

2 - الترخيص بعرض الدواء للتداول :

لقد تعددت القواعد التي تتكفل بحماية المستهلك. و أمام وفرة هذه الأخيرة و تنوعها، أدى الأمر بمرجات القانون إلى إجراء تصنيف لها وذلك حسب نوع المنتوجات. إلا أنه ليست لهذه التنظيمات مجالات تطبيق متشابهة بالنسبة للمنتجات الخطرة طبقا للقواعد العامة .

لقد أوجب المشرع الجزائري على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه، من أي عيب يجعله غير صالح للإستعمال المخصص له و/أو من أي خطر ينطوي عليه⁽¹¹⁾. وقد تدخل في هذا الشأن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97- 254 المتعلق بالرخص المسبقة

11 - Alain Benabent, Conformité et vices cachés dans la vente, D.1994, chron., P.115 et s.

لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص و استيرادها⁽¹²⁾ تجنبا لمخاطرها.

إلا أن هذا المرسوم لم يكن كافيا، بحيث اقتصر مجال تطبيقه على المنتوجات الاستهلاكية⁽¹³⁾ دون أن يشمل المنتوجات الصيدلانية، كما جاء ذلك صراحة في المادة الأولى منه : لا تسري أحكام هذا المرسوم على المنتوجات الصيدلانية و المواد المشابهة، و مواد التجميل و التنظيف البدني .

و لكي يضمن المشرع حق الإنسان في سلامة جسمه و حياته، فقد منع بيع الأدوية المغشوشة و أورد هذا الحكم في المادة 25 من المرسوم رقم 76 - 139⁽¹⁴⁾ ~ يقرر الوزير المكلف بالصحة العمومية وقف أو سحب رخصة الوضع في السوق بعد أخذ رأي لجنة المدونة و ذلك عندما يثبت بأن المستحضر لا يشتمل على التركيب الكيفي و الكمي المصرح به و ذلك دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في الأحكام الجاري بها العمل و المتعلقة بقمع الغش".

و قد أوجد المشرع الكثير من النصوص كأساس لمراقبة جودة المواد بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 92 - 65⁽¹⁵⁾، والتي تنص المادة الأولى منه على لزوم التأكد من جودة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، و مطابقتها قبل عرضها في السوق. و قد جاء هذا الحكم مطابقا لأحكام المادتين 5 و 10 من قانون حماية المستهلك.

كما منح المشرع السلطة الإدارية المختصة مهمة القيام في أي وقت، و في أي مرحلة من مراحل عرض المنتج للاستهلاك بتحريرات مراقبة المطابقة، قصد تفادي المخاطر التي قد تهدد صحة المستهلك و أمنه أو التي تمس مصالحه المادية⁽¹⁶⁾.

12 - المؤرخ في 06 يوليو 1997، الجريدة الرسمية 1997، العدد 46.

13 - يقصد بالمنتج الاستهلاكي حسب نص المادة الثانية من المرسوم المذكور، المنتج النهائي الموجه للاستعمال الشخصي للمستهلك.

14 - المؤرخ في 23 - 10 - 1976 يتضمن تنظيم منتجات الصيدلة، الجريدة الرسمية 1976، العدد 01.

15 - المؤرخ في 12 / 02 / 1992 و المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، الجريدة الرسمية 1992، العدد 13.

16 - المادة 14 من قانون 89 - 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك

الملاحظ، أن هذه الإجراءات هي إجراءات تناسبية بالنظر إلى سيمتها أو الأخطار التي تنتج عنها، و التي يكون الهدف منها تفادي أو وقف الخطر في الظروف العادية للاستعمال. و إذا ثبت خطر المنتج الذي تم عرضه للإستهلاك، تقوم السلطة الإدارية المتخصصة بسحبه فوراً مع إعلام المستهلكين بكافة الوسائل الممكنة⁽¹⁷⁾. و في حالة ما إذا كان المنتج المعروض أو الذي تم تحليله يحتوي على خطر وشيك يهدد صحة و/أو أمن المستهلك، فإن السلطة الإدارية المختصة تأمر بموجب قرار بسحب المنتج من مسار عرضه للإستهلاك⁽¹⁸⁾. و يتمثل السحب المؤقت في منع حائز المنتج من التصرف فيه⁽¹⁹⁾.

و من الوسائل الفعالة التي يعول عليها المشرع للحفاظ على صحة المستهلك و أمنه، الأمر بتوقيف نشاط المؤسسة أو المؤسسة المساهمة في عملية طرح المنتج في مسار وضعه حيز الإستهلاك⁽²⁰⁾. لكن يعاب على هذه التدابير التي يراد منها وقائية، سواء لحماية الصحة أو أمن المستهلك، أنها تأتي بعد عرض المنتج و ليس قبل تحقق الخطر. أي لم تأت قبل أن تكون صحة و أمن المستهلك قد تعرضت للخطر. و بمعنى آخر يكون من وراء ذلك تحقيق هدف وقائي و ليس علاجي، إذ أن المشرع يتحدث عن المنتج المفحوص أو الذي تم تحليله، كما ورد ذلك في المادة 17 من القانون رقم 89-02 حيث تنص أنه: يمكن للأشخاص المؤهلين قانوناً... القيام بأخذ عينات لتحليلها في مخابر مراقبة الجودة و قمع الغش...". و تضيف المادة 20 من القانون المشار إليه "في حالة ما إذا كان المنتج المفحوص أو الذي تم تحليله يحتوي على خطر وشيك يهدد صحة و /أو أمن المستهلك و عندما تستحيل مطابقتها، فإن السلطة الإدارية المختصة تأمر بموجب قرار مسحب

17 - المادة 19 من القانون المذكور أعلاه.

18 - المادة 20 من القانون المذكور أعلاه.

19 - المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، الجريد الرسمية 1990،

العدد 05

20 - المادة 22 من القانون رقم 89-02 السالف الذكر

والمنتوج من مسار عرضه للاستهلاك،...". وهكذا استهدف المشرع ترسيخ إجراء وقائي و دفع الخطر عن المستهلكين، لكي يطمئن هؤلاء على صحة المواصفات.

الملاحظ، أن هناك الكثير من النصوص القانونية الخاصة، التي تهدف إلى حماية صحة و أمن المستهلك. مثل تلك المتعلقة بالمواد الكيماوية⁽²¹⁾، التدخين، التلوث، البيئة⁽²²⁾، البناء و السكن⁽²³⁾. فضلا عن المكانة التي يخصصها قانون الصحة للعب. فهذه الأخيرة تضمنها بالحديث القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 ديسمبر 1997 السابق الذكر، الذي يحدد قائمة المنتجات الإستهلاكية ذات الطابع السام أو التي تشكل خطرا من نوع خاص، حيث جاء في القسم الثاني منه: - المواد المعدة لتربية الأطفال و الترفيه عنهم لا سيما للعب، أدوات الرسم للأطفال، المواد الملونة في كتلتها (مواد بلاستيكية الأوراق و الورق المقوى المباعة كاللعب، الأنسجة المصبوغة، أدوات العناية بالأطفال، لاسيما المصاصات، أسرة الرضع، عربات الرضع، سيارات الأطفال القابلة للتحويل، أسرة الأطفال الثابتة أو القابلة للطي، قفف) أمهاد و مراقد (طاولت للتقميط، كراسي للأطفال، مشايات، إطار خشبي للأطفال، رضاعات.

أما بخصوص الأحكام التشريعية المقررة لمواد التجميل و التنظيف البدني، فلم يتعرض المشرع في السابق بموجب الأمر رقم 76 - 79 المتضمن قانون الصحة إلا لمواد التنظيف⁽²⁴⁾؛ بيد أن ظهور عبارة صـ"صمواد التجميل" يرجع إلى قانون 85/02/16، و التي نظمتها المادة 171 منه بقولها "صيدخل في حكم الأدوية أيضا ما يأتي: مواد النظافة ومنتجات التجميل التي تشمل على مواد سامة بمقادير و كثافة تفوق ما يحدده بقرار الوزير المكلف بالصحة...".

21 - القرار المشترك المؤرخ في 28 - 12 - 1997 يتعلق بتحديد قائمة المواد الكيماوية المحظورة أو المنظم إستعمالها في صنع المواد الاستهلاكية ذات الطابع السام أو التي تشكل خطرا من نوع خاص، الجريدة الرسمية 1997، العدد 18.

22 - المادة 84 من الأمر رقم 76 - 79 السالف الذكر.

23 - المادتان 87 - 88 من الأمر رقم 76 - 79 السالف الذكر.

24 - راجع المادة 293 / 2 من قانون الصحة العمومية.

وقد ثبت قصور هذا النص، عند مواجهة كافة الإحتياجات العملية، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تدارك هذا النقص بوضع تعريف لمواد التجميل. وتبيان الفروق بين المنتجات الدوائية ومستحضرات التجميل.

يقصد بمنتوج التجميل ومنتوج المنظف البدني في مفهوم المرسوم التنفيذي رقم 97-37⁽²⁵⁾ حسب المادة الثانية منه " كل مستحضر أو مادة، باستثناء الدواء، معد للاستعمال في مختلف الأجزاء السطحية لجسم الإنسان، مثل البشرة و الشعر، و الأظافر، و الشفاه، و الأجنان، و الأسنان، و الأغشية، بهدف تنظيفها أو المحافظة على سلامتها، أو تعديل هيأتها، أو تعطيرها، أو تصحيح رائحتها". و تضيف الفقرة الثانية من المادة المذكورة " لا تطبق أحكام هذا المرسوم على مواد التجميل و التنظيف البدني التي تدخل في حكم الأدوية كما هو محدد في المادة 171 من القانون رقم 85-05...".

وهكذا نلاحظ، من المادة 171 الفقرة الأولى أن هناك شرطا واحدا يضعه المشرع، و هو أنه يجب أن يشتمل المنتوج على مواد سامة. و مادام أن مواد التجميل، لا تخرج بطبيعتها عن معنى الدواء وتخضع بالتالي للاحتكار الصيدلي، فإنه يجب أن تستجيب للشروط المبينة في المادة 170. أي أن مواد التجميل تعتبر دواء يعرض في السوق لكونه يحتوي على خاصية علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية. و يمكننا الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق التفسير الموسع لمصطلحي المرض و العلاج. يتجه الفقه الفرنسي⁽²⁶⁾ إلى تعريف المرض على أنه: " كل عرض يؤثر على سلامة وظائف الجسم، أن يكون يستوي هذا التأثير نتيجة عوامل خارجية، كالتعرض للإصابة أو للعدوى الميكروبية أو نتيجة عوامل داخلية، مثل ضعف المناعة في الجسد بسبب كبر السن و الشيخوخة".

25 - المؤرخ في 14 يناير 1997 ، يحدد شروط و كفاءات صناعة مواد التجميل و التنظيف البدني وتوضيها و تسويقها في السوق الوطنية، الجريدة الرسمية 1997، العدد 04.

26 - Nerson: Le corps humain et le droit, Travaux de l'association Capitant, T.XXVI.1975, P.524.

أما العلاج فهو: "كل مادة تساعد في القضاء على مرض معين أو تقلل من خطورة أثاره على أقل تقدير، و بالتالي تؤدي إلى تحسن حالة المرض".

كذلك أدخلت بعض مواد التجميل في حكم الدواء، إذا هي اشتملت على مواد سامة بمقادير و نسب تساوي أو تقل عن ما يحدده بقرار من الوزير المكلف بالصحة العمومية⁽²⁷⁾. وذلك بهدف إخضاعها لرقابة دقيقة من حيث إنتاجها و توزيعها. وحسنا ما فعل المشرع الجزائري عندما إشتراط أن تشتمل مواد التجميل على مواد سامة، الشرط الذي يعد بمثابة الحل الذي أوجده القضاء الفرنسي، بحيث عمد المنتجون من أجل تفادي القيود التي يخضع لها صنع إنتاج الدواء إلى نزع المواد السامة من المواد النوعية Générique.

3 - سياسة عرض الدواء في السوق :

يلزم المشرع كل شخص يرمي إلى تسويق مستحضر صيدلي في القطر الجزائري بأن يحصل على ترخيص بالتداول في الأسواق صادر عن الوزير المكلف بالصحة العمومية. وطبقا للمادة 174 من قانون حماية الصحة و ترقيتها فإنه: "لا يجوز للأطباء أن يصفوا أو يستعملوا إلا المواد الصيدلية الواردة في المدونات الوطنية التي تعدها لجنة المدونة الوطنية، قصد حماية صحة المواطنين أو استعادتها و ضمان تنفيذ الحملات الوقائية و تشخيص الأمراض و معالجة المرضى، و حماية السكان من استعمال الأدوية غير المرخص بها".

إن استهلاك الأدوية لا يخضع في حد كبير منه للتصرفات العادية للمستهلك، ذلك أن المريض ليس كالمستهلكين الآخرين، إذ ليست حرية اختيار الدواء. فإذا كان الطبيب هو الذي يوصف الدواء، فإن تكلفة العلاج لا يتحملها المريض، لأن سعر المستحضر يفي به صندوق الضمان الاجتماعي، إضافة إلى أن الصيدلي في المؤسسة الصيدلية لا يعد تاجرا فحسب، بل إنه عضو مهنة حرة.

27- المادة 41 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، السلف الذكر.

لما كان استعمال الدواء ضروريا، فإن سياسة الاستهلاك تفرض أن يكون هناك إعلام كاف و التحسيس بمخاطر المبالغة في الاستهلاك. لقد أصبح الإنسان اليوم مريضا لكثرة تناوله للدواء، فلا بد من تبصير المستهلك و توجيهه قبل استعمال الدواء، وإرشاده بكل ما من شأنه درء المخاطر المعلومة أو المحتملة التي تنجم عن هذا الاستعمال⁽²⁸⁾، فضلا عن تاريخ إنتاج الدواء و تاريخ انتهاء فعاليته، و كيفية حفظه و تخزينه. فيلزم أن يكون هذا التحذير شاملا و مفهوما، و عندها يتحقق بموجب هذه الالتزامات أقصى درجات الحماية لمستهلك الدواء⁽²⁹⁾.

من المسلم به حاليا، أن المستحضرات الصيدلانية التي يقوم الصيدلي بتحضيرها، لم تعد تمثل في الوقت الحالي سوى نسبة ضعيفة من جملة الأدوية التي توفرها الصيدليات. فالمستحضرات الصيدلانية هي التي تقوم الشركات العاملة في مجال الدواء بطرحه للتداول، والتي توصف أساسا من قبل الأطباء هي التي تشكل الجانب الأكبر من الأدوية المتوافرة بالصيدليات، بحيث تقوم هذه الأخيرة بصرفه للمستهلكين و بذلك أصبح نشاطها مرتبطا بحماية الصحة العامة.

ثانيا: قانون الوضع في السوق قانون استثنائي:

عندما يطبق قانون الصيدلة على العلاقة بين الصيدلي البائع و المستهلك فهو فرع من القانون التجاري، ذلك أن مختبر الصيدلة هو محل تجاري و يعد الصيدلي تاجرا. فهل تستجيب هذه العلاقة للمبادئ العامة؟ لا شك أنه من مهام جمعية حماية المستهلكين إعلام الجمهور عن حقوقه، و لفت انتباه الصيادلة عن التزاماتهم، إلا أن ضرورة حماية الصحة العمومية تفرض أحكاما استثنائية، سواء فيما يتعلق بالرقابة (1) أو طرق البيع(2)، أو تقرير مسؤولية الصيدلي(3).

28 Calvo (j.), la responsabilité du fait des effets secondaires des produits de santé, les petites affiches, 16 fev. 1999, p.21†; Sandrine Husson, « la responsabilité du fait du médicament », fédération cohérence Europe, 2000 P.24.

édition masson , 2^{ème} éd., 1984, pp.58 et s.

29 - راجع: عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة

الحدیثة 1988، ص72.

1 - الرقابة :

هناك طريقتان يمكن استعمالهما: الرقابة السابقة (أ) و الرقابة اللاحقة (ب)

أ- الرقابة السابقة :

إذا نظرنا إلى قانون الصحة العامة، نجد أن المشرع أكد على أنه يجب وضع قائمة للمستحضرات الصيدلانية التي يمكن تسويقها. مما يستتبع ذلك، أنه :

لا يجوز تصريف أي مستحضر إذا لم يرخص مسبقا بعرضه في السوق بموجب رخصة صادرة عن الوزير المكلف بالصحة العمومية⁽³⁰⁾. هذه الرخصة لا يمكن الحصول عليها إلا بإتباع إجراءات طويلة وقاصية⁽³¹⁾.

و يلزم صاحب الرخصة بتقديم ملف تقني، كشرط إجرائي⁽³²⁾. و قد عمد المشرع من خلالها، تجديد الرقابة على صانع الدواء للتأكد من جودته و التثبت من سلامة وصوله إلى المستهلك. تؤدي هذه الرخصة وظيفة سهلة التحديد بهدف حماية مصلحة الصحة العامة، تتمثل في رقابة معمقة للمستحضرات الصيدلانية، سواء من حيث الشروط العادية لاستخدام المنتج أو من حيث أسلوب الصنع و طرق مراقبته⁽³³⁾.

يخضع تصريف هذه المستحضرات لبعض الممنوعات، سواء كلياً أو جزئياً. فبالنسبة للأولى، يبقى الصيدلي المؤهل و المرخص له ببيع الأدوية. و مفاده أن يخضع الدواء لأحكام الاحتكار الصيدلي، بحيث لا يمكن بيع هذه الأدوية إلا من خلال الصيدليات

30 - راجع المادتين 15 و 16 من المرسوم رقم 76 - 139 المؤرخ في 23 - 10 - 1976 يتضمن تنظيم منتجات الصيدلة، الجريدة الرسمية 1976، العدد 01.

31 - M.-Tissery- berry, G.Viala, «législation et déontologie de l'industrie pharmaceutique, édition masson, 2 ème éd., 1984, pp 58 et s.

32 - راجع المادتين 14 و 15 من المرسوم رقم 76 - 139 المؤرخ في 23 - 10 - 1976 يتضمن تنظيم منتجات الصيدلة، السالف الذكر.

33 - D.Vion, «Apropos des essais cliniques de médicaments nouveaux», Rev.trim.dr.sanit.et social 1975, 334.

المرخص لها أن تقوم بصرفه للمستهلكين. و هو الشرط الذي تضمنته المادة 188 الفقرة الأولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي تنص على أنه " تنفرد بتوزيع المواد الصيدلية وحدات التوزيع المتخصصة التي تحدد مواقعها عبر التراب الوطني، في إطار الخريطة الصحية .

أما الفقرة الرابعة من ذات المادة فجاء فيها ما يلي " و بالنسبة للصيدليات الخاصة، يجب، زيادة على ذلك أن يكون الصيدلي هو المالك الوحيد و المسير الوحيد للمحل التجاري للصيدلية التي يتولى مسؤوليتها"

وقد ورد نفس الحكم في المادتين 1،2 من القرار رقم 067 المؤرخ في 09.07.1996⁽³⁴⁾ بحيث يمنع تصريف الأدوية من قبل أشخاص آخرين⁽³⁵⁾ . فقد جاء في المادة 214 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي: تعد ممارسة الطب و جراحة الأسنان و الصيدلة ممارسة غير شرعية ... كل شخص يمارس عمل ...صيدلي، دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون، ...".

و إذا كانت القاعدة العامة، هي حصر عملية بيع الأدوية على الصيدلي وحده، فقد اعتبر القانون المساس بمبدأ الاحتكار الصيدلي ممارسة غير شرعية لمهنة الصيدلة، الفعل المعاقب عليه بموجب المادة 234 من قانون الصحة التي نصت على أنه : " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات على الممارسة الغير شرعية للطب و جراحة الأسنان و الصيدلة " ⁽³⁶⁾ . يستخلص من ذلك أن الصيدلي هو الشخص المؤهل

34- القرار الذي يحدد شروط الممارسة الشخصية لمهنة الصيدلة؛ المادة 217 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

35- ديدن بوعزة المحل التجاري في نظام المواريث محاضرة ألقيت في اليوم الدراسي حول حماية الأسرة، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان يومي 28-29-04-2004 غير منشورة .

36- تنص المادة 243 من قانون العقوبات على ما يلي : " كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 5000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

بتقديم النصيحة للمستهلك، و حمايته من الخطأ الذي قد يعرض صحته للخطر من جراء تناول الأدوية⁽³⁷⁾.

وفي ضوء هذا الموقف، يتعين على الصيدلي أن يتفرغ لبيع الأدوية، و لا يمكنه بيع غير تلك المسموح بها في المدونة الوطنية للأدوية لاستعمال الطب البشري. فقد أشارت إلى هذا الحكم المادة 176 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بقولها "لا يجوز أن توزع على الجمهور أو تصنع عبر التراب الوطني إلا الأدوية المستعملة في الطب البشري أو الأجهزة الطبية التقنية الواردة في مدونة المواد الصيدلية أو في مدونة الأجهزة الطبية التقنية التي يعتمدها الوزير المكلف بالصحة بناء على موافقة لجنة المدونة الوطنية...". هذه الأدوية قد بينتها القائمة المحددة بالقرار رقم 52 المؤرخ في 10 - 07 - 1995⁽³⁸⁾.

كذلك في حالة تصريف المواد السامة و المستحضرات التي تم تحويلها، فلا يقدر الصيدلي أخذ المبادرة إلا بناء على وصفة طبيب أو بيطري. كما يجب أن تقيد هذه الوصفات في سجل الوصفات الطبية المرقم و المؤشر عليه من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو محافظ الشرطة.

يلاحظ، أن المشرع قد أولى موضوع تسليم المواد السامة اهتماما خاصا، بحيث يتمثل ذلك فيما قرره من نظام متميز لتداول المواد حسب سمومة المستحضرات بالنسبة للمنتجات السامة، المصنفة في الجدول (أ)، بالنسبة للمنتجات المخدرة المصنفة في الجدول (ب)، بالنسبة للمنتجات الخطيرة المصنفة في الجدول (ج).

37 - ديدن بوعزة، توزيع الأدوية و مسؤولية الصيدلي، مداخلة ألقيت في الملتقى المغاربي الذي نظمته جامعة سيدي بلعباس أيام 28 - 29 أبريل 1992، ص. 8، غير منشورة؛ رؤوف عبيد، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، مجلة مصر العربية 1975، ص 27 و ما بعدها .

38 - راجع القرار رقم 107 المؤرخ في 18 - 11 - 1996 المعدل و المتمم للقرار رقم 51 المؤرخ في 26 - 11 - 1994 المتضمن المدونة الوطنية للأدوية للاستعمال البشري

تفيد الأحكام السابقة، أن المشرع قد خص الصحة العمومية (مستهلك الدواء) بحماية متميزة، إذ ألزم الصيدلي بعدم تصريف الأدوية إلا بشروط معينة، مما يستوجب القول بأن حرية الصيدلي في هذا المضمار مقيدة بأصول المهنة وملتزمة بمتطلباتها. و بافتراض خضوع هذه المستحضرات لنظام الرقابة، فلا يعدو أن يكون ذلك مقررا لغرض استثناء حماية الصحة إلا بإجراء رقابة لاحقة.

ب - الرقابة اللاحقة

إضافة إلى الرقابة الذاتية التي يمارسها المنتج - مؤسسة إنتاج الأدوية - أثناء صنع الدواء كما ورد ذلك في باب الممارسات الحسنة للإنتاج ~ لا يسمح ببيع أو توزيع الدواء قبل أن يصادق الصيدلي - المدير التقني على أن المنتج يتطابق و متطلبات رخصة العرض في السوق.

بالرغم من هذه الرخصة، فهناك رقابة تمارس على المنتج طبقا للقرار رقم 48 المؤرخ في 10 - 7 - 1995 ، بحيث توجد مراكز جهوية للرقابة، حسب ما ورد في المادة الثالثة من القرار المشار إليه. لقد اهتم المشرع بالمنتج الذي يطرح للبيع في المادة 15 من القرار المذكور، بحيث ألزم على طالب رخصة الوضع في السوق أن يقدم ملفا تقنيا يبين فيه طريقة و شروط الإنتاج الواجب احترامها، إضافة إلى أخذ عينات من قبل الصيدلي المفتش من أجل التأكد من مدى مطابقتها مع النموذج المصرح به . يحرص الصيادلة المفتشون طبقا للمادة 60 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 99 - 290 المؤرخ في 13 - 12 - 1999 على تطبيق و احترام التعليمات المتعلقة بأساليب صناعة المنتجات الصيدلانية و المنتجات الأخرى المماثلة للأدوية و تحضيرها و مراقبتها.

و يرجع السبب في ذلك، أن المستحضر الصيدلاني مضر بالصحة في الحالات العادية للاستعمال أو أنه لا وجود للأثر الصحي أو أن المستحضر يفتقر إلى التركيبة الكمية و الكيفية المعلنة عنها أو المصرح بها.

الملاحظ، أنه حماية للمستهلك و لذات العلة، خول المشرع الوزير إمكانية وقف مفعول رخصة الوضع في السوق أو سحبها بقرار مسبب. كما يعمل على منع توزيع المستحضر المعني إذا تبين أن الشروط المنصوص عليها لم تعد مستكملة لمنع الترخيص. و يقصد بهذا الإجراء التأكد من صلاحية المنتجات و مطابقتها للمواصفات العلمية والتقنية، و ضرورة كفالة سلامة المنتجات المعروضة في السوق، و عدم خطورتها على صحة المستهلكين.

وإذا كان لزاما على صاحب الرخصة أن يتقيد بالشروط الواجب توافرها في المنتج، بالترخيص بالتسويق بالمعايير الخاصة و قوانين و لوائح تحكم إنتاجه و تداوله على نحو يسمح بإعلام المستهلك، فإن عليه التزام مماثل لهذا، و هو ضمان سلامة المنتج و على عدم إضراره بحياة المستهلك⁽³⁹⁾. فقد يتدخل المشرع بفرض إجراءات وقائية، و يلقي على عاتق المختبر و يجب أخذ المخزونات المتوفرة و التقرب لدى أصحاب المنتجات من أجل منع توزيعها. فقد جاء ما يفيد ذلك في المادة 31 من المرسوم رقم 92-284⁽⁴⁰⁾ حيث نصت على أنه " يمكن أن يقترح سحب التسجيل، عندما يتبين على الخصوص:

- أن المستحضر ضار في ظروف استعماله العادية،
 - أن المستحضر لم يعد يحتوي على التركيبة النوعية و الكمية المبينة في مقرر التسجيل، وهذا دون المساس بتطبيق الأحكام الجنائية المتعلقة بقمع الغش،
 - أن ظروف الصنع و الرقابة لا تسمح بضمان جودة المنتج الصيدلاني".
- و لم ينس المشرع عند تقريره وقف الرخصة أو سحبها، بحيث رافق هذا بتحميل صاحب الرخصة المسؤولية التي تنجم عن مخالفة الأحكام الجاري بها العمل و المتعلقة بقمع الغش. وقد أكد القانون على هذا الاتجاه، و تدخل بتجريم أفعال الغش تجنبا

39 -Lande (A), «la responsabilité des produits de santé», D. 1999, chron. P.191; Eric fossier, « l'obligation d'information incombant aux producteurs de spécialités pharmaceutiques», R.d. sanit.et soc. oct.-déc. 1999, P.735.

40 - المؤرخ في 06 - 06 1992 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، الجريد الرسمية 1992، العدد 53.

لمخاطرها، حيث نص في المادة 28 من القانون المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك على أنه ~ دون الإخلال بالأحكام التشريعية في هذا المجال تطبق على كل منتج أو وسيط أو موزع أو متدخل خالف أحكام المادة الثالثة- الفقرة الثانية من هذا القانون، العقوبات المنصوص عليها في المواد 429، 430، 431 من قانون العقوبات ~. (41)

2 - طرق البيع :

نحن نعلم أن المشرع في ظل القواعد العامة قد منع بعض طرق البيع، حتى يحتفظ المشتري بحريته في اختيار المنتج، و العلة ذاتها يمكن العمل بها بالنسبة للمستحضرات الصيدلانية، سواء ما تعلق بالتغليف (أ) أ وبالإشهار (ب) .

أ- التغليف :

يهدف التغليف إلى التعرف على المنتج و إعلام المستهلك بالبيانات الضرورية على المنتج ، كأوصافه و المواد الداخلة في تركيبه وطريقة استعماله أو صيانتة (42) . لذا، يتوجب توفير جميع الوثائق اللازمة. أي على الأقل مستندات دنيا لكل مهتم بالمنتج - كالمنتجات الصيدلانية- من طبيب و صيدلي و مريض، بحيث نجد قانون الصحة بحظر بيع أدوية خفية تقدم على أساس أنها أدوية لكن لا تحمل في تكييفها الاسم و مقدار كل مستحضر الداخل في تركيبها و اسم و عنوان الصيدلي الذي حضرها.

41- تنص المادة 431 من قانون العقوبات على ما يلي : يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 50.000 دج كل من:

- 1- يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية ...،
- 2- يعرض أو يضع للبيع أو يبيع مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية... يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو مسمومة، ...،
- 42- أنظر تفصيل ذلك، علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري دار الهدى، 2000، ص55، 56.

أما البيانات الأخرى، فهي تمكن غير المحترفين من استعمال المستحضرات في ظروف ملائمة و بدون خطر. و يجب أن تكون البيانات كافية و مكتوبة بلغة يسهل فهمها⁽⁴³⁾ وبخاصة تركيبة الدواء و طريقة الاستعمال. لكن ما هو المقصود بالظروف العادية للاستعمال؟ هل يقصد بها تلك الظروف المقررة من قبل المنتج؟ ألا يمكن القول في هذه الحالة بأنه تفسير ضيق، لأنه لا يتوقف على فهم المستهلك بل على نية المحترفين (مختصين). لذلك يجب البحث عن البيانات و الألفاظ التي يمكن للشخص المعتاد فهمها و استيعاب معانيها و الأخذ بعين الاعتبار ردود فعله. فيجب العمل على إزالة كل التباس و تقديم البيانات اللازمة عن الدواء بشكل مفهوم.

ب - الإشهار:

وهنا يجب التفرقة بين الإشهار الذي يكون موضوعه الدفع بالضرور إلى الإستهلاك و الإعلان الذي يمكنه من الشراء عن دراية⁽⁴⁴⁾. لكن الأمر يختلف بالنسبة للأدوية، فهذه الأخيرة منتجات خطيرة و بالتالي فإن الترويج لها و زيادة استهلاكها يؤثر و لا شك على صحة الجمهور. فيخشى أن يكون الإشهار الموجه بطريقة جيدة إلى الحث على الإفراط في الإستهلاك. فالإشهار الضال أو الخاطئ قد يكون مصدر نصب، مماثل للممارسة الممنوعة للطب و الصيدلة.

إن الهدف من الإشهار في مجال الأدوية طبقا للقواعد الخاصة بالصحة العمومية هو إعلام المستهلك، وليس الدفع به إلى الاستهلاك⁽⁴⁵⁾. و يستتبع ذلك أن الإشهار الموجه

43- راجع: ديدن بوعزة، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية 2004، العدد 01، ص 118 وما بعدها.

44- لمزيد من التفصيل راجع: ديدن بوعزة، نفس المرجع، ص 120؛ علي بو لحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 53؛ عبد الله حسين علي محمود، المرجع السابق، ص 52.

45 - F. Coustou, S Betant, C Maurin, « publicité pharmaceutique et responsabilité du pharmacien », Colloque Clermont-Ferrand des 20 et 21 nov. 1975, P. 119.

للجمهور ليس حراً، بل يتقيد بالعديد من الضوابط التي هي في نفس الوقت، ضمانات لحماية الصحة العامة. فهو يختلف عما هو معمول به في مجال الإستهلاك⁽⁴⁶⁾.

الملاحظ، أنه لا يمكن اعتبار الإعلام الضئيل إشهاراً. فالمشرع أعفى من التأشيرة المعلومات الموجهة للجمهور مثل ذلك الإشهار الذي يجد دعامته في التغليف، أو تركيبة الدواء و طريقة تناوله و تاريخ صنعه و الأجل الأقصى لصلاحية استهلاكه.

لقد ذهب القضاء المقارن⁽⁴⁷⁾ إلى القول أنه لا يمكن اعتبار التشبيه بالإشهار، المعلومات الموضوعية التي يقدمها الغير للجمهور. و يتعلق الأمر هنا في قضية لحال بالدليل الذي أعده الأطباء. غير أن مجلس الدولة راح إلى القول بأنه يعتبر بمثابة إشهار كل نشر من طبيعته الحث على شراء الدواء أين ينشد بالمهارات. حتى و إن كان الإشهار لم يقم به الصانع و لم تدفع نفقاته من قبل هذا الأخير.

من أجل حماية المستهلك لابد من مراعاة طرق ثلاث :

في مجال الإعلام الطبي، اشترط المشرع للقيام بأي عمل إشهاري يخص المنتوجات الصيدلانية الحصول على تأشيرة إشهار، يسلمها الوزير المكلف بالصحة بعد استيفاء إجراءات معينة⁽⁴⁸⁾.

تنص المادة 342 من قانون الصحة على أنه : "يمنع النشر المتعلق بالعناصر المشعة أو المنتجات التي تحتوي عليها إلا استثناء من الوزير أو الوزراء المعينين". أما الإشهار الخاص بالمختبر الصيدلاني ، فلا يمكن أن يتم وفق وسائل أو طرق مخالفة لكرامة المهنة. و يمكن تقريب هذه الحلة بتلك التي نص عليها المشرع و الخاصة بمنع الصيادلة من

46 - أنظر: عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات و الخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة 1992 ، ص45.

47 - Paris 20 déc. 1974, D. 74 -312 N. Lindon, Concl. Franck.

48 - المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 92 - 286 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتوجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، الجريدة الرسمية 1992، العدد 53.

إجتداب الزبناء بنفس الطرق و الوسائل، حيث جاء في المادة 397 من المرسوم التنفيذي رقم 92-286 على أنه " يجب على الأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان، الامتناع عن جذب الزبناء بطرق و وسائل مخالفة لكرامة المهنة، حتى و لو كانت هذه الطرق و الوسائل غير ممنوعة صراحة بموجب التشريع الجاري به العمل".

و حماية للمستهلك، ينص المشرع على أنه يمنع على الصيادلة حث الجمهور على طلب الأدوية. قد يسمح القانون بتسليم عينات ضمن شروط الكمية أو المقدار الضروري لتقدير جودة المادة بالنسبة للصانع. فهو ملزم بالألا يسلم العينات إلا لطائفة معينة كالأطباء، جراحي الأسنان القابلات، و الذين يقدمون طلبات في هذا الشأن. حرفيين أو خواص.

كما أنه لا يمكن تسليم الهدايا للزبناء، و إن كانت تنصب على أشياء ليست لها قيمة تجارية، مثل التي تشكل طابع العينة أو دعامة إشهارية. فنرى قانون الصحة يتشدد في هذا المجال، و يمنع مثل هذه العينات. فقد جاء في المادة 131 من مدونة أخلاقيات الطب⁽⁴⁹⁾ على أنه: " يجب على الصيدلي أن يحترم حق الإنسان في الاختيار الحر لأي صيدلي يريده، و يمنع عليه منعاً باتاً أن يمنح الزبائن امتيازات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلا ما نص عليه التشريع و التنظيم المعمول بهما".

و تمنع قواعد الصحة العمومية مثل هذه الممارسات حتى لا يتهم الطبيب بأن لديه مصلحة في بيع الأدوية التي يصفها.

هذه المزايا و الهدايا التي يمنحها الصانع أو الصيدلي لزبنائه، تخضع كذلك لقواعد المنافسة. إن تنظيم المنافسة و الأسعار يسهمان في حماية المستهلك. كما هو الحال في القواعد العامة، يوجد التزام بالإعلام عن السعر بحيث، يجب على الصانعين أن يشاروا إلى سعر المستحضرات الصيدلانية، و ذلك بالإعلان عنه على الغلاف الخارجي. و يجب أن يتقيد به الصيدلي، كما أشارت إلى ذلك المادة 132 من مدونة أخلاقيات الطب " يجب على الصيدلي أن يبيع الأدوية و التجهيزات الصيدلانية بالأسعار القانونية".

49 - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يونيو 1992، السلف الذكر.

و هكذا لا يخضع بيع المستحضرات الطبية للقواعد العامة، بل لنظام استثنائي. نظام تقتضيه ضرورة حماية الصحة التي تشكل عقبة للاحتكار غير المبرر، إضافة إلى تدخل طرف ثالث - الضمان لاجتماعي - و الذي يسدل بثقله على سياسة الأسعار.

على العكس، ليس هناك مجال لإمكانية تطبيق الاتفاقات المحظورة و وضعية الهيمنة⁽⁵⁰⁾ - المنصوص عليها في قانون المنافسة - على المنتج والمختبر الصيدلاني. فقد جعل المشرع الصيدلي في وضعية خاصة، مقررًا بأنه لا يتعلق الأمر بشبكة توزيع عادية. وبالتالي لا يخضع لحرية المنافسة. على العكس، تفرض عليه مهمته - نشاطه الصيدلاني - بعض القيود، سواء بالنسبة لإنشاء المحل أو تلك المتعلقة بتصرفات الصيدالدة.

كذلك، بحكم أن التوزيع الصيدلاني هو توزيع انتقائي، فقد أوكل المشرع أمر القيام به ليس إلى مهني متخصص فقط، بل إلى الشخص الوحيد المرخص له ببيع الدواء للجمهور. فهنا يلتزم الصيدلي بما تمليه عليه المصلحة الأساسية للمجتمع و هي الصحة العامة. لذلك يجوز التساؤل عن إمكانية تطبيق القواعد العامة الخاصة برفض البيع في مجال صرف الأدوية.

كقاعدة عامة، يلزم الصانع و البائع و التاجر و الحرفي ببيع منتجاته إلى زبائنه. و لا يمكنه أن يرفض إشباع و بحسب إمكانيته رغبة المشتري. و ذلك حسب الشروط المعمول بها في التجارة، و عندما لا تشكل هذه الطلبات طابع غير عادي، و طالما لا يمنعها القانون أو التنظيم المعمول به. لكن قد يجد هذا الرفض للبيع أساسا له في خصوصيات المواد المباع⁽⁵¹⁾.

50 - المادتان 6 و 7 من الأمر رقم 03.03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 و المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية 2003، العدد 43.

51 - Cass. Civ. 16 06 - 1981, J.C.P.1982, J.19707, Obs. Y.Chaput.; Duneau (M.), Refus de vente et monopole pharmaceutique, Bull. Ordre Pharm., 1982, n° 256, P. 710 .

ففيما يتعلق بالمواد ذات التقنية العالية و في مجال بيع الأدوية، فإنه لا وجود لرفض البيع عندما لا يتعلق الأمر بطلب غير عادي. أي إذا لم تتوافر الشروط في الزبون، مثل التخصص أو الكفاءة. وحتى في غياب النص، فإنه يحذر بيع الدواء لأي تاجر إذا كانت المواد تتطلب مهارة عالية مثلا، بالنظر إلى تقنيات استعمالها. إن الصيدلي قابلية تقديم النصيحة وإعلام المستعمل تفوق تلك الموجودة عند أي بائع في المحلات الخاصة، لذلك يشترط توافر مثل هذه الكفاءات. لكن على العكس، لا يمكن للصانع رفض البيع لمثل هذه المواد للصيدلي الذي يمارس في المختبر. وإذا اعتبر الصيدلي تاجرا، فإن التفسير يقتضي بعض التحفظات، كون أن طبيعة المستحضرات - في بعض الأحيان - يتطلب صرفها من قبل الصيدلي، كالأقراص و الحبوب المانعة للحمل.

فالدواء ليس بمادة استهلاكية كباقي المواد الأخرى، فلا بد من التفكير في تحديد التزامات الصيدلي في الظروف التي يسود فيها الاستطباب الذاتي أو الإفراط في استهلاك الأدوية. فقد جاء ذلك متماشيا مع ما أقره المشرع، بحيث أوكل إلى الصيدلي مهمة مراقبة صرف الأدوية، الالتزام الذي تضمنته المادة 307 من قانون الصحة العمومية و التي جاء فيها " أن توزيع الدواء يشمل فحص صحة الوصفة الطبية، التحليل النقدي للوصفة على صعيدي الكيفي و الكم في آن واحد والذي يستهدف إزالة كل خطأ في المقدار و كل استطباب مضاد أو كل عدم ملائمة يمكن أن يعرض صحة المريض للخطر.

يستخلص من هذا الحكم أنه يمكن العمل بمبدأ رفض البيع، بل يصبح التزاما يقع على عاتق الصيدلي. سواء لأن الطلب غير صحيح أو أن الصرف ممنوع عن طريق القوانين و/ أو التنظيمات مراعاة لمصلحة الصحة العمومية.

قد يدفع هذا الالتزام بالمراقبة إلى الحديث عن التزام آخر، و هو التزام ضميري. وفحواه الدفع بالصيدلي إلى التحلي بالحذر في صرفه للدواء و الذي يجرنا إلى القول بوجود رفض البيع من قبل الصيدلي كلما قضت الصحة العمومية ذلك.

3 - مسؤولية المهني :

من المتعارف عليه أنه إذا ما ترتب عن تناول الدواء المعيب ضرر للمستهلك ، توجببت مسؤولية الصيدلي، وسواء كانت هذه المسؤولية تقصيرية ، أم تعاقدية. لكن قد تتعدد الأمور بسبب تحلل المسؤولية، لتعدد المساهمين في توزيع الأدوية . والتساؤل الذي يطرح نفسه يدور حول من يتحمل العبء عندما يسلم الدواء إلى المستهلك ؟ هل الصيدلي المنتج أو صاحب رخصة العرض في السوق أم المستورد أم الصيدلي الذي قام ببيع الدواء؟ من منطلق توفير أقصى درجات الحماية للمستهلك، يجب توسيع قاعدة المسؤولين الذين يحق له الرجوع عليهم.

وهكذا يجب على البائع أن يقدم شيئاً إلى المشتري، مطابقاً لشروط العقد و لا يتضمن أي عيب خفي. فإذا خالف ذلك، كانت للمشتري دعوى ضمان العيوب الخفية⁽⁵²⁾. فالمحترف وإن لم يكن عالماً بعيوب الشيء الذي يطرحة في السوق، فإنه يعتبر بائعاً سيئ النية من قبل القضاء. ذلك أن المستهلك، ونظراً لطرق البيع الحديثة، لا يمكنه أو ليست لديه الوسائل الشخصية للرقابة⁽⁵³⁾، و لا يعمل بالشروط المحددة للمسؤولية قبله. وبالتالي يمكن رفع دعوى المسؤولية ضد البائع من قبل أي مقتني للشيء. فيكون بذلك للمستهلك دعوى ناشئة عن العقد ضد الصانع⁽⁵⁴⁾.

من وجهة نظر القضاء⁽⁵⁵⁾، فإن البيع للمواد ذات الاستعمال الحساس يولد التزاماً للمهني، بإعلام المستهلك عن الأخطار التي يتعرض لها، و احتياطات الاستعمال الواجب اتخاذها أي الالتزام بالإعلام⁽⁵⁶⁾.

52 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مطبعة التقدم، دون ذكر سنة الطبع، ص 98.

53 - راجع، عبد الله حسين علي محمود، المرجع السابق، ص 132.

54 - Mollet Geraldine, le médicament est fil un produit au sens de la responsabilité du fait des produits défectueux ?,D. S. T., déc. 2002, P.18

55 - Trib. corr. Paris, 16juin 1980, Informations pharmaceutiques oct.1980,P.1460,obs.G.V

56 - عبد الله حسين علي محمود، المرجع السابق، ص 168.

يتكون ضمناً لكن ضرورياً، وبالرغم من تدخل الوسيط بين الصيدلي المنتج والمستعمل للدواء عقد حقيقي خاص، مشابه لذلك الموجود بين الطبيب و المريض. فيكون من المنصف و تماشياً مع العرف، أن يتخذ المخبر- الذي يتولى صنع الدواء - كل الاحتياطات ، ليس من أجل تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة، أي ضمان في كل الأحوال الخاصيات العلاجية للدواء و التحصين المطلق من المرض⁽⁵⁷⁾. بل و باعتباره مهنياً متخصصاً، و حصوله على مؤهلات علوم الكيمياء و الدواء، عليه إعلام الزبون من خلو الدواء من أي عيب و عن الأخطار المحتملة للشيء المباع، و بخاصة الشروط الدقيقة للبيع. أي الالتزام بتقديم أدوية لا ينشأ عنها أية إضرار لمستعمل الدواء.

هذه الالتزامات تقع على عاتق كل مهني، بل يجب فرضها بصورة أكثر عندما يتعلق الأمر بالوضع في السوق لمستحضر يتعلق أو يهتم الصحة العمومية. لذلك يبقى الصانع ملزماً أو مديناً تجاه أي مشتري أو مستعمل الدواء بالالتزام بدرجة من الحرص و الحيلة عالية، أو استثنائية حسب محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁸⁾.

إذا كانت مسؤولية المهنيين المدنية قد أثقلت تدريجياً من قبل القضاء، و بخاصة مسؤولية الصانع، من أجل حماية و تعويض الضحايا، أي مستهلكي الدواء. فإنه وبالرغم هذه النوايا الحسنة ، فلم تعد قواعد هذه المسؤولية تجدي نفعاً⁽⁵⁹⁾، إذ أنها أصبحت معقدة و باتت ملامح الفصل بين المسؤولية التعاقدية و المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁰⁾ غير واضحة، بحيث لا توفر درجة حماية واحدة للمتضررين من الأدوية. وقد حاول القضاء الفرنسي التقريب بين أحكام المسؤوليةيتين، إذ أقر المشرع الفرنسي

57 - Calvo (J.), La Responsabilité du fait des effets secondaires des produits de santé, les petites affiches, 16 Fev 1999, P.21.

58 - Civ.25-05-1980. Bull. Ord. Pharm. n°210 Janv.1981P.72.

59 -Daniel Veaux, sélection des actions de l'acheteur, in: revue contrats concurrence et consommation, Octobre 1983, P. 266

60 - Duneau (M), le pharmacien d'officine face à la responsabilité civil et pénal de droit commun, thèse pharmacie, Paris 1971, pp. 25 et 26.

بالمسؤولية الموضوعية للصانين أو البائعين تجاه المستهلكين⁽⁶¹⁾، حتى وإن تعامل هؤلاء مع الوسطاء. أي إدماج المسؤوليتين في نظام واحد، وإخضاع مسؤولية المنتج و/أو البائع لقواعد موحدة في مواجهة المتعاقدين والغير. ومفاد ذلك، الالتزام بتعويض الإضرار الناجمة عن المنتج العيب، دون أن يلزم المضرور بإثبات الخطأ. وهكذا اهتدى المشرع إلى إزالة كافة مظاهر التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، و ارسى أحكام المسؤولية الموضوعية للمنتج عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005⁽⁶²⁾، والذي أدرج ضمن نصوص القانون المدني. فقد نصت المادة 140 مكرر منه على ما يلي : " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

و مفاد هذا النص، أن العناصر المكونة للمسؤولية هي : وجود عيب في المنتج المعروض في السوق و الضرر و توافر علاقة السببية التي تجمع الاثنين. وبطبيعة الحال، فإن الخطأ بات يضمحل وراء الضرر الذي أصبح يبرر لوحده التعويض، بحيث يتحقق هذا الأخير كنتيجة طبيعية للعيب الذي يلحق بالمنتج. ويتمثل هذا العيب في نقص الأمان أو السلامة المنتظرة شرعاً من الدواء، بل يمتد حتى إلى إخلال المنتج بالتزامه في تقديم المعلومات اللازمة عن الدواء، كطريقة الاستعمال و مخاطره وتحذير مستهلك الدواء من الأعراض الجانبية التي يمكن أن تحدث نتيجة تناوله. و المخاطر التي يمكن أن تنجم عن هذا الاستعمال أو تفاعل الدواء الذي ينتجه مع أدوية أخرى يستعملها المريض⁽⁶³⁾.

61 - Jourdain (P) : Aperçu rapide sur la loi n° 98 -389 du 19-05-1988, JCP1988, éd E, Actualité P822

62. يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية 2005، العدد 44.

63 - Calvo (J),op. cit., P.28.

لكن قد يبدو أن الأمر أكثر تعقيدا، و يصطدم بعقبات عندما يتعلق الأمر بصيدلي يمارس في مختبر الصيدلة ، إذ أن المخاطرة تفيد في معناها استهلاك احتمال المرض، ضف إلى ذلك أخطار الإستطباب الذاتي و تناول الأدوية دون حذر، أو النصح ببعض الأدوية لأفراد العائلة الخ....- لذلك، يتوجب تحضير المستهلك للقيام بدوره، بإعلامه بالأخطار التي يواجهها. بل أكثر من ذلك، إعطاؤه تكوينا ملائما لتناول الدواء، ذلك أن المراقبة لا تكون مجدية عندما يكون الدواء بين أيدي مستهلك متهاون، الذي يستعمل الدواء حسب هواه. حتى وإن كان قد وصفه له طبيب من قبل، ألا يمكن تحويله عن غرضه و استعماله بحسب مشيئته⁽⁶⁴⁾ . لذلك يحث المتخصصون بعدم وصف الأدوية بكثرة، حتى يسهل الدواء في المدة المحددة و بطريقة معقولة. و يتوقف هذا كذلك، على وعي الجمهور بحيث، يجب أن يصل الإعلام الموجه من الصانع إلى المستهلك.

هذه الالتزامات التي يتحملها الصيدلي تتعدى مجرد الالتزام بضمان سلامة الدواء، لتشمل الالتزام بالرقابة على الأدوية و فحص الوصفة الطبية و التدقيق في بياناتها و الإعلام. بل أكثر من هذا، تقع على الصيدلي التزامات أخرى ترتبط بدوره الذي يلعبه كبايع محترف، مؤهلا علميا و فنيا في تصريف الأدوية و المستحضرات الصيدلانية. فهذه الالتزامات تفرض عليه بحكم القواعد الخاصة ببيع الدواء، ممارسة العمل الصيدلي و التي لا نجدها في بيوع المنتجات الأخرى التي يحكمها قانون الاستهلاك .

خلاصة : إذا كنا قد توصلنا إلى القول بأن كل القواعد المتعلقة بعرض الدواء في السوق تتوخى حماية الصحة العامة، فإنه لا يمكن أن نجزم بان هناك خاتمة. بل ما يمكن الوقوف عنده هو أنه من الصعب نقل جميع القواعد العامة لحماية المستهلك إلى ميدان طرح الأدوية في السوق. لذي، ففي حالة التعارض بين القواعد العامة و قانون الصحة، فلا يمكن للاعتبارات الاقتصادية البحتة أن تطغى على ضرورة حماية الصحة العمومية.

64 -Philippe Le Toutneau ,de l'allégement de l'obligation de conseil, sirey Dalloz ,1987, Chron., 101. et s.

الهوامش المرجعية :

- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري دار الهدى 2000 .
- ديدن بوعزة، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية 2004، العدد 1.
- ديدن بوعزة المحل التجاري في نظام المواريث، محاضرة أقيمت في اليوم الدراسي حول حماية الأسرة، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان يومي 28، 29-04-2004. غير منشورة .
- ديدن بوعزة، توزيع الأدوية و مسؤولية الصيدلي، مداخلة أقيمت في الملتقى المغاربي الذي نظمته جامعة سيدي بلعباس أيام 28-29 أبريل 1992 ، غير منشورة.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مطبعة التقدم، دون ذكر سنة الطبع، ص98.
- عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات و الخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة 1992 ص45.
- رؤوف عبيد، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة، مجلة مصر العربية 1975، ص27.
- عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة الحديثة 1988، ص 72.
- عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري و الصناعي، دار النهضة العربية 2002.

- Calais-Auloy**, Droit de la consommation Dalloz, 3^{éd.}:1992, P.3.
- Bihl**, Vers un droit de la consommation, Gaz. Pal.1974, 2, doc. P.754.
- Mémento pratique Francis Lefebvre**, commercial, concurrence-consommation 1986.
- Malinvaud**, La protection des consommateurs, Dalloz 1981, chron.PP.49 et 57.
- Eric Foussier**, Le médicament: notion juridique, librairie Lavoisier,1999.
- Calvo (J.)**, La pharmacie en tant que service public, Thèse de doctorat en droit, Toulouse 1974.
- Alain Viandier**, garantie des vices cachés et accident pharmaceutique, Bull. Ordre pharm., juillet-sept.1984, P.547
- Calais-Auloy J.**, Ne mélangeons plus conformité et sécurité in: D.1993, chron. 130 et s.
- Alain Benabent**, Conformité et vices cachés dans la vente, D.1994, chron., P.115 et s.
- Calvo (j.)**, la responsabilité du fait des effets secondaires des produits de santé, les petites affiches,16fev.1999, p.21;
- Sandrine Husson**, «la responsabilité du fait du médicament», fédération cohérence Europe, 2000 P.24.
- M.Tissery- berry, G.Viala**, «législation et déontologie de l'industrie pharmaceutique, édition masson , 2^{ème} éd., 1984.
- Vion D.**, «A propos des essais cliniques de médicaments nouveaux», Rev.trim.dr.sanit.et social 1975, 334.
- Nerson**: Le corps humain et le droit, Travaux de l'association Capitant, T.XXVI.1975, P.524.
- Lande (A)**, «la responsabilité des produits de santé», D. 1999, chron. P.191.
- Eric foussier**, « l'obligation d'information incombant aux producteurs de spécialités pharmaceutiques», R.d. sanit.et soc. oct.-déc. 1999, P.735.
- Coustou F., S Betant, C Maurin**, « publicitÈ pharmaceutique et responsabilité du pharmacien»,Colloque Clermont-Ferrand des 20 et 21 nov. 1975, P. 119.
- Lindon N., Concl. Franck** sous Paris 20 déc. 1974, D. 74-312.
- Mollet Geraldine**, le médicament est - il un produit au sens de la responsa-

bilité du fait des produits défectueux ?,D. S. T., déc. 2002, P.18.

Calvo (J.), La Responsabilité du fait des effets secondaires des produits de santé, les petites affiches, 16 Fev 1999, P.21.

Daniel Veaux, sélection des actions de l'acheteur, in: revue contrats concurrence et consommation, Octobre 1983, P. 266.

Jourdain (P) : Aperçu rapide sur la loi n° 98 -389 du 19-05-1988, JCP1988, éd E, Actualité P.822.

Philippe Le Tourneau, de l'allégement de l'obligation de conseil, sirey Dalloz ,1987, Chron., 101. et s.

Duneau (M), le pharmacien d'officine face à la responsabilité civil et pénal de droit commun, thèse pharmacie, Paris 1971.

Chaput (Y.), sous,Cass. Civ. 16 - 06 - 1981, J.C.P.1982, J.19707.

Duneau (M.), Refus de vente et monopole pharmaceutique, Bull. Ordre Pharm., 1982, n° 256, P. 710 .

Résumé:

La mise sur le marché d'un médicament est une opération délicate lorsqu'elle a pour cadre le marché. La réglementation en la matière est le fruit d'une recherche d'équilibre entre d'une part, la protection du public et le désir de promouvoir une distribution exempte de risque pour le consommateur, et d'autre part, le souci de préserver les intérêts légitimes des industries pharmaceutiques.

La législation est destinée à protéger le consommateur de médicament. Qu'en est-il présentement dans la mise sur le marché du médicament? Le droit de la consommation est-il adapté à l'activité pharmaceutique? Cette dernière apparaît comme l'objet d'une réglementation très poussée, mais parfois inadéquate. C'est ce que nous allons examiner en envisageant les règles qui lui sont applicables.

Mots clés: médicament, consommation, distribution, marché, responsabilité, pharmacien, santé.

Summary:

The marketing of a drug is a delicate operation when she framework for the market.

The regulations are the result of a better balance between on the one hand, the protection of the public and a desire to promote a free distribution of risk to the consumer, and on the other hand, the desire to preserve the legitimate interests of the pharmaceutical industry. —

The legislation is intended to protect consumers from the drug. What is happening now in the marketing of the drug? The consumer protection law is it suitable for the pharmaceutical business? The latter appears to be subject to a high degree of regulation, but sometimes inadequate. That is what we will examine in considering its laws.

Keywords: drug, consumption, distribution, market, responsibility, pharmacists, health.

اختصاص الجهات القضائية الادارية : تغيير مستمر (تطورات المادة 07 من ق.إ.م.)

بقلم : بوحميذة عطاء الله

أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة الجزائر

مقدمة :

إن أول تغيير نسجله هو إدراج الاجراءات الادارية ضمن عنوان مشروع القانون الجديد، ف جاء كآلآتي: قانون رقم. مؤرخ في. عام . الموافق. سنة. يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية. إن لهذا الإدراج أهميته، إذ يعني الاعتراف بوجود اجراءات ادارية متميزة عن الاجراءات المدنية، وبالتالي دعم فكرة استقلاليتها، استقلالية القانون الاداري ومن ثم تكريس فكرة ازدواجية القضاء.

لقد استند هذا القانون في بناءاته الدستورية الى المواد 98 ، 119 ، 120 ، 122 و126 منه المادة 98(اعداد القانون يعود للسلطة التشريعية) المادة 119 (المبادرة بالقوانين) المادة 120(اجراءات اعداد القانون) المادة 126(الاصدار)⁽¹⁾ و ذكرت المادة 122 التي عدت مجالات القانون في 30 حالة - ذكرت - عامة دون تحديد للمجال.

1 - هناك عدة مواد دستورية لها علاقة كبيرة بهذا القانون ولم ينص عليها في البناءات الدستورية لهذا القانون، منها: 141(أصدار الأحكام باسم الشعب)، 143 (الطعن في قرارات السلطات الادارية)، 144(تعلييل الأحكام والنطق بها في جلسات علانية)، 145 (تنفيذ أحكام القضاء)، 151 (الحق في الدفاع).

إن المتمعن في نص المادة 122 من الدستور يلاحظ في الفقرة الثامنة منها اقتصارها على " القواعد العامة للإجراءات المدنية وطرق التنفيذ " فهل يمكن تفسير ذلك بعدم دستورية عنوان مشروع هذا القانون انطلاقاً من الصياغة المذكورة؟ خاصة وأن المجلس الدستوري، عند تقديمه الآراء في مشاريع القوانين العضوية المقدمة له، كان يتمسك بعدم دستورية نص ما شكلاً إن استعملت فيه كلمات أو عبارات غير المستعملة في أحكام الدستور. أم يمكن أن نجد لهذا الإدراج سنداً من خلال الفقرة السادسة من المادة 122 من الدستور المتعلقة بقواعد التنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية، وهل تندرج الإجراءات الإدارية (التي هي قواعد شكلية) تحت عبارة " تنظيم وإنشاء الهيئات القضائية " التي هي قواعد موضوعية..

إن هذا التساؤل يجد حله في أن المؤسس الدستوري كان يقصد بالقواعد العامة للإجراءات المدنية، مجموعة القواعد والإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية العادية والإدارية. باعتبار أن التنظيم القضائي كان موحداً، وله هيكل واحد وبالتالي لم تكن هناك جدوى من إضافة إجراءات إدارية إلى المادة 122 أعلاه. وبالمقابل ولخصوصية الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية فقد أفرد لها الأمر 66 - 154 عناوين خاصة بها⁽²⁾. معنى ذلك حتى ولم يسجلها المؤسس الدستوري كتابة فإنه سلم بها ضمناً، وينبغي عند تعديل الدستور إضافتها إلى نص المادة 122 منه تجسيدا للتغيير الذي حدث في التنظيم القضائي الجزائري ابتداء من سنة 1996 المتمثل في تكريس الازدواجية القضائية.

إضافة إلى البناءات الدستورية اعتمد المشرع في أسانيد هذا النص على مجموعة من المقتضيات القانونية ما يعيننا منها أكثر هي :

2 - الأمر 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الكتاب الثالث، الباب الثاني بعنوان: في الإجراءات المتبعة أمام المجلس القضائي في المواد الإدارية " والباب الرابع من الكتاب الخامس منه بعنوان : في الأحكام الخاصة المتعلقة بالغرف الإدارية بالمجلس الأعلى ج.ر العدد 47.

- القانون العضوي رقم98 - 01 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله⁽³⁾.
- القانون العضوي رقم 05 - 11 المؤرخ في 10 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 17 يوليو سنة 2005، والمتعلق بالتنظيم القضائي⁽⁴⁾.
- الأمر66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم⁽⁵⁾.
- القانون رقم 89 - 22 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1410 الموافق 12 ديسمبر 1989 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، المعدل والمتمم⁽⁶⁾.
- القانون 98 - 02 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998 والمتعلق بالمحاكم الادارية⁽⁷⁾.
- إن الاجراءات الادارية العامة أو حتى الخاصة منها⁽⁸⁾ ، موجهة أصلا لمراقبة نشاط الادارة التي تخرج عن مبدأ المشروعية الذي يفيد في معناه الواسع احترام القانون من الكل، إدارة ومواطنين، بهدف إقامة دولة القانون. كما أن الهدف منها حماية القانون الاداري بكل فروعه.

3- الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 1998 .

4- الجريدة الرسمية العدد 51 لسنة 2005

5- الجريدة الرسمية العدد 47 لسنة 1966

6- الجريدة الرسمية 53 لسنة 1989

7- الجريدة الرسمية 37 لسنة 1998

8- من الاجراءات الخاصة ما نصت عليه القوانين الخاصة منها: قانون الوظيفة العمومية، قانون الصفقات العمومية، قانون التنازل عن أملاك الدولة، قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية، قانون الضرائب، قانون الجمارك، قانون الأحزاب، قانون المنظمات المهنية... وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام ينبغي تطبيق القواعد الخاصة وتقديمها.

ولمعرفة التغيير الذي أتى به النص الجديد، بخصوص قواعد اختصاص الجهات القضائية الادارية، يتعين علينا متابعة تطورات المادة السابعة(7) من الأمر 66 - 154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية منذ نشأتها. فما الجديد في قواعد الاختصاص وما التغيير الذي حدث في اختصاصها النوعي والاقليمي لها ؟

للاجابة عن هذا التساؤل سأعتمد عنصرين : عنصر زمني لتظهر فكرة التغيير المتتالية وعنصر مادي يتمثل في المبدأ العام في الاختصاص والاستثناء منه وذلك من خلال محورين:

المحور الأول: اختصاص الجهات القضائية الفاصلة في النزاعات الادارية وفقا للأمر 154 - 66 المعدل و المتمم.

المحور الثاني: اختصاص الجهات القضائية الادارية من خلال القانون الجديد.

الفصل الأول : اختصاص الجهات القضائية الادارية

وفقا للأمر 66 - 154 المعدل و المتمم

نشير بداية الى أن القانون 62 - 157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 مدد العمل بالتشريع الفرنسي عدا ما يمس السيادة الوطنية، وبذلك استمرت فكرة ازدواجية القوانين، على أن تتم جزأة كل القوانين سنة 1975. وأحدث المجلس الأعلى بموجب القانون 63 - 218 المؤرخ في 18/16/1963 نظم في شكل غرف وهي اربعة: القانون الخاص، الاجتماعية، الجنائية، الادارية، مع ابقاء المحاكم الادارية الثلاثة التي نصبت إبان الفترة الاستعمارية وهي: المحكمة الادارية بالجزائر، قسنطينة وهران، اضافة إلى التي أسست بالأغواط دون أن يسجل لها نشاط⁽⁹⁾. وبصدور الأمر رقم 65 - 278 المتضمن التنظيم القضائي الذي دخل حيز التطبيق ابتداء في 15 جوان 1966 بموجب المرسوم 66 - 159 انتقلت إلى

9- رشيد خلوفي، القضاء الاداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 71، 2002.

المجالس القضائية اختصاصات المحاكم الادارية. لقد أسس الأمر المذكور في مجموع التراب الوطني خمسة عشر (15) مجلسا قضائيا.

ونصت المادة الخامسة من على أنه " تنقل إلى المجالس القضائية اختصاصات المحاكم الادارية...."

ثم صدر الأمر رقم 66 - 154 في 8 جوان 1966 وتضمن قانون الاجراءات المدنية، بدأ الكتاب الاول بالاختصاص وتضمن بابين الباب الأول في الاختصاص النوعي، القسم الأول منه الاختصاص النوعي للمحاكم والقسم الثاني في الاختصاص النوعي للمجالس القضائية وخصص الباب الثاني للاختصاص المحلي ، وأدرجت المادة السابعة (7) تحت القسم الثاني.

فما هو الأصل في اختصاص الغرف الادارية بالمجالس القضائية وما الاستثناء؟

المبحث الاول : في الاختصاص العام للغرف الادارية بالمجالس القضائية وفقا

نص المادة 7

بتتبعنا لصياغة المادة 7 من ق.ا.م من خلال تطوراتها وتعديلاتها المتلاحقة نلاحظ أنها بدأت في مستهل ذبياجتها بكلمة "تختص" وانتهت بعبارة "حسب قواعد الاختصاص الآتية". لقد اعتبرت النص الأساس لتحديد قواعد اختصاص الجهات القضائية التي يكون الشخص المعنوي طرفا فيها. فكيف وزع المشرع من خلال نص المادة 7 الاختصاص القضائي بين الجهات وما التغيرات التي مست صياغة هذا النص عبر تطوره؟

المطلب الاول : مرحلة ما قبل 1990 : توزيع متكافئ

عرف نص المادة 7 من ق.ا.م تطورا متتاليا وتغييرا مستمرا، فقد جاءت في أول صياغة لها بموجب الأمر 66 - 154 المذكور كالاتي: "... كما تختص بالحكم ابتداءيا في جميع القضايا التي تكون الدولة أو احدى العمالات أو احدى البلديات أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفها فيها.

ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى. ويستثنى من ذلك:
- مخالقات الطرق الخاضعة للقانون العام والمرفوعة أمام المحاكم.
- وطلبات البطلان وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى.....”

تخاطب كلمة تختص: المجالس القضائية. ويستنتج من النص أن المشرع وزع بشكل متكافئ اختصاص الغرف الادارية بالجهات القضائية بين المجالس القضائية والمجلس الأعلى آنذاك، فحتى ولو أن العبارة بدأت ب: ”تختص بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا“ فإنه احتفظ للغرفة الادارية بالمجلس الأعلى بكل طلبات البطلان دون تمييز بين أنواع القرارات، مركزية أو لامركزية، بمعنى أنه جعل من دعوى الإلغاء وما يرتبط بها مركزية. كما نسجل اعتماد المشرع المعيار العضوي لاعتبار النزاع اداريا يستخلص ذلك من العبارة الآتية ”... في جميع القضايا التي تكون الدولة أو احدى العملات أو احدى البلديات أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا فيها...“ وبالنتيجة انعقاد الاختصاص القضائي للغرف الادارية ابتداء ويكون الاستئناف أمام المجلس الأعلى (سابقا).

وتوالى التعديلات فيما بعد وكانت كالاتي:

- تعديل بموجب الأمر رقم 69- 77 مؤرخ في 18 ديسمبر 1969⁽¹⁰⁾. تضمنت المادة 7 في ديباجتها القاعدة العامة، وهي اختصاص الغرفة الادارية بالمجلس بالحكم ابتدائيا في جميع القضايا وأيضا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو احدى الولايات أو احدى البلديات أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا فيها. ويكون حكمها قابلا للطعن بالاستئناف أمام المجلس الأعلى.

واستثنت طلبات البطلان التي ترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى لم يحدث أي تغيير بالنسبة لتوزيع الاختصاص، فطلبات البطلان بقيت ممركة أمام الغرفة الادارية بالمجلس

10 - أمر رقم 69- 77 مؤرخ في 7 رجب عام 1969 الموافق 18 ديسمبر 1969 يتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم 66- 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والتضمن قانون الاجراءات المدنية،

الأعلى، ما بدل هو تسمية العمالات بالولايات تجسيدا للأمر 69 - 38 المؤرخ في 28 مايو سنة 1969 المتضمن القانون الولائي⁽¹¹⁾.

- تعديل بموجب الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر سنة 1971⁽¹²⁾. لقد جاء نص المادة 7 كآلاتي: " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى. في جميع القضايا التي تكون الدولة أو احدى الولايات أو احدى البلديات أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية، طرفا فيها، وتستثني من ذلك

- طلبات الطعن بالبطلان وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى.
إن الاختصاصات المشار إليها في الفقرة الاولى من المادة 7 المشار إليها اعلاه، تمارسها المجالس القضائية للجزائر وهران وقسنطينة على الوجه التالي:
- يمتد الاختصاص المحلي للمجلس القضائي بالجزائر إلى دوائر الاختصاص القضائي لمجالس الأصنام والمدية وتيزي وزو.

- ويمتد الاختصاص المحلي للمجلس القضائي بوهران إلى دوائر الاختصاص القضائي لمجالس بشار ومستغانم وسعيدة وتيارت، ويمتد الاختصاص المحلي للمجلس القضائي بقسنطينة إلى دوائر الاختصاص القضائي لمجالس عنابة وباتنة وورقلة وسطيف

من الناحية الشكلية: يلاحظ بأن المادة اتسعت أكثر بحيث أصبحت تتكون من 13 فقرة وكان عدد فقراتها في أمر 69 - 77 : 08 فقرات وفي الأمر 66 - 154 : 4 فقرات .

11 - أمر رقم 69 - 38 المؤرخ في 12 ربيع الأول عام 1389 الموافق 28 مايو سنة 1369 المتضمن القانون الولائي ج.ر. العدد 44.

12 - أمر رقم 71 - 80 مؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1391 الموافق 29 ديسمبر سنة 1971 يتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر. العدد 2.

من جانب الموضوع:

- كرس المشرع المبدأ العام وهو اختصاص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في جميع القضايا التي يكون الشخص المعنوي طرفا فيها

- غيرت عبارة "الحكم ابتدائيا" بالفصل ابتدائيا

- توسيع في اختصاصات المحكمة كما سنراه لاحقا

- ادراج الاختصاص المحلي فيها إلى جانب الاختصاص النوعي واسنده إلى ثلاثة مجالس قضائية هي الجزائر وهران وقسنطينة مع امتدادها الى المجالس المجاورة كما هو منصوص عليه في الفقرات الأخيرة 10، 11، 12، 13. بمعنى الانطلاق بثلاثة غرف ادارية تابعة لثلاثة مجالس قضائية للفصل في النزاعات الادارية.

المطلب الثاني: ابتداء من سنة 1990: تغيير لصالح المبدأ العام وتكريس له حدث تعديل بموجب القانون رقم 90 - 23 المؤرخ في 18 أوت 1990⁽¹³⁾. وخص هذا التعديل قواعد اختصاص الجهات القضائية الادارية، وقسمت المادة السابعة الى مادتين: المادة 7 وكرست القاعدة العامة، فجاء نصها كالآتي:

"تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا فيها، وذلك حسب قواعد الاختصاص التالية:

1 - تكون من اختصاص مجلس قضاء الجزائر وهران وقسنطينة وبشار وورقلة التي يحدد اختصاصها الاقليمي عن طريق التنظيم.

13 - القانون رقم 90 - 23 مؤرخ في 27 عام 1411 الموافق 18 عشت سنة 1990 يعدل ويتم الامر رقم 66 - 154

المؤرخ في يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر العدد 36

- الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن الولايات،
 - الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها.
 - 2 - تكون من اختصاص المجالس القضائية التي تحدد قائمتها وكذا اختصاصها الاقليمي عن طريق التنظيم.
 - الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية وعن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية.
 - الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها.
 - المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة، والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية والرامية لطلب تعويض.
- تميز هذا التعديل بالآتي :
- أن معظم أحكام القانون 90-23 تخص الاجراءات الادارية (12 مادة من أصل 14)
 - بالنسبة لدعوى الالغاء جسد فيها مبدأ تقريب العدالة من المواطن بأن جعل جزءا كبيرا منها لامركزية كما سنبينه:
 - اعتمد في توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الادارية على نوع القرارات مركزية أو لامركزية لتحديد انطلاقا منها الجهة القضائية المختصة.
 - ميز على مستوى المجالس القضائية بين نوعين من الغرف جهوية وهي الخمسة المذكورة أعلاه ومحلية وهي 20 غرفة بحسب المرسوم رقم 86-107 المؤرخ في 29 ابريل سنة 1986⁽¹⁴⁾.
 - وانطلاقا من هذا التاريخ ارتفع عدد الجهات القضائية الادارية إلى عشرين غرفة ادارية كائنة بالمجالس الآتية:

14 - المرسوم رقم 86-107 المؤرخ في 29 ابريل 1986 يحدد قائمة المجالس القضائية واختصاصها الاقليمي في اطار المادة 7 من الامر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ص 707.

- حصرا (الجزائر، وهران، قسنطينة، سيدي بلعباس، تيارت، بجاية، جيجل، سكيكدة، تلمسان) .

امتداد الاختصاص للمجالس الآتية: مسغانم (الشلف)، تيزي وزو (البويرة)، البليدة (المدية)، عنابة (قالمة)، ام البواقي (تبسة)، سطيف (المسيلة)، باتنة (بسكرة)، ورقلة (تامنغست) بشار (ادرار)، سعيدة (معسكر)، الأغواط (الجلفة) مع مراعاة أحكام المرسوم 84- 384 المؤرخ في 22 ديسمبر 1984. (15)

- تغيرت كلمة "مجلس أعلى" بالمحكمة العليا تجسيد للنص الدستوري (المادة 143، 144 منه) واستنادا للقانون رقم 89 - 22 المؤرخ في 12 ديسمبر سنة 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، المعدل والمتمم (16).

ومن حيث الموضوع يلاحظ الآتي:

أ) - بالنسبة للاختصاص النوعي:

إن التغيير الجوهرى الذى نسجله هنا هو لامركزة دعوى الالغاء، إذ بعدما كانت تعتبر استثناء عن القاعدة العامة وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى، تحولت في جزء منها وأسندت إلى المجالس القضائية مع تمييز بين أنواع القرارات، وبهذا أصبحنا أمام ثلاثة مستويات للجهات القضائية الفاصلة في النزاعات الادارية.

1- غرف إدارية محلية : وتختص جميعها في الفصل في دعاوى القضاء الكامل مهما

كان طرف النزاع إلى جانب دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرارات رؤساء البلديات ومديري المؤسسات العمومية تفسيرها وفحص مشروعيتها (م 2/7)

15 - المرسوم رقم 84 - 384 مؤرخ في 29 ربيع الاول عام 1405 الموافق 22 ديسمبر 1984 يتضمن تطبيق القانون رقم 84 - 13 المؤرخ في 23 رمضان عام 1404 الموافق 23 يونيو سنة 1984 والمتعلق بالتقسيم القضائي وتحديد العدد والمقر ودائرة الاختصاص الاقليمي للمجالس القضائية والمحاكم، ص 2342.

16 - القانون رقم 89 - 22 المؤرخ في 14 جمادى الاولى عام 1410 الموافق 12 ديسمبر سنة 1989 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم، ج، ر. 53.

2- غرف إدارية جهوية: وتنظر في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن الولايات، تفسيرها وفحص مشروعيتها م 1/7 من ق.ا.م.
لقد أثارت كلمة الولايات بعض الاشكالات عند تطبيقها، فهل تقتصر على قرارات الولاية أم تشمل كذلك قرارات المصالح الخارجية للوزارات، والتي أرى فيها اختصاصها في ذلك متى تنازل لهم الوزير المعني عن اختصاصه (تفويض اختصاص)، أو أسند لهم نص تنظيمي مهمة تمثيل الوزير الذي يتبعونه (حالة التمثيل أمام العدالة)⁽¹⁷⁾.
وبالمقابل فإن إسناد مهمة الفصل فيها إلى الغرف الادارية المحلية فيه نظر، ذلك أن المصالح الخارجية في طبيعتها هي إدارات لعدم التركيز الاداري وليست بلديات ولا مؤسسات عمومية ادارية محلية حتى ينطبق عليها نص المادة 7 - 2 بخصوص دعوى الالغاء.

3- الغرفة الادارية بالمحكمة العليا:

حدد اختصاصها ورتبتها تحت المادة 7 مكرر3 وتمثل في الطعون المذكورة بالمادة 231، ثانيا وبالرجوع إليها نجد العبارة الآتية: "في طلبات الغاء القرارات الصادرة عن السلطات الادارية المركزية لتجاوز سلطتها".

ب) بالنسبة للاختصاص الاقليمي:

أحالت المادة 7 - 1 و 2 الى التنظيم ليحدد اختصاصها وصدر هذا التنظيم بموجب المرسوم التنفيذي 90 - 407 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990. وحددت المادة 2 منه اختصاص الغرف الادارية الجهوية وامتدادها الاقليمي للولايات وهي:

17 - المرسوم التنفيذي رقم 98-276 مؤرخ في 21 جمادى الاولى عام 1419 الموافق 12 سبتمبر سنة 1998،
يؤهل الموظفين لتمثيل الادارة المكلفة بالبيئة أمام العدالة، ج.ر. 68.

- الجزائر مع امتداد دائرة اختصاصها الاقليمي إلى ولايات المدية، تيزي وزو، بومرداس، بجاية، البليدة، تيبازة، البويرة، غرداية، الاغواط والجلفة.

- وهران مع امتداد دائرة اختصاصها الاقليمي الى الولايات: سيدي بلعباس، عين تيموشنت، تلمسان، معسكر، مستغانم، غيليزان، تيارت، الشلف، سعيدة، عين الدفلى وتيسمسيلت.

- قسنطينة مع إمتداد دائرة اختصاص الإقليمي إلى ولايات: ميله، سكيكدة، عنابة، الطارف، جيجل، أم البواقي، خنشلة، قالمة، سوق أهراس، تبسة، باتنة، بسكرة، سطيف، المسيلة وبرج بوعريريج.

- بشار مع امتداد دائرة إختصاص الإقليمي إلى ولايات: تندوف، النعامة، البيض وأدرار.

- ورقلة مع امتداد دائرة إختصاصه الإقليمي إلى ولايات: الوادي اليزي وتامنغست. وقد خصت المادة 3 منه مجموع المجالس القضائية كل واحد حسب اختصاصه الاقليمي بالمناعات المشار إليها في المادة 7 - 2 وهي العشرين غرفة ادارية المذكورة سابقا.

المطلب الثالث: إختصاص الجهات القضائية الادارية انطلاقا من دستور 1996 (نظريا وفقا لقوانين 1998 عمليا).

إستعمل دستور 1996 في المادة 2/152 منه عبارة واسعة غير دقيقة "الجهات القضائية الادارية" وأشار القانون العضوي 98 - 01 في المادة 10 منه إلى المحاكم الادارية ثم صدر القانون 98 - 02 مؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الادارية ووفقا له نتابع اختصاصها النوعي.

الفرع الأول : الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية

نصت المادة 1/1 من القانون 98 - 02 على أنه : "تنشأ محاكم ادارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الادارية"

وجسدت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 98 - 356 نفس الفكرة بأن نصت على أنه : "تنشأ عبر كامل التراب الوطني إحدى وثلاثون (31) محكمة ادارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الادارية" يلاحظ استعمال عبارات غامضة في المادتين: "جهات قضائية للقانون العام" ويقصد بها الاختصاص العام، والولاية العامة لها في المادة الادارية: أي في النزاع الاداري، بمعنى جميع النزاعات التي تكون الدولة أو الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية الادارية طرفا فيها و يشمل اختصاصها بالتالي:

- دعاوى الالغاء، التفسير وفحص مشروعية القرارات الادارية المتخذة على المستوى المحلي.

دعاوى القضاء الكامل مهما كان طرف النزاع فيها، ومهما كان الشخص المعنوي مركزيا أو متواجدا على المستوى المحلي.

ويستثنى من ذلك ما ذكر سابقا بالنسبة لاختصاص المحاكم العادية وفقا للمادة 7 مكرر.

الفرع الثاني : اختصاص مجلس الدولة

حدث بموجب دستور 1996 (المواد 152 و153)، نظمه، حدد عمله واختصاصاته القانون العضو 98 - 01. وفقا لهذا القانون يمكننا ترتيب اختصاصاته التي ادرجت تحت الباب الثاني وخصصت لها ثلاثة (3) مواد فقط هي: 9، 10 و11 جاءت تحت الفصل الاول بعنوان الاختصاصات ذات الطابع القضائي وهي:

أولاً : الفصل بصفة ابتدائية ونهائية في الآتي :

- الطعون بالالغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية او الفردية الصارة عن السلطات الادارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.
- الطعون بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة.

ثانيا : مجلس الدولة كقاضي استئناف

يفصل مجلس الدولة في الاستئناف المرفوع ضد القرارات القضائية الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الادارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (المادة 106 من القانون العضوي 98-01).

ان ميعاد الاستئناف هو شهر واحد يحسب ابتداء من تاريخ تبليغ القرار القضائي للمعني به ويجوز مد هذا الميعاد وفقا لأحكام المادتين 104 و 105 من ق. ا. م.

ثالثا : مجلس الدولة كقاضي نقض

نصت على ذلك المادة 11 من القانون العضوي 98-01 بحيث اسندت له مهمة الفصل في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الادارية الصادرة نهائيا وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة.

ان مجلس الدولة كقاضي استئناف وكقاضي نقض هو تجسيد لكونه الجهة القضائية العليا المقومة لأعمال الجهات القضائية الادارية التابعة، مع الملاحظ أن عبارة "القرارات القضائية الصادرة نهائيا" المستعملة في النص غامضة ينتظر من المنظم توضيحها (مجال التنظيم).

المبحث الثاني : في الاستثناء

إذا كانت القاعدة هي الاختصاص العام والمبدئي للمجالس القضائية بغرفها الادارية في النزاعات الادارية، خاصة بعد التغيير الذي حدث سنة 1990، فإن هناك استثناءات نصت عليها المادة 7 من ق.ا.م. لقد عرفت صياغة هذه المدة تطورات شكلا وموضوعا وادرجت تحتها استثناءين أساسيين يعود الاختصاص فيهما للمحاكم العادية وللمجلس الأعلى (المحكمة العليا ثم مجلس الدولة).

المطلب الأول : في اختصاص المحاكم العادية

نصت المادة 7 من ق.ا.م في أول صياغة لها سنة 1966 على أنه: "و يستثنى من ذلك: - مخالفات الطرق الخاضعة للقانون العام والمرفوعة أمام المحكمة...".
فهكذا بدأت باستثناء واحد لها، ثم جاء تعديل 1969 بتغيير المادة شكلا ومضمونا بأن أضاف المشرع إلى الحالة أعلاه حالات أخرى فنصت المادة 7 من الأمر 69 - 77 على أنه: "... ويستثنى من ذلك :

1 - القضايا المرفوعة أمام المحكمة :

- مخالفات الطرق الخاضعة للقانون العام

- المنازعات المتعلقة بحوادث العمل، وعقود الإيجار الزراعية وعقود الإيجار للمسكن وللاستعمال المهني، وعقود الايجار التجارية وكذلك في مادة التجارة وقضايا نزاع العمال وأرباب العمل.

- المنازعات المتعلقة بالأموال التي انتقلت ملكيتها إلى الدولة بمقتضى الأمر 66 - 102 المؤرخ في 06 مايو سنة 1966 والأمر رقم 68 - 653 المؤرخ في 30 ديسمبر 1968 .

- المنازعات المتعلقة بكل دعوى المسؤولية للتعويض عن الاضرار مهما كانت طبيعتها، التي سببتها أية مركبة تكون فيها الدولة، أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية مسؤولة بدل مأمورها المسبب للاضرار خلال مزاوله مهامه.

- المنازعات المنصوص عليها في المادة 475 المذكورة اسفله باستثناء نزع الملكية لفائدة المنفعة العمومية.

- تعديل بموجب الأمر رقم 71-80 المشار اليه:

اضيفت إلى الاستثناءات التي يعود الاختصاص فيها للمحكمة العادية ما يلي:

2 - القضايا التالية التابعة لاختصاص المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي:

- المنازعات المتعلقة بأملك الدولة.....

- المنازعات الخاصة بطلبات التعويض التي يجاوز الاختصاص الابتدائي للمحكمة

وفقا لنص المادة 4 من ق.ا.م.

كما استبدلت عبارة " نزاع العمال وأرباب العمل " بعبارة " الخاصة بالشركة وقصد بها

المواد الاجتماعية "

وبموجب القانون 90-23 سجل تغيير في نص المادة السابقة بحيث أفرد المشرع

مادة خاصة بالاستثناءات هي المادة 7 مكرر ورتب الاستثناءات هذه في ثلاثة

مستويات:

1- المحاكم 2- المحاكم التي تنعقد جلساتها بمقر المجالس القضائية 3- المحكمة

العليا

ان هذه الاستثناءات هي نفسها التي ذكرت في المادة 7 من الأمر 71-80 وخص التغيير

بعض العبارات.

حلت محل عبارة " الخاصة بالشركة " عبارة " الاجتماعية " كما استعمل المشرع عبارة :

اختصاص اقليمي " بدلا من " اختصاص محلي " في هذا القانون.

المطلب الثاني: في اختصاص المجلس الأعلى (المحكمة العليا ثم مجلس الدولة)

تغيرت تسمية الجهة القضائية العليا التي أسندت لها مهمة الفصل في بعض النزاعات الادارية، ان هذا الاختصاص يعتبر استثناء ثاني عن القاعدة العامة التي تابعناها، وهي اختصاص المجالس القضائية بصفة ابتدائية ويكون حكمها قابلا للطعن أمام المجلس الأعلى الصياغة التي جاءت في المادة 7 من الأمر 66-154، وسنتابع هذا الاختصاص وفقا لتطورات المادة السابعة من خلال الآتي:

الفرع الأول: المجلس الأعلى كأول وآخر درجة دعاوى الالغاء

أولا: اختصاص عام في دعوى الالغاء

خص المشرع الجزائري الغرفة الادارية بالمجلس الأعلى بالفصل بصفة ابتدائية ونهائية في كل دعاوى الالغاء الموجهة ضد القرارات الادارية، مهما كان نوعها مركزية أو لا مركزية، وقد جاءت العبارة المستعملة في نص المادة 7 عبر تطوراتها عامة فكانت الصياغة كالآتي:

- الأمر 66-154 في أول صياغة لها: "ويستثنى من ذلك.... طلبات البطلان وترفع أمام المجلس الأعلى".

- الأمر 69-77: "طلبات البطلان وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى"

- الأمر 71-80: "طلبات الطعن بالبطلان وترفع مباشرة أمام المجلس الأعلى".

ثانيا: اختصاص ضيق في دعوى الالغاء

- القانون 90-23: وفقا لهذا القانون قسمت دعوى الالغاء و حددت الجهة انطلاقا من

نوع القرار مركزي ام لامركزي وخصت المحكمة العليا بالقرارات المركزية كما سبق ذكره .

الفرع الثاني : المجلس الأعلى كجهة استئناف

استعمل النص في اول صياغة له عبارة عامة ~ قابلا للطعن~
وفي الأمر 69- 77 ~ ويكون حكمها قابلا للطعن بالاستئناف أمام المجلس الأعلى~
وفي الأمر 71- 80 ~ حكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى~
وفي القانون 90- 23 ~...بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا~

الفصل الثاني : اختصاص الجهات القضائية الادارية

من خلال مشروع القانون الجديد⁽¹⁸⁾

سبق أن أشرنا أن مشروع القانون الجديد جمع في عنوانه بين الاجراءات المدنية والادارية، هو الكتاب الرابع بعنوان~ في الاجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الادارية~ وتضمن هذا الكتاب ستة أبواب لكل باب منها فصل مقسوم وهي:

الباب الأول : في الاجراءات المتبعة أمام المحاكم الادارية
الباب الثاني: في الاجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة
الباب الثالث: في الاستعجال
الباب الرابع: في طرق الطعن
الباب الخامس: في الصلح والتحكيم
الباب السادس: في تنفيذ أحكام الجهات القضائية الادارية

لقد بلغ عدد المواد 261 مادة أو يزيد إن أخذنا بالاعتبار الاحالة إلى بعض المواد المدنية تحت الجزء المخصص للاجراءات المدنية.

18 - مشروع القانون رقم..... مؤرخ في..... عام..... الموافق سنة..... المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

المبحث الأول: في الاختصاص العام للمحاكم الادارية

عالج المشرع الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية من خلال ثلاثة مواد وزع الاختصاص العام لها بين المادتين 800 و801 وحدد الاستثناء في المادة 802 رتبت كلها تحت القسم الأول بعنوان: في الاختصاص النوعي من الفصل الأول: في الاختصاص من الباب الأول المشار اليه اعلاه.

وتابع في القسم الثاني الاختصاص الاقليمي لها من خلال اربعة مواد (803 الى 806) فما التغيير الذي حدث؟ ذلك ما تتابعه في الآتي:

المطلب الأول: في الاختصاص النوعي

يقابل نص المادة السابعة (7) من ق.ا.م نص المادتين 800 و801 من القانون الجديد فما التغيير الذي حدث؟

نصت المادة 800 على أنه: "المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفاً فيها".

وأضافت المادة 801: "تختص المحاكم الادارية كذلك بالفصل في:

1 - دعاوى الغاء القرارات الادارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية

- البلدية والمصالح الادارية الاخرى للبلدية

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الادارية

2 - دعاوى القضاء الكامل

3 - القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة"

من متابعتنا لنصي المادتين نسجل الملاحظات الآتية:

كان بالامكان جمع المادتين في نص مادة واحدة لكونها يتعلقان بفكرة واحدة هي الاختصاص النوعي والعام للمحاكم الادارية، بل ومن الأحسن ادراجها تحت مادة واحدة لكون المادتين عبارة عن تجزئة لنص المادة 7 من ق.ا.م.

تجنب المشرع العبارة الغامضة التي تضمنها نص المادتين 1 من القانون 98-02 و 2 من المرسوم التنفيذي 98 - 356 وهي: " جهات قضائية للقانون العام" واستبدالها بعبارة " جهات الولاية العامة" وكان من الاحسن استعمال عبارة أدق " صاحبة الاختصاص العام". فصل المشرع في الأشكال الذي كان مطروحا فيما يخص الجهة القضائية الادارية المختصة في الفصل في الدعاوى المرفوعة ضد قرارات المصالح غير الممركزة (مفتشيات جهوية، مديريات جهوية، مديريات ولائية...الخ) بأن أسندها صراحة إلى المحاكم الادارية. وفي ظل الأمر 66 - 154 المعدل والمتمم كان الاختلاف فانما في جهة الاختصاص بين الغرف الادارية والجهوية والمحلية كما سبقت الاشارة اليه.

- إسناد مهمة الفصل في دعاوىالغاء قرارات الولاية تفسيرها وفحص مشروعيتها الى المحاكم الادارية الغرف المحلية. ان هذا الموقف أثره الايجابي من عدة نواحي:

- تقريب العدالة من المواطن

- حسن توجيه الدعوى وتجنب الخطأ في الاختصاص، أتعلق الأمر بقرارات الولاية أو قرارات المصالح غير الممركزة وبالتالي وضع حدا للإشكال الذي كان مطروحا في ظل الأمر 66-154 المعدل والمتمم.

- تحديد المقصود بماهية المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية بأن أضاف عبارة "المحلية".

- استعمال المشرع لأول مرة وهو بصدده تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية- استعماله - مصطلح دعاوى القضاء الكامل في المادة 801- 2 .

- وأخيرا لم يهمل المشرع ما تتضمنه النصوص الخاصة من أحكام تسند فيها الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية م 801- 3 .

المطلب الثاني: في الاختصاص الاقليمي

أحالت المادة 803 مسألة تحديد الاختصاص الاقليمي الى المادتين 37 و38 من هذا القانون اللتان تعرضتا للقاعدة العامة وهي موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن:الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وفي حالة تعدد المدعى عليهم فيؤخذ بالاعتبار موطن أحدهم تلك هي القاعدة العامة، وجاءت المادة 804 باستثناءات واجب الأخذ بها.يستفاد ذلك من العبارة التي جاءت في ديباجة المادة 804 ~ خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الادارية في المواد المبينة أدناه... وهي:

1 - مكان فرض الضريبة أو الرسم

2 - مكان تنفيذ الشغل

3 - مكان ابرام العقد أو تنفيذه (وسع الاختصاص الى مكان التنفيذ)

4 - بالنسبة لنزاعات الموظفين أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين في المؤسسات العمومية الادارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين.

5 - مكان تقديم الخدمات الطبية

6 - في مادة التوريدات أو الاشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، أمام المحكمة

التي

يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام الاتفاق أو مكان تنفيذه اذا كان أحد الأطراف

مقيما به.

7 - مكان الفعل الضار

8 - في مادة اشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الادارية، أمام

المحكمة التي صدر عنها الحكم موضوع الإشكال.

إن القاعدة العامة المذكورة (م803) أعلاه والاستثناءات الواردة عليها (م 804) هي مشابهة لما نصت عليه المادة 8 من الأمر 66-154 في مجال الاختصاص الاقليمي للمحاكم الادارية، عدا الفعل الضار الذي نص عليه في المادة 9 من الأمر المذكور.

والجديد في المادة 804 هي القفرة الخاصة بنزاعات الموظفين ومن ذكروا في هذه الفقرة حيث أخذ بمعيار مكان التعيين. إن هذا المعيار لم يأخذ بالاعتبار حالة الموظفين المنتدبين الى ادارات أو مؤسسات غير تلك التي عينوا فيها وكان من الأحسن الأخذ بمعيار مكان الجهة الادارية التي يعمل فيها.

كما خص المشرع المحاكم الادارية المختصة اقليميا بالنظر في الطلبات الاصلية- خصها- بالنظر في الطلبات الاضافية أو العارضة أو المقابلة التي تدخل في اختصاصها وأسند لها أيضا مهمة الفصل في الدفوع التي تكون من اختصاص الجهة القضائية الادارية (م 805).

لقد ختم المشرع هذا القسم المتعلق بالاختصاص الاقليمي بالمادة (806) التي نصت على أنه: تحدد مقرات المحاكم الادارية عن طريق التنظيم~

إن هذه الصياغة تكون صائبة اذا كان في نية المشرع توسيع المحاكم الادارية الى 48 محكمة ادارية وفقا لعدد الولايات الموجودة حاليا. أما إن لم تكن هناك نية في ذلك فمن الأحسن أن تضاف اليها عبارة~ وامتدادها الاقليمي~ فتكون المادة كالاتي: تحدد مقرات المحاكم الادارية وامتدادها الاقليمي عن طريق التنظيم.

فما طبيعة الاختصاص؟ لم يترك المشرع أدنى للشك فقد نصت المادة 807 من هذا القانون صراحة على أن:~ الاختصاص النوعي والاختصاص الاقليمي للمحاكم الادارية من النظام العام.

يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي~.

المطلب الثالث: في حل اشكالات الاختصاص

خصص المشرع أقساما خاصا باشكالات الاختصاص هي القسم الرابع بعنوان تنازع الاختصاص القسم الخامس في الارتباط والقسم السادس في تسوية مسائل الاختصاص.

أولا: بالنسبة لتنازع الاختصاص: اختصاص مجلس الدولة

نصت عليه المادة 808 كآلاتي: "يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمتين ادارتين الى مجلس الدولة.

يؤول الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمة ادارية ومجلس الدولة، الى اختصاص هذا الأخير بكل غرفة مجتمعة"

ثانيا: في الارتباط: اختصاص مجلس الدولة أو المحكمة الادارية حسب الحالة يرجع الاختصاص الى المحكمة الادارية للفصل في:

- الطلبات التي يعود اليها اختصاصها الاقليمي وفي الطلبات المرتبطة بها التي يعود الاختصاص الاقليمي فيها الى محكمة ادارية أخرى. وبالمقابل ترفع الطلبات الى مجلس الدولة من رئيس المحكمة الادارية أو من الرئيس حسب الاتي:

- إن أخطرت محكمة ادارية بطلبات مستقلة في نفس الدعوى لكنها مرتبطة، بعضها يعود الى اختصاصها والبعض الاخر يعود الى اختصاص مجلس الدولة (م/809/1)

- إن أخطرت المحكمة الادارية بطلبات بمناسبة النظر في دعوى تدخل في اختصاصها، وتكون في نفس الوقت مرتبطة بطلبات مقدمة في دعوى أخرى مرفوعة أمام مجلس الدولة، وتدخل في اختصاصه (م/809/2).

- ان هذه الحالة الثانية متشابهة الى حد معين مع الحالة الأولى مما جعل الغموض يكتنفها.

- وأخيرا إن أخطرت محكمتان اداريتان في آن واحد بطلبات مستقلة، لكنها مرتبطة

وتدخل في الاختصاص الاقليمي لكل منهما، يرفع رئيسا المحكمتين تلك الطلبات الى رئيس مجلس الدولة.

وعلى كل رئيس محكمة ادارية أن يخطر الآخر بأمر الاحالة، ويفصل رئيس مجلس الدولة بأمر في الارتباط إن وجد، و يحدد المحكمة أو المحاكم المختصة للفصل في الطلبات ويترتب عن أوامر الاحالة ارجاء الفصل في الخصومة وهي غير قابلة لأي طعن (م 812).

ثالثا : في تسوية مسائل الاختصاص

إن أخطرت محكمة ادارية بطلبات ترى أنها من اختصاص مجلس الدولة، وجب على رئيسها تحويل الملف الى مجلس الدولة في أقرب الآجال، دون أن تحدد (المادة 813).
يفص مجلس الدولة في الاختصاص، ويحدد عن الاقتضاء، المحكمة الادارية المختصة للفصل في كل الطلبات أو في جزء منها ثم يحيل القضية أمامها ولايجوز لها التصريح بعدم اختصاصها.

المبحث الثاني : في الاستثناء

إذا كانت المحاكم الادارية هي صاحبة الاختصاص العام في النزاعات التي تكون الدولة، الولايات، البلديات والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الادارية طرفا، و تفصل فيها بداية بحكم قابل للاستئناف فإن هناك استثناءات ترد عليها تتابعها في الآتي:

المطلب الأول : اختصاص المحاكم العادية

سبق أن تابعنا الحالات التي تختص بها المحاكم العادية حتى ولو كان أحد الأشخاص المعنوية المذكورة أعلاه طرفا فيها نظرا لطبيعة النشاط أو الفعل، ورأينا أن المادة 7 مكرر ذكرت خمسة حالات، وبالرجوع الى المادة 802 من القانون الجديد فإننا نجدها حصرتها في حالتين فقط هي:

1- مخالفات الطرق

2 - المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية الى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية.

لقد حذف المشرع من النص الجديد حالتين هما:

- المنازعات المتعلقة بالايجارات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن أو لمزاولة مهنية أو الايجارات التجارية وكذلك في المواد التجارية أو الاجتماعية. التي كان الاختصاص ينعقد فيها لكل المحاكم بحسب اختصاصها الاقليمي.

بعض النزاعات التي يؤول الاختصاص فيها للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية وهي معاشات التقاعد الخاصة بالعجز، المنازعات المتعلقة بحوادث العمل، دعاوى الافلاس والتسوية القضائية وطلبات بيع المحلات التجارية المتعلقة بقيد الرهن الحيازي، الحجز العقاري، حجز السفن والطائرات وبيعها قضائيا، تنفيذ الحكم الأجنبي ولا نرى لهذا الحذف تفسير لأننا اذا تبعنا هذه الحالات فنجدها تدخل ضمن اختصاص المحاكم العادية.

المطلب الثاني : في اختصاص مجلس الدولة

إن أول ملاحظة نسجلها هنا تتعلق بقاعدة توازي الأشكال التي تقضي بأن أي نص لا يعدل يتمم أو يلغي الا بنص مثله أو نص أعلى منه. ويبدو أن هذه القاعدة لم تحترم هنا. ذلك أن قانون عضوي هو الذي حدد اختصاصات مجلس الدولة، تنظيمه وعمله، وأن هذا النص أي القانون العضوي يشغل مرتبة أعلى من القانون من حيث أهمية الموضوع، إجراءات اعداده، وحتى من خلال ترتيبه رسميا في أسانيد النصوص. فكيف لقانون أن يتناول أحكاما قد عالجه قانون عضوي؟

وملاحظة أخرى تبديها أن واضعي المشروع التمهيدي قصرُوا اختصاص مجلس الدولة في المراسيم فقط ربما لربط مجلس الدولة باختصاصه الأساسي عند انشائه في فرنسا سنة 1790 وهو كونه مستشار للادارة.

لكن النص بعد التعديل استعمل عبارة القرارات الادارية الصادرة عن السلطات المركزية.

لقد أدرجت المادة 7 مكرر من القانون 90 - 23 اختصاص مجلس الدولة ضمن الاستثناءات، وخصص له المشرع في القانون الجديد بابا خاصا هو الباب الثاني بعنوان: في الاجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة وقسمه الى ثلاثة فصول، الفصل الأول في الاختصاص الفصل الثاني، في الدعوى، الفصل الثالث في القرارات، فما الجديد في اختصاصاته؟

أولا: مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة: نصت المادة 901 على أنه : يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الالغاء والتفسير وتقدير المشروعية في:

1 - القرارات الادارية: الصادرة عن السلطات الادارية المركزية

2- القضايا المخولة بموجب نصوص خاصة.

ان هذا النص يقابل ما جاء في المادة 2/231 من ق.ا.م و المادة 1/274 من الأمر 66-154 والمادة 1/09 و2 من القانون العضوي 98 - 01. ويلاحظ أن التعبير في المادة 1/901 جاء عاما "القرارات الصادرة عن السلطات الادارية المركزية"

ويقصد بكلمة قرارات هنا كل أنواع القرارات من المرسوم الى القرار الى المقررات ومهما كانت طبيعتها تنظيمات مستقلة أو تنفيذية أو قرارات فردية.

أما السلطات الادارية المركزية فيقصد بها مجموعة الادارات المركزية، بما فيها قرارات ادارة الهيئات الوطنية المستقلة. وأما القضايا المخولة بموجب نصوص خاصة فمنها دعاوى الالغاء المرفوعة ضد قرارات المنظمات المهنية الوطنية الى جانب ما تنص عليه النصوص الخاصة كالنقض في قرارات مجلس المحاسبة.

ثانيا: مجلس الدولة كجهة استئناف

جسد ذلك المادة 902 من القانون الجديد بأن نصت على أنه : يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الادارية.

كما يختص أيضا كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".
 إن هذا الاختصاص هو نفسه المنصوص عليه في نص المادة 277 من الأمر 66 - 154
 والمادة 10 من القانون العضوي 98 - 01 ما يلاحظ أن النص الجديد ثبت على استعمال
 كلمة حكم بدلا من قرار واطاف بموجب المادة 902 أعلاه كلمة "الأوامر" دون أن يهمل
 الاستئناف المنصوص عليه في القوانين الخاصة، وتسهيلا للاجراء كان من الأحسن
 إضافة أجل الاستئناف في الفقرة الأولى من هذه المادة.

ثالثا : مجلس الدولة كجهة نقض

عالج المشرع هذا الاختصاص في المادة 903 من خلال فقرتين فجاءت كالآتي: " يختص
 مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات
 القضائية الادارية. يختص مجلس الدولة كذلك في الطعون بالنقض المخولة بموجب
 نصوص خاصة".

ان هذه المادة شبيهة بنص المادة 11 من القانون العضوي 98 - 01، ومن العبارات التي
 غيرت: تختص بدلا من يفصل والأخيرة أكثر دقة، كما استعمل النص الجديد عبارة "
 القرارات الصادرة في آخر درجة" تجنبا للعبارة الغامضة "الصادرة نهائيا" المستعملة في
 المادة 11 من القانون العضوي 98-01 المذكور.

لقد حددت المادة 956 أجل الطعن بالنقض بشهرين (2) يسريان من تاريخ التبليغ
 الرسمي للقرار محل الطعن، مالم ينص القانون على خلاف ذلك. واذا قرر مجلس الدولة
 نقض قرار مجلس المحاسبة يفصل في الموضوع (م 958). كما استعمل نفس العبارة
 جهات قضائية ادارية". وبما أن النص في جل أحكامه أكد على جهتين قضائيتين اداريتين
 فقط هما: المحاكم الادارية ومجلس الدولة، فكان من الأحسن استعمال عبارة المحاكم
 الادارية إلا إذا كان المشرع ينوي احداث محاكم ادارية استئنافية، كما قدمت من واضعي
 المشروع التمهيدي للقانون الحالي، والذي بعد عرضه على المجلس الشعبي الوطني

حذفها الأخير. ولم تهمل الفقرة الثانية من المادة 903 حالات الطعن بالنقض المنصوص عليها في القوانين الخاصة، ومنها الطعن بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة كما نص عليه في المادة 11 من القانون العضوي 98-01.

والجدير بالاشارة أخيرا أن من التغييرات التي جاء بها هذا القانون ما يأتي~

- بالنسبة للتظلم: جعله اختياريا وأمام الجهتين، القضائيتين المحاكم الادارية ومجلس الدولة.

- بالنسبة للصلح: أصبح اختياريا وأفصح المشرع صراحة بأنه يخص دعاوى القضاء الكامل فقط.

- بالنسبة للأجال: وحدها أمام الجهتين القضائيتين المحاكم الادارية ، ومجلس الدولة.

- بالنسبة للفصل في الاستعجال: اعتمد التشكيلة الجماعية في الفصل .

الخاتمة

لاشك في ان هذا القانون نتيجة من النتائج المترتبة عن عمل لجنة اصلاح العدالة، وجاء ليطامشى مع متطلبات المجتمع ويساير المستجدات دون أن يهمل الأسس القانونية المختلطة. إن أهم ميزة نسجلها هو أفراد الاجراءات الادارية بجزء خاص بها، وهذا من شأنه أن يسهل عملية اللجوء الى القضاء من خلال تجسيد الاحكام المتعلقة بمسار الدعوى الادارية ابتداء من تحريكها الى اتخاذ حكم فيها ثم تنفيذه.

ومن جهة أخرى فإن هذا التغيير بدا واضحا من خلال تكريس القانون الجديد لنظام ازدواجية القضاء، الذي وإن نص عليه نظريا، فإنه بقي ناقصا لم يكتمل نظرا لعدم تنصيب المحاكم الادارية مع مرور عشرة (10) سنوات على إحداثها. وقد حان الوقت لتنصيبها لتكتمل هذه الازدواجية على الأقل من حيث التنظيم، ليبقى دور المحرك الأساسي وهو القاضي الذي سيدعمها متى تخصص في النزاعات الادارية. فهل سيتجسد التغيير المستمر نحو الازدواجية أم أن عدم تنصيب المحاكم الادارية هو تردد قد يتحول الى انقطاع؟ ذلك ما تكشفه الأيام.

ردّ الادارة بين الواجب والخيار الرفض والقبول

بقلم : بوحميذة عطاء الله
أستاذ محاضر، كلية الحقوق،
جامعة الجزائر

مقدمة

الادارة هي الوجه المقابل للحكومة، فهما أشبه بوجهي عملة واحدة، ويكونان معا السلطة التنفيذية التي خصص لها دستور 1996 الفصل الأول من الباب الثاني بعنوان تنظيم السلطات (المواد 70 الى 97)⁽¹⁾، وإذا كانت الحكومة هي جهاز الحكم، وهي التي تتولى رسم السياسة العامة للدولة، وتضع البرنامج العام أو المخطط العام فيها تحت اشراف رئيسها، الذي يقع عليه واجب السهر على حسن سير الادارة العمومية (م 85/6 من الدستور). فإن الادارة العامة مركزية كانت أم لامركزية هي الجهاز التنفيذي للمخطط العام، ونظرا لهذا الترابط والتلازم بين الحكومة والادارة فإن نجاح الحكومة يتوقف على نجاح الادارة.

ينظر الى الادارة من خلال مكوناتها على أنها مجموعة من الوسائل المادية (مال وأموال)، القانونية (تشريع وتنظيم)، ثم البشرية (الموظفين) وعرفت بأنها: ~ تنظيم نشاط بشري جماعي لتحقيق أهداف معينة ~⁽²⁾.

1- الدستور المعدل، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996.

2- حمدي امين عبد الهادي، نظرية الكفاية في الوظيفة العامة، الطبعة الاولى دار الفكر العربي، ص 14.

إن هذا التنظيم ليس هيكلًا مجردًا، وجسم بلا روح، فهو الشكل أو الهيكل (عنصر الوحدات الإدارية) الذي تفرغ فيه جهود جماعية (العنصر البشري) لتحقيق غرض معين (عنصر النشاط).

فلا بد من تضافر هذه العناصر لنجاح أي تنظيم، ويعتبر العنصر البشري المحرك الأساسي لها والمحور الأهم، ذلك أنه قد ينصبّ رئيس إداري ما، مهما كانت تسميته وزير، والي، مدير، رئيس دائرة، رئيس بلدية على رأس الوحدة الإدارية المناسبة، وتهبىء له نفس الظروف عناصر بشرية واحدة، عناصر مادية وقانونية مشابهة وفي ظروف زمنية ومكانية واحدة، وإذا بالنتيجة تختلف من رئيس إلى آخر، من حيث فعالية العمل الإداري وحسن التسيير، ولهذا قيل بأن الإدارة علم وفن، فهي علم لأنه لا يمكن لإنسان جاهل وبدون مؤهل علمي ومستوى ثقافي أن يسير.

وهي فن لأن صاحب الشهادة العليا قد يخفق في التسيير إن أسندت إليه مسؤولية ما، إذ يجب مراعاة هذا العنصر المتمثل في تقنيات التسيير التي ترتبط بقدرات ومهارات الإنسان المسير، الفطرية منها والمكتسبة، والجمع بين المؤهل العلمي للمسير، فطنته، ذكائه وتحكمه. لقد أجريت أبحاث في مركز العلاقات الصناعية بجامعة شيكاغو أوضحت أن طريقة الإشراف تؤثر إيجاباً أو سلباً على الموظفين التابعين، وأن الإدارات مهما كان هيكلها منظماً ومنسقاً، فلن تبلغ مأمونها إلا بتوفر قيادة ماهرة بارعة⁽³⁾.

إن سمعة الإدارة، صلاحها ونجاحها، يرتكز أساساً على العنصر البشري وعلى العلاقات السائدة بين موظفيها وبينهم وبين أفراد المجتمع وقد جسدت المادة السادسة(6) من المرسوم التنفيذي 93 - 54 شطراً من تلك العلاقة بأن نصت على أنه: "يلزم المستخدمون المذكورون في المادة الأولى أعلاه، أثناء ممارسة وظائفهم بواجب

3- د. كمال الغالي، الإدارة العامة، مطبعة الداودي، دمشق، 1978، ص 328 وما بعدها.

النزاهة لاسيما في علاقاتهم مع الجمهور⁽⁴⁾. فالغرض من إنشاء المرافق العامة هو الوفاء بحاجات الأفراد وتوفير هذه الحاجات يتوقف على ضمان حسن سيرها بانتظام واضطراد.

إن هذه الهادفية المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة التي هي مصلحة المجتمع ككل، إدارة وأفراد، سيحكم عليها المواطن (الرقابة الشعبية) المتعامل معها من خلال موقفها معه، فإن اتسمت معاملاتها له بالفعالية في التسيير النابعة من روح إنسانية وإلتزامات مهنية تكليفية، كان التجاوب والرضا من المواطن، وإن اتصفت بالبيروقراطية السلبية نتيجة تعنتها أو تعسفها، أو كأن مزية تقدمها، كان التدمير والسخط، وكانت أزمة ثقة بين الإدارة والمواطن والذي خصص لها التقرير العام للجنة اصلاح هياكل الدولة ونشاطها فصلا خاصا بعنوان: أسباب أزمة الثقة بين الدولة والمواطن وأرجعها إلى:

- المفهوم الضيق أو التصور المحدود للحقوق والحريات الفردية،

- عدم فعالية الضمانات الأساسية،

- حرية ممارسة الحقوق والحريات المجسد في النصوص الاساسية للدولة،

- عدم قدرة الدولة القيام بمسؤولياتها كاملة خاصة في المجالين الاقتصادي

والاجتماعي، ارتبط بنزعة وميل كبير نحو بيروقراطية في طرق عمل الادارات والمرافق

العمومية⁽⁵⁾.

وعلى هذا السلوك أو ذلك يتوقف مدى ردها على الطلبات المقدمة لها، الملفات،

الشكاوى أو التظلمات. ولالإدارة سلطة اتخاذ قرارات ملزمة ونافذة في مواجهة الأفراد

دونما حاجة لموافقتهم. إن هذا يندرج في امتيازاتها كسلطة عامة، إن شاءت اتخذت قرارا

صريحا، وان شاءت سكتت ولم ترد في أجل معين، فكأنها اتخذت قرار مفترضا.

4- المرسوم التنفيذي رقم 93-54 مؤرخ في 24 شعبان عام 1413 الموافق 16 فبراير سنة 1993 يحدد بعض الواجبات

الخاصة المطبقة على الموظفين والاعوان العموميين وعلى المؤسسات العمومية ح.ر.العدد 11.

5- رئاسة الجمهورية، لجنة اصلاح هياكل الدولة ونشاطها، التقرير العام للجنة، جويلية 2001، ص 498 وما بعدها.

وانطلاقا مما قدم، نتساءل من جهة عما طبيعة رد الإدارة على المراسلات التي تصلها سواء من المواطن أو من إدارة أخرى؟ هل هي مقيدة ملزمة بالرد أم لها الخيار والتقدير في ذلك؟ ومن جهة أخرى كيف نفسر حالة سكوتها عن الرد، هل يعتبر قبولا أو رفضا؟ سنحاول الاجابة عن هذين التساؤلين الرئيسيين من خلال المحورين الآتيين:

أولا: طبيعة رد الادارة

I - رد الإدارة واجب وإلتزام

II - رد الإدارة تقدير لها واختيار

ثانيا: طبيعة سكوت الادارة عن الرد

I - سكوتها رفض

II - سكوتها قبول

أولا : طبيعة رد الادارة

يقصد بطبيعة الرد من الإدارة مدى إلزامية الإدارة بالرد عن الطلبات ودراسة الملفات، الشكاوى والتظلمات التي تصلها من الأشخاص الأخرى، طبيعية ومعنوية، فهل الرد منها يندرج في اختصاصها المقيد (واجب وإلتزام) أم يرجع لسلطتها التقديرية (إختيار وتقدير)؟

I - الرد من الإدارة واجب وإلتزام:

قد يتدخل المنظم بموجب نصوص قانونية تلزم المسيرين باتباع سلوك معين حيال الطلبات والملفات المقدمة للإدارة، ومع هذا الإلزام فإن تنفيذها يتوقف عليهم، من هذه النصوص المرسوم المؤرخ في 04 يوليو سنة 1988 ينظم العلاقات بين الادارة والمواطن بحيث نصت المادة 34 منه على أنه: " يجب على الإدارة أن ترد على كل الطلبات أو الرسائل أو التظلمات التي يوجهها المواطنون إليها.."⁽⁶⁾

6- مرسوم رقم 88- 131 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1408 الموافق 04 يوليو سنة 1988 ينظم العلاقات بين الادارة والمواطن، ج، ر، ج، د، ش، العدد 27 ص 1013.

إن كلمة "يجب" التي بدأ بها نص المادة أعلاه تفيد الالتزام والتقييد. وهذا مسلك محمود من المنظم وإن أتى النص في ظروف معروفة خاصة بالجزائر هي الظروف التي سبقت أحداث 05 أكتوبر 1988⁽⁷⁾.

لقد كانت الحاجة ملحة ليجاد آلية تكفل منع الإدارة من السكوت من خلال اتخاذ هذا النص الخاص إضافة إلى النصوص العامة التي يسمح للأفراد إمكانية رفع دعوى على الإدارة الصماء أمام القضاء.

إن تدخل المنظم بهذا النص جاء ليعزز علاقة الإدارة بالمواطن التي استاءت، وليزيد من ثقة المواطن بالإدارة التي شعر أنها افتقدت، وأن العلاقة بينهما انفصمت، ليعالج الأزمة التي وقعت.

ولأجل ذلك، أضافت المادة 23 من نفس المرسوم أحكاما هدفها خدمة المواطن والاستجابة لمطالبه، فنصت على أنه: "إذا تطلبت دراسة ملف و/أو تسليم وثيقة تدخل عدة مصالح أو هيئات وجب أن تتخذ تدابير لتنسيق الاجراءات ضمن الاحترام الدقيق للأجال المحددة ودون أن يسلب على الطالب أي إكراه كيفما كان نوعه.

وإذا قدم لمصلحة أو هيئة طلب لا يدخل في اختصاصها، أمكنها قدر المستطاع أن تحول الطلب المذكور إلى المصلحة أو الهيئة المعنية مع إشعار الطالب بذلك في الوقت ذاته.

وفي جميع الحالات ينبغي أن تتخذ تدابير تعجل في كل مرة أي ملف أو طلب في أقرب الأجال الممكنة و في أحسن مدة تحافظ على صلاحية الوثائق التي يقدمها الطالب".

فما جزاء من يخالف تلك التدابير والاجراءات ؟

وردت الإجابة عن هذا التساؤل في المادة 40 من نفس المرسوم التي نصت على أنه:

7 - سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 1993، ص 177-

يتعرض الموظفون لعقوبات تأديبية قد تصل إلى العزل مع الحرمان في حق المعاش في حالة اعتراضهم لسبيل التدابير المتخذة لتحسين العلاقات بين الإدارة والمواطنين. وهذا دون المساس بالعقوبات المدنية والجزائية التي يتعرضون لها طبقا للتشريع الجاري به العمل بسبب أخطائهم الشخصية⁽⁷⁾.

وفي حالة ما إذا تابع مواطن ما إدارة معينة لتعسفها وهضمها حقه أمام القضاء وحكم الأخير لصالحه، لكن الإدارة رفضت تنفيذه نظرا لسلطتها فإن المشرع تدخل بوجوب نصوص منها القانون رقم 91-02 المؤرخ في 08 يناير 1991 يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء⁽⁸⁾ ثم المادة 138 مكرر من القانون رقم 01-09 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 والمتضمن قانون العقوبات مؤكدا على أنه: "كل موظف عمومي إستعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي، أو أمتنع، أو أعترض، أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من ستة 6 أشهر إلى ثلاث 3 سنوات وبغرامة من 5.000 الى 50.000 دج⁽⁹⁾ .

II - الرد من الادارة تقدير لها واختيار:

إن الإدارة الرشيدة في تسييرها، الإنسانية في علاقاتها، ترى أنه من الواجب عليها الرد على أي طلب يصلها، شعورا بروح المسؤولية من جهة، وبموقف المتعامل معها بإعتباره إنسان يفرح إذا قيم واستجيب لطلبة ويسعد، وبالمقابل يتدمر ويسخط إذا أهمل طلبه ولم يلقى الرد. إن الرد من الإدارة يرجع إلى ضمير الرئيس الإداري الأول، الذي يكون قدوة وأسوة للموظفين التابعين، وبالتالي غرس تلك الروح في نفوسهم، بمعنى أن الرد يكون بمبادرة منه دون أن يجبره نص قانوني.

8- الجريدة الرسمية العدد 2 لسنة 1991.

9- القانون رقم 01-09 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 يونيو سنة 2001، يعدل ويتمم الامر رقم 66-166 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات ج، ر، ج، د، ش، العدد 34.

إن هذا يندرج في إطار تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن، وقد اكدت المادة 3 من المرسوم 88 - 131 المذكور على ذلك بأن نصت على أنه: "يجب على الإدارة أن تحترم الانسان وتحفظ كرامته ويجب أن تكون علاقاتها بالمواطن مطبوعة في جميع الأحوال باللطف والكرامة". وأضافت المادة 6 منه ما نصه: "تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين".

ويجب ان تضع تحت تصرف المواطن خدمة جيدة"

وجاء الفصل الثاني من هذا المرسوم تحت عنوان التزامات الإدارة وهي التزامات تقع عليها خدمة للمواطن، إعلاما استقبالا وتحسينا دائما لنوعية الخدمة.

ان مسلك كهذا يندرج كما سبق وأن ذكر في اطار امتيازات السلطة العامة، فهي التي تقدر وتختار وقت تدخلها واتخاذها القرارات انطلاقا من فكرة المصلحة التي تتمحور أساسا على المحافظة على النظام العام. كما أن هذا التقدير والاختيار في الرد بصفة خاصة، واتخاذ القرارات بصفة عامة، يرجع لها وان كان هذا التقدير غير مطلق لأن المشرع قد يتدخل ليجبرها على الرد واتخاذ القرار، كما تابعتها في النقطة الاولى من هذا المحور.

ثانيا: طبيعة سكوت الإدارة عن الرد

قد تسكت الإدارة عن الرد مدة معينة "الإدارة الصماء" فكيف يفسر صمتها هل يعد رفضا للطلب المقدم لها أم يعتبر قبولا؟

سنتابع الإجابة عن الحالتين، دون التعرض لطبيعة هذا السكوت، وهل يعتبر قرارا ضمنيا أم لا، فالأمر مفصول فيه قانونا وقضاء باعتباره كذلك من جهة ولأن التطرق له والبحث فيه قد يتجاوز اطار دراستنا هذه.

I - سكوت الإدارة عن الرد رفض منها:

ان صمت الإدارة عن الرد مدة معينة يعتبر رفضا منها على الطلب المقدم لها. ان هذا الموضوع يدخل ضمن موضوع أشمل يندرج في اطار نظرية القرارات الادارية المقترضة أو

الضمنية⁽¹⁰⁾. وإذا كانت هناك قرائن يعتمد عليها لتفسير السكوت على أنه رفض، ويرجع لأخرى لإعتبار السكوت قبول، فإن المشرع تدخل صراحة لإعتبار سكوت الإدارة عن الرد مدة معينة رفض منها؛ إن هذا المسلك من المشرع يعبر عن موقف الإدارة إن التزمت الصمت مدة معينة دون أن تجيب على طلبات الأشخاص. فهذا لا يعني إنعدام أية ارادة لها، فالإرادة قائمة لكن تبقى مسألة اثباتها وهي إرادة رافضة.

ومن أمثلة اعتبارصمت الإدارة عن الرد رفضا ما جاء في قانون الاجراءات المدنية،

السكوت عن الرد في حالة التظلم الإداري :

التظلم الإداري هو شكوى شخصية تقدم إلى الجهة الإدارية المختصة لمطالبتها بالإعتراف بحق أهدر نتيجة اتخاذها عمل قانوني غير مشروع أو قيامها بعمل مادي أضر به.

فإن التزمت الإدارة الصمت خلال مدة معينة ولم تجب فإن سكوتها مدة تزيد عن ثلاثة أشهر يعد بمثابة رفض له ، وإذا كانت السلطة الإدارية هيئة تداولية، فلا يبدأ ميعاد الثلاثة أشهر في السريان إلا من تاريخ قفل أول دورة قانونية يلي ايداع الطلب (المادة 279 من ق.ا.م). والمادة 169 مكرر/4 قبل تعديلها وحذف التظلم على مستوى الغرف الإدارية بالمجالس القضائية بموجب القانون 90 - 23 المعدل والمتمم للأمر 66 - 154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية⁽¹¹⁾.

II- سكوت الإدارة عن الرد قبول منها:

إذا كان الأصل أن امتناع الإدارة عن الرد يعد بمثابة قرار ضمني بالرفض فإن صمتها يعتبر قبولاً وموافقة كما في الحالات الآتية:

10 - رفعت عيد سيد، القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص10.
11 - قانون رقم 90 - 23 مؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 يعدل ويتم الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1996 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج، ر، ج، د، ش، العدد 36 ص1150، 1151.

1 - سكوت الإدارة عن الرد في حالة الاستقالة :

تعتبر الاستقالة صورة من صور إنهاء علاقة العمل في القطاعين العام والخاص، بحيث مكن المشرع الموظف والعامل بانتهاء تلك العلاقة من خلال تقديم طلب مكتوب إلى رئيسه الإداري أو صاحب العمل، قبل بلوغه سن التقاعد، يعلن فيه ارادته الصريحة في قطع العلاقة التي تربطه بالإدارة بصفة نهائية، ولا يترتب عن طلب الاستقالة القبول بمجرد رفعها إلى المسؤول المعني، إذ يجب على الموظف الاستمرار في عمله وأداء واجباته المهنية لحين البت فيها بالقبول أو الرفض صراحة. وجرت العادة على أن يحدد المشرع مدة معينة للبت فيها، فإن مرت ولم يتخذ قرارا صريحا فإن الاستقالة تعد مقبولة، بمعنى أن صمت الإدارة عن الرد قرينة على موافقتها على طلبه، وكأن قرارا إداريا اتخذ ضمنا بقبولها. وقد جسدت المادة 220 من الأمر رقم 06 - 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية المكونة من ثلاثة (3) فقرات ذلك في فقرتها الأخيرة بأن نصت على أنه :
"وبانقضاء هذا الأجل تصبح الاستقالة فعلية"⁽¹²⁾

لقد تضمن نص المادة المذكورة أجلين لقبول الاستقالة:

أجل عادي ومدته شهرين (2) يتعين خلالها اتخاذ قرار بقبول الاستقالة صراحة بحسبان من تاريخ ايداع الطلب.

أجل استثنائي: يستنتج من الفقرة الثانية من نص المادة المذكورة بحيث مكن المشرع السلطة التي لها صلاحية التعيين تأجيل الموافقة على طلبات لمدة شهرين (2) ابتداء من تاريخ انقضاء الاجل الأول وذلك للضرورة القصوى للمصلحة.

وبما أن صياغة الفقرة الأخيرة للنص المذكور جاءت مستقلة فيمكن القول أن كلمة اجل التي جاءت فيها تخص الاجلين العادي والاستثنائي، وعليه تعد الاستقالة مقبولة ضمنا بفوات الشهرين أو بمرور الربع الأشهر بحسب الحالة.

12 - الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يونيو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر 46.

2 - سكوت الإدارة عن الرد على طلب رخصة البناء :

إن لهذه الرخصة علاقة بحق الملكية الذي هو حق دستوري مضمون (المادة 52 من الدستور) ولما كان الأمر كذلك، فيجب تسهيل العمليات الواردة عليه، ومنها الحق في البناء، وبالمقابل يتعين على المالك ضرورة احترام النظام العام، تجنباً للفوضى، الذي من صورته المحافظة على الجمال الرونقي للحياء والمدن، ولإقامة هذا التوازن فرضت رخصة البناء التي نظمتها نصوص قانونية عامة وخاصة عرفت تعديلات أهمها:

- الامر 75 - 67 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي لأجل البناء .

- المرسوم 75 - 109 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن تحديد كفاءات تطبيق الأمر المذكور.

- القانون 82 - 02 المؤرخ في 06 فبراير 1982 والمتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الاراضي للبناء.

- المرسوم 82 - 304 مؤرخ في 09 أكتوبر 1982 يحدد كفاءات تطبيق القانون المذكور
- المرسوم 82 - 305 في نفس التاريخ يتضمن تنظيم البناءات الخاضعة للقانون رقم 82-02 المذكور⁽¹³⁾ .

- المرسوم 85 - 211 مؤرخ في 26 ذي القعدة عام 1405 الموافق 13 غشت سنة 1985 يحدد كفاءات تسليم رخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء⁽¹⁴⁾ .

- المرسوم التنفيذي 91 - 176 المؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1411 الموافق 28 مايو سنة 1991 يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك⁽¹⁵⁾ .

13 - الجريدة الرسمية العدد 41 لسنة 1982.

14 - الجريدة الرسمية العدد 34 لسنة 1985.

15 - الجريدة الرسمية العدد 26 لسنة 1991.

كما أخذ المشرع، في مجال رخصة البناء، بالقرار الضمني بموجب المادة 14 من القانون 82-02 أعلاه بحيث اعتبر سكوت السلطة الادارية عن الرد في أجل ستين(60) يوما من تاريخ ايداعه - اعتبره - قرارا ضمنيا بالرفض، يمكن الطعن فيه بالالغاء احكام الجهة القضائية المختصة - إذا كان الأمر كذلك - فإنه سكت بخصوص رخصة البناء في المادة 1/42 من المرسوم التنفيذي 91 - 176 أعلاه التي نصت على أنه: "يبلغ المقرر المتضمن رخصة البناء إلى صاحب الطلب في غضون الأشهر الثلاثة(3) الموالية لتاريخ ايداع طلبه وذلك عندما يكون اصدار رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للبلدية و في غضون أربعة (4) أشهر في جميع الحالات الأخرى.."

يفهم من العبارات التي صيغت بها المادة أعلاه أن سلطة الادارة في مجال رخصة البناء سلطة مقيدة، إذ على الادارة منحها متى استوفت شروطها واعتبر قرارها غير مشروع لغيب ما. وهكذا فإن المشرع لم يأخذ، في مجال رخصة البناء، بالقرار الضمني كما كان الشأن عليه في القانون 82-02 أعلاه⁽¹⁶⁾.

3 - حالة اصدار الصحف

يعد حق اصدار الصحف مظهرا من مظاهر حرية الرأي والتعبير (م 41 من الدستور). ان اعطاء سلطة تقديرية مطلقة للادارة لمنح رخصة في ذلك ينعكس سلبا على حرية الرأي. ويعتبر قييدا على ممارستها. ان توقف هذا الحق على ضرورة الحصول على موافقة الادارة وجعله مشروط باستصدار رخصة قد يكون ايجابيا اذا كان الهدف منه هو فعلا المحافظة على النظام العام، وينظر اليه هنا على أنه وسيلة تنظيم.

أما إن كان الهدف أسباب خاصة كالخوف من المنافسة فهو انحراف وقيد قاتل لحرية الرأي.

16 - عبد الرحمن عزاوي، الرخص الادارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 577 ومابعدها، 2006/2005.

لقد تجنبت كثير من الدول المقارنة نظام الترخيص كبريطانيا كما ألغى الترخيص في فرنسا ابتداء من سنة 1868 واكتفتا بالإخطار دون ترخيص سابق⁽¹⁷⁾.
وقد جسد المشرع الجزائري ما جاء في نص المادة 41 من الدستور بأن نص في المادة 14 من القانون 90-07 المؤرخ في 03 أفريل سنة 1990 على أنه: "إصدار نشرية دورية حر، غير أنه يشترط لتسجيله ورقابة صحته، تقديم تصريح مسبق في ظرف لا يقل عن (30) يوما من صدور العدد الأول. يسجل التصريح لدى وكيل الجمهورية المختص اقليميا بمكان صدور النشرة، ويقدم التصريح في ورق مختوم يوقعه مدير النشرة، ويسلم له وصل بذلك في الحين"⁽¹⁸⁾. يبدو من العبارة الأخيرة أن المشرع أكتفى بالاطار.

4 - القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية :

بمتابعتنا لما جاء في أحكام هذا القانون نرتب الحالات الآتية⁽¹⁹⁾ :

أ) عدم نشر وصل التصريح :

نصت المادة 17 الفقرة الرابعة من هذا القانون على أنه: "... في حالة عدم صدور قرار الرفض، وعدم نشر الوصل في الأجل المنصوص عليه في المادة 15 من هذا القانون، يؤهل الأعضاء المؤسسون لممارسة أنشطتهم في الحدود المبينة في المادتين 14 و15 من هذا القانون". وحددت المادة 2/15 أجل النشر بستين(60) يوم ~ يجب أن يتم النشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية خلال ستين(60) يوما الموالية لتاريخ ايداع الملف ~ نستخلص من النصين المذكورين أنه في حالة تقديم ملف لدى وزير الداخلية بهدف تأسيس حزب سياسي، مقابل تسليم وصل ايداع، ولم يتخذ قرار صريح بالرفض، ولم ينشر الوصل في أجل الستين يوم، فإن هذا الصمت من الادارة يعتبر موافقة ضمنية، يمكن لأعضاء المؤسسين من ممارسة أنشطتهم في الحدود المبينة في المادتين 14 و15 من هذا القانون.

17 - رفعت عيد سيد، نفس المرجع، ص 67 و 70.

18 - الجريدة الرسمية العدد 14 ص 459.

19 - أمر رقم 97-09 مؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، ج ر العدد 27.

ب) عدم الرد عن الاعتماد :

ان نشر وصل التصريح اعلاه يمكن الاعضاء المؤسسين من تحضير الشروط اللازمة لعقد المؤتمر التأسيسي في أجل أقصاه سنة واحدة ابتداء من نشر الوصل. وبعد انعقاد المؤتمر وفقا لأحكام المواد 14 ، 18 الى 21 يتم ايداع ملف طلب الاعتماد لدى وزارة الداخلية خلال 15 يوم، يسلم الوزير الاعتماد للحزب متى رأى مطابقته للقانون وشهره على نشره في الجريدة الرسمية. ونصت المادة 22 الفقرة الرابعة من قانون الأحزاب على أن عدم نشر الاعتماد بعد انقضاء أجل الستين(60) يوما موافقة عليه، أي أن عدم نشر الاعتماد وفوات مدة 60 يوم يعد قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على الموافقة، وهي بمثابة قرار ضمني بعدم الاعتراض على الاعتماد.

5) طلبات تأسيس الجمعيات (وصل التسجيل)

جاء في المادة 8 الفقرة الثانية من القانون رقم 90- 31 المتعلق بالجمعيات ما نصه:
"إذا لم يخطر الجهة القضائية المذكورة عدت الجمعية مكونة قانونا بعد انقضاء الأجل المقرر لتسليم وصل التسجيل"⁽²⁰⁾.

وعليه فاذا انقضى أجل الستين(60) يوم المقرر لتسليم وصل التسجيل، والتي في خلالها تتأكد السلطة المعنية من مدى مطابقة ايداع التصريح التأسيسي للجمعية، والتي يأتي بعد اتباع الاجراءات التالية:

أ - ايداع تصريح التأسيسي لدى السلطات العمومية من قبل أعضاء الهيئة القيادية المؤسسين أمام:

- والي ولاية المقر للجمعيات التي يهم مجالها الاقليمي بلدية واحدة أو عدة بلديات في الولاية الواحدة.

20 - قانون رقم 90 - 31 مؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 4 ديسمبر سنة 1990 يتعلق بالجمعيات، ج، ر، العدد 53 ص 1686.

- وزير الداخلية بالنسبة للجمعيات ذات الطبيعة الوطنية أو المشتركة بين الولايات(م 10 من القانون أعلاه)

ب - ان يسلم لها مقابل هذا الايداع وصل تسجيل تصريح التأسيس من السلطة العمومية المعنية(وزير الداخلية أو الوالي) حسب طبيعة الجمعية خلال ستين (60) يوما على الأكثر من يوم ايداع الملف وذلك بعد دراسته والتأكد من مطابقته لأحكام هذا القانون. ج - أن تقوم الجمعية بأشهره في جريدة يومية وطنية مرة واحدة على الأقل وذلك على نفقتها.

د - في حالة ما اذا خالف تصريح التأسيس أحكام هذا القانون على وزير الداخلية والوالي، بحسب طبيعة الجمعية، اخطار الغرفة الادارية بالمجلس القضائي المختص اقليميا خلال ثمانية(08) أيام على الأكثر قبل انقضاء اجل الستين (60) يوما وعلى الغرفة الادارية أن تفصل في ذلك خلال الثلاثين (30) يوما الموالي للاخطار فان لم تخطر الجهة القضائية اعتبر سكوت السلطة الوصية بعد انقضاء اجل الستين(60) يوما قبولا لتكوين هذه الجمعية.

6) حالة التصديق على المداولات :

تعتبر المداولة مشروع قرار، و يتوقف تنفيذها على التصديق عليها من قبل السلطة المؤهلة قانونا لذلك، وهي الوالي (تفويض رئيس الدائرة) بالنسبة لمداولات المجلس الشعبي البلدي. ووزير الداخلية بالنسبة لمداولات المجلس الشعبي الولائي. تلك هي القاعدة، لكن المشرع تدخل بنصوص صريحة مؤكدة فكرة التصديق الضمني في المادتين 1/41 و 43 من قانون البلدية بحيث نصت المادة 41 من قانون البلدية على أنه: ~ تنفذ المداولات بحكم القانون بعد خمسة عشر(15) يوما من ايداعها لدى الولاية...~ (21).

21 - قانون رقم 90-08 مؤرخ في 12 رمضان عام 1410 الموافق 07 ابريل سنة 1990 يتعلق بالبلدية، ج،ر، العدد 15.

وجاء الاستثناء الآخر الخاص بالميزانيات والحسابات وإحداث مصالِح ومؤسسات عمومية بلدية في المادة 43 التي نصت على أنه ~ عندما ترفع المداولات المنصوص عليها في المادة 42 إلى الوالي دون أن يصدر قراره فيها خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ ايداعها لدى الولاية، تعتبر مصادقا عليها، معنى ذلك أن المشرع اعتبر سكوت الإدارة عن التصديق على المداولات بعد مرور فترة زمنية محددة وهي 15 يوم بالنسبة لسائر المداولات و30 يوم بالنسبة للميزانيات والحسابات وإحداث مصالِح ومؤسسات عمومية بلدية، ودون أن يصدر الوالي قراره فيها بخصوص قانونيتها، فإن ذلك يعد تصديقا ضمنيا، بمعنى أن المداولة جاءت صحيحة ومطابقة للقانون، فالسكوت هنا قرينة قطعية على قانونية المداولة.

لقد أخذ قانون البلدية صراحة بالتصديق أو الموافقة الضمنية وبالمقابل فإن نص المادة 49 من قانون الولاية غموض والتباس في هذا الشأن ومما جاء فيها: ~ تنفيذ مداولات المجلس الشعبي الولائي بحكم القانون فور قيام الوالي بنشرها وتبليغها الى المعنيين في أجل لا يتعدى خمسة عشر(15) يوما...~

ولم تقدم الحل ان لم يقم الوالي بنشرها وتبليغها خلال المدة اعلاه وقياسا وانطلاقا من عبارة ~ بحكم القانون أي بقوة القانون، فان مرور هذه المدة دون اتخاذ اجراءات من الوالي يعتبر تصديقا وموافقة ضمنية، خاصة وان المادة 50 من قانون الولاية عقبتها بعبارة صريحة ~ لا تنفذ مداولات المجلس الشعبي الولائي التي تتناول المواضيع التالية الا بعد المصادقة عليها:

- الميزانيات والحسابات

- احداث مصالِح ومؤسسات عمومية ولأئية ~ (22)

22- قانون رقم 90-09، نفس التاريخ، يتعلق بالولاية، ج، ر، العدد 15.

ولم تأت باستثناء خاص بالموافقة الضمنية، هذه الموافقة التي اخذ بها المشرع في موضوع آخر جاءت به المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الولاية ويتعلق بالغاء المدولات بحيث اذا قدم طلب الالغاء الى وزير الداخلية بموجب رسالة مسجلة مع الاشعار بالاستلام ولم يفصل فيه خلال شهر فإن المداولة تصبح نافذة.

الخاتمة

مما سبق نستخلص أن الإدارة، عامة كانت أو خاصة، في شكلها تنظيم وفي جوهرها عملية تنظيمية، تحكم سيرها أصول علمية وأساليب فنية يتطلبها التفكير السليم والمهارة البشرية، فهي علم وفن. وأنها ليست آلة ميكانيكية وتنظيم بلا روح، بل هناك ادارة بشرية تحركها، وتبعث فيها الروح.

ان نجاح الادارة مرهون بصلاح موظفيها، صلاح رئيسها ومهارته الذي عليه ان يعمل على تحسين علاقة الادارة بالمواطن بان يرد على أي طلب قدم له، الزمته النصوص ام لم تلتزمه، اكان الرد ايجابا او سلبا، ان تكييف طبيعة الرد من الادارة يتوقف على طبيعة النشاط محل الطلب المقدم من طرف الفرد لاستصدار قرار من الادارة (مراعاة النظام العام)، كما يجب الرجوع الى النصوص القانونية لمعرفة ذلك، اضافة فان اعتياد جهة ادارية على اتباع موقف معين، بصدد الطلبات المقدمة اليها في موضوع ما، يعد بمثابة قرينة على تكييف سكوتها وامتناعها عن الرد بانه قرار ضمني بالرفض او القبول، لماجري عليه تصرفها. وفي كل الاحوال فان المعيار الاحسن هو المعيار القانوني؛ أي الرجوع الى النص القانوني المنظم للنشاط او الاجراء.

مكانة نظام عاصمة الجمهورية في النصوص القانونية الجزائرية

بقلم: لحسن بن أمزال
يحضّر رسالة الدكتوراه في القانون العام
- جامعة الجزائر -

مقدمة:

لا يختلف اثنان حول أهمية و مكانة عواصم دول العالم من الناحية السياسية، الاقتصادية والاجتماعية، فهي تعتبر حقاً بمثابة الرأس من الجسد⁽¹⁾. لهذه الأسباب وغيرها تولي هذه الدول عناية خاصة للنظام القانوني لعواصمها، هذا النظام يتضمن مجموعة من القواعد القانونية المغايرة و المختلفة عن تلك القواعد المتضمنة فيما يدعى بالقانون المشترك (Droit commun) المطبق على باقي الجماعات الإقليمية (Collectivites territoriales)، مع العلم أن هذه القواعد - الشاملة لأنماط التسيير و التنظيم - ترمي إلى ضمان الإدارة الحسنة لجميع الأنشطة المتواجدة في ذلك الإقليم، كما تهدف إلى التكفل الحقيقي و الفعال لكل متطلبات و انشغالات المواطن اليومية.

1- أوهي رّس البلد ومركزه حسب تعبير (Lord Bryce) :

-Xavier PREROR: « Le statut des villes- capitales », Revue Française d'Administration Publique, 1986, P709.
و فيما يخص تعريف المدينة (la ville)، فيمكن القول بأنّه مختلف فيه لاختلاف المعايير الذي يُستند إليه من بلد لآخر. فرغم الاعتماد الغالب على معيار التعداد السكاني الذين يقطنون في منطقة معينة؛ كما حدّد في فرنسا ب: 2000 ساكن فقد يتقلّص إلى 200 ساكن في الدانمارك مثلاً، و بينما تستند بعض البلدان لمعيار التنظيم الإداري (تونس)؛ فقد تلجأ أخرى إلى المعيارين معاً كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية و كندا... وقد تختار دول مثل إيطاليا المعيار الاقتصادي. للتفصيل انظر:

Sylvain ALLEMAND: « La Ville en débats », in la ville et l'urbanisation, Revue repères, éd. Marinoor, N° 03, Année 1997, P07.

والجزائر لم تخرج عن هذا التصور، وهذا ما يمكن أن يلاحظ بالرجوع إلى ترسانة النصوص القانونية المتعاقبة المنظمة للجماعات الإقليمية للدولة (وهي البلدية و الولاية) ابتداءً من نص الدستور ثم التشريع و وصولاً إلى التنظيم، فمن منا لم يسمع أو لم يقرأ عبارة مدينة الجزائر أو محافظة الجزائر الكبرى أو ولاية الجزائر.. عند الإشارة إلى عاصمة الجمهورية (La capitale de la république)، فهل تُعبّر هذه التسميات من الناحية القانونية عن هذا المدلول؟، و ما موقع مدينة الجزائر (la ville d'Alger) اليوم من نظام العاصمة؟.

ذلك ما سوف أحاول الإجابة عنه في هذه الأسطر للتعرف عن قُرب لأهم مصدر من مصادر المشاكل و الاختلالات المتشابكة و المعقدة التي يشرب المواطن عصارتها يومياً. في هذا الشأن وفي مستوى أعلى، لم يفوت رئيس الجمهورية الفرصة - بحرقة المعهود- لما آلت إليه العاصمة من سوء التسيير و التنظيم مقارنة ببعض الولايات القريبة منها ناهيك عن الدول الشقيقة المجاورة، و الحق أن الجرح أعمق مما يمكن أن يتصور كما سيتضح فيما يأتي من خلال معالجة أهم المراحل التاريخية لنظام مدينة الجزائر منذ الاستقلال إلى غاية تأسيس محافظة الجزائر الكبرى (I)، لأقف عند وضعية هذا النظام (statut) على ضوء النصوص القانونية الحالية المنظمة لولاية الجزائر (II).

II - "مدينة الجزائر" بعد الاستقلال إلى تأسيس نظام المحافظة : من الدسرة إلى الجهالة

من ناحية علم الاجتماع تعتبر مدينة الجزائر أكبر تجمع سكاني للبلاد؛ ومن الناحية التأسيسية فهي جماعة إقليمية، ومن الناحية السياسية فهي تمثل البلاد كعاصمة... فإذا كانت هذه العبارات توحى إلى الصور إلا أنها تحوي في مضمونها على الأقل رسالة للمكانة الخاصة التي تلعبها مدن العواصم.

هذه الخصوصية - لمدن العواصم - تترجم عموماً الطابع المخالف (Dérogatoire) لنظامها القانوني...⁽²⁾.

وما يجب الإشارة إليه ابتداءً هو أنّ خصوصية التنظيم الإداري للعاصمة (capitale) (la) أو المدن الكبرى (Les grandes villes)⁽³⁾ ليس حكراً على الأنظمة القانونية الغربية فقط، فقد ذُكر أنّ العاصمة؟ في عهد الخلافة الإسلامية العثمانية مثلاً. كانت مقسّمة إلى مقاطعتين (شرقية و غربية) تحت رئاسة حاكم المدينة يدعى بشيخ البلدة⁽⁴⁾. بعد دخول المحتل الفرنسي أرض الجزائر - من سيدي فرج - أحد أبواب العاصمة من جهة البحر - شرع مباشرة في وضع حد لكل ما يرمز إلى هوية و شخصية البلد، و منها استبدال تلك الأنظمة الإدارية بأنظمة قمعية تخدم الأهداف الاستدمارية.

2 Rachid KHELLOUFI: «Les avatars de la ville d'Alger à travers ses statuts», Revue Algérienne, Numéro Spécial, 2002, P43.

3- هذا الاصطلاح يعتمد من الناحية القانونية على معيار التعداد السكاني، أما من ناحية التنظيم الإداري فإنه يقسّم إلى قطاعات حضرية - secteurs urbains - بالنسبة للبلديات التي يتعدى تعداد سكانها 150.000 نسمة كما هو الشأن حالياً بالنسبة لكل من ولايات: عنابة، قسنطينة وهران.

في حين أنه ظهر مؤخراً اصطلاح آخر يتمثل في المَدُن الجديدة «Nouvelles villes» يعتمد على معيار موضوعي (خصائص التهيئة والتعمير) حسب المادة الثانية و الثالثة، وكذا المعيار الشكلي (إنشاء المدينة الجديدة يكون بمرسوم تنفيذي) حسب المادة السادسة بناءً على القانون: رقم 02-08 مؤرخ في: 08/05/2002 يتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتهيئتها، جريدة رسمية عدد 34.

ليعرف التنظيم الإداري على مستوى الوزارة سنة 2003 تحولاً آخرأ بتنصيب الوزير المنتدب لدى وزير التهيئة العمرانية و البيئة مكلف بالمدينة، وهذا لأول مرة منذ الاستقلال بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 - 215 المؤرخ في: 09/05/2003 يتضمن تعيين أعضاء الحكومة، جريدة رسمية عدد 33 مؤرخة في: 11/05/2003.

و قد تمّ إلغاء هذا المنصب - وللأسف - إثر التعديل الحكومي الأخير لسنة 2007 لتلحق من الناحية التنظيمية - مية بوزارة البيئة و تهيئة الإقليم.

4 - سعودي محمد العربي: الوضع القانوني للهيئات المحلية الجزائرية (مرحلة قبل الاستقلال)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2002، ص 17، بتصرف.

و قد عرفت مدينة الجزائر عدّة أنظمة كان آخرها يتعلّق بالمرسوم رقم 231/59 المؤرخ في 24/02/1959 (5) المعدّل بالمرسوم رقم 163/60 المؤرخ في 24/02/1960 (6)، هذا النّص القانوني بقي ساري المفعول بعد الاستقلال بموجب المرسوم رقم 189/63 المؤرخ في 16/05/1963 المتعلّق بالتنظيم الإقليمي للبلديات (7).

هذا النّص نظّم مدينة الجزائر ضمن إطار مركزي و سلطوي (8) بقي معالمه - على اختلاف أشكاله - إلى اليوم، كما أنّ نصّ المرسوم مزج بين عبارتي مدينة الجزائر (ville d'Alger) و بلدية الجزائر (commune d'Alger)، هذا الخلط امتدّ أثره إلى الأنظمة الحالية (9) كما سيأتي بيانه.

و قبل التطرّق إلى سلسلة النّصوص الصّادرة بشأن مدينة الجزائر، لابدّ من التذكير بالمكانة الدستورية التي تحضى بها؛ حيث نصّ أولّ دستور للجزائر المستقلّة الصّادر سنة 1963 أنّ: "عاصمة الجمهورية مدينة الجزائر" (المادة 04) (10)، فلم يكن للتعديلات الدستورية المتكرّرة و المتعاقبة أيّ أثر على مضمون هذه المادة.

5 - Décret N° 59-321 du 24/02/1959 portant organisation de la commune d'Alger, J.O.R.F du 25/02/1959, P2306.

6 - J.O.R.F. N° 47 du 25/02/1960.

7 - تطبيقاً للقانون المؤرخ في: 31 / 12 / 1962 الذي كان يقضي بتمديد تطبيق القانون الفرنسي ما لم يخالف مبادئ وسيادة الشعب الجزائري وهذا إلى أجل لاحق:

Missoum SBIH: *L'Administration Publique Algérienne*, Hachette littérature, Paris, 1973, P231-

8 - كالتدخل الواسع للإدارة المركزية في تسيير مدينة الجزائر حيث أنّ رؤساء الدوائر أصبحوا معيّنين من طرف العامل "Le préfet":

-Rachid KHELLOUFI: *Le Statut de la Ville d'Alger*, Mémoire de Magister, Alger, Année 1978, P16.

9 - Chabane BENAKEZOUH: "La ville d'Alger et le droit", Revue IDARA, C.D.R.A, N° 01, Année 2002, P20.

10 - ثمّ إنّ المادة 04 المذكورة تعاني - حسب وجهة نظري - من "قصور" في الترجمة بين النّص باللّغة العربية والنّص باللّغة الفرنسية؛ حيث تقابل عبارة "مدينة الجزائر" عبارة "Alger" في حين جمعت المادة 04 - من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني؛ المعدل و المتمم - بين غرابية العبارة "الجزائر العاصمة" و ترجمتها إلى "Alger".

بقي المرسوم رقم 159 / 231 ساري المفعول بعد الاستقلال إلى غاية صدور أول قانون جزائري خاص بالبلدية بموجب الأمر رقم 67-24 المؤرخ في: 18/01/1967⁽¹¹⁾؛ تضمنت المادة 282 منه على تنظيم مدينة الجزائر بنظام خاص يصدر عن طريق مرسوم. وقد صدر فعلاً بمرسوم رقم 67-30 مؤرخ في: 27/01/1967⁽¹²⁾ نصّت المادة الأولى منه على أن: "مدينة الجزائر هي بلدية تتكوّن من عشر دوائر حضرية، تمثل كل واحدة منها دائرة انتخابية"، هذا المرسوم - المتناقض مع أحكام الأمر 67-24⁽¹³⁾ - نظّم مدينة الجزائر (كجموعة من البلديات) لمدة عشر سنوات، ووصف بأنه "نظام سلطوي ومركزي"⁽¹⁴⁾، الأمر الذي اقتضى تعديله بواسطة الأمر رقم 77/08 المؤرخ في 19/02/1977 إلا أنه لم يختلف كثيراً عن سابقه.

تتابعت التعديلات، وبقيت العاصمة تشكو سوء حالها بعد تدهور طابعها العمراني وانتشار البناءات غير الشرعية (المعبر عنها بالفوضوية) نتيجة للهجرة الجماعية لسكان الريف بسبب انتهاج السلطة لسياسة الجهوية. وقد تمّ تعديل قانون البلدية لسنة 1967 بالقانون رقم 81/09 المؤرخ في 04/07/1981⁽¹⁵⁾، هذا النصّ كان يمكن أن يضيف شيئاً لولا أنه اعترض بالقانون رقم 84/09 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد (الساري المفعول) والذي ألغى نص المادة 282 التي نصّت على أنه: "يحدّد القانون التنظيم الإداري لبلدية الجزائر، ويمكن أن تنظم التجمعات العمرانية الكبرى على الشكل نفسه"، ليعرف التنظيم الإداري تدهوراً وتقهقراً من النصّ التشريعي إلى النصّ التنظيمي "المعهد" تحت رقم 85/04 مؤرخ في 12/01/1985⁽¹⁶⁾، ويضيف إلى قاموسنا تسمية جديدة هي "المنطقة السكنية الحضرية" وكان الإشكال يتعلّق بالتسميات.

11 - أمر رقم 67-24 يتضمّن قانون البلدية، جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في: 18/01/1967.

12 - مرسوم رقم 67-30 يتضمّن التنظيم الإداري لمدينة الجزائر، جريدة رسمية عدد 09.

13. Chabane BENAKEZOUH, OP- Cit. P23.

14 . Rachid KHELLOUFI, OP- Cit., P42 et S.

15 - قانون رقم 81-09 مؤرخ في: 04/07/1981، المعدّل والمتمم للأمر 67-24 المذكور أعلاه، جريدة رسمية عدد 27.

16 - مرسوم رقم 85-04 مؤرخ في: 12/01/1985، جريدة رسمية عدد 03 مؤرخة في: 13/01/1985.

تدخل العاصمة الآن سنة 1990 بعد أن احتضنت انتفاضة أكتوبر 1988 المطالبة بضرورة التغيير، فصدر دستور 1989 الذي اعترف بوجود "الغير" أمام "السلطة" ليفتح المجال لإنشاء "جمعيات" ذات الطابع السياسي، ثم تأتي مرحلة الإصلاحات لتشمل الجماعات الإقليمية بإصدار قانون البلدية رقم 08/90⁽¹⁷⁾ (المعمول به حالياً وموضوع التعديل منذ 1997)، ففي هذا النص فقدت عبارة "مدينة الجزائر" الدستورية لتستبدل بـ "بلديات ولاية الجزائر" (المادة 177) ثم "الجزائر العاصمة" (المادة 182) كأن الأمر يتعلق بتنظيمين إداريين مختلفين، لتظهر مدينة الجزائر "مفوّعة" في أحد مجالس التنسيق الحضرية الخمسة؟ المقررة في المادتين السابقتين - بناءً على المرسوم التنفيذي رقم 207/90 المؤرخ في 14/07/1990⁽¹⁸⁾ الذي حاول إجراء بعض التعديلات على الأنظمة السابقة من خلال الهيكلية و توزيع المهام، و النتيجة.. هي أنّ هذا التعديل كان شكلياً أكثر منه جوهرياً، ممّا يجعلنا نتساءل حول ما إذا كان "محاصرة" العاصمة مقصوداً؟، ثم لماذا تمّ إنشاء مجلس تنسيقي واحد - المشكّل من 15 بلدية من أغني البلديات مالياً مثل بلدية الجزائر الوسطى - من مجموع الخمسة المقررة إنشاؤها قانوناً؟.. استمرت هذه الوضعية إلى غاية سنة 1997 بظهور نظام محافظة الكبرى (Gouvernorat du Grand Alger)، لكن هذه المرة عن طريق الأمر رقم

17 - قانون رقم 90 - 08 المؤرخ في: 07/04/1990 متعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في: 11/04/1990.

مع التذكير بأنّ هذه المرحلة كانت مسبقة بمرحلة انتقالية بوضع مجالس بلدية مؤقتة امتدت من 12/1989 إلى 12/05/1990 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 89 - 231 المؤرخ في 12/12/1989، جريدة رسمية عدد 53:

- ناصر لباد: "الأجهزة البلدية في الحالات الاستثنائية"، مجلة إدارة، الجزائر، عدد 02، سنة 1999، ص 115.
18 - مرسوم تنفيذي رقم 90 - 207 يتضمن تنظيم مجالس التنسيق الحضري لولاية الجزائر وسيرها، جريدة رسمية عدد 29 مؤرخة في: 18/07/1990.

15/97 المؤرخ في 31/05/1997⁽¹⁹⁾ مع تسجيل عودة الأوامر بعد التعديل الدستوري لسنة 1996) سبقه - وفي نفس التاريخ - الأمر رقم 14/97 يتعلق بالتنظيم الإقليمي لولاية الجزائر⁽²⁰⁾ تضمن رفع عدد بلديات هذه الولاية من 33 إلى 57 بلدية .

تفحص تأشيريات الأمر رقم 97 - 15 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى تطلعنا على الظرف السياسي الخاص الذي صدر في ظله؛ وهذا عندما أشار النص إلى المادة 179 من دستور 1996 وكذا مصادقة المجلس الوطني الانتقالي لهذا النص⁽²¹⁾ .

وما يجدر الإشارة إليه بهذا الصدد هو توافر الإرادة السياسية في تلك الفترة للتكفل بمشكل النظام القانوني للعاصمة، حيث أنه بعد انتخاب رئيس الجمهورية في شهر نوفمبر 1995، وتعيين رئيس الحكومة في جانفي 1996، كانت أولى المهام الموكلة لها تحضير مشروع محافظة الجزائر الكبرى، لذلك صدر المرسوم الرئاسي رقم 96 - 264 المؤرخ في: 03/08/1996 تضمن تعيين وزير في مهمة فوق العادة لتسيير ولاية الجزائر

19 - أمر رقم 97-15 يتضمن القانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 38 مؤرخة في: 04/06/1997.

20 - أمر رقم 97-14 مؤرخ في: 31/05/1997 يتضمن التنظيم الإقليمي لولاية الجزائر، جريدة رسمية عدد 38 مؤرخة في: 04/06/1997.

21 - المجلس الوطني الانتقالي تولّى الوظيفة التشريعية بتزكية من المجلس الأعلى للدولة. فبالإضافة إلى أن أعضاء المجلس الانتقالي معينون، فإن تركيبته الثلاثية غريبة؛ حيث يتساوى فيها ممثلي الأحزاب مع ما سُمّي بممثلي القوى الاقتصادية والاجتماعية (85 مقعد لكل واحد منهما). وقد وصفه الأستاذ بوسماح بأنه "برلمان مُلجَمٌ bride".

- Mohamed El Amine BOUSSOUMAH: « La situation de la constitution de 1989 entre le 11/01/1992 et le 16/11/1995 », Revue IDARA, C.D.R.A, Année 2000, N° 02, P89.

(المادة الأولى)⁽²²⁾، وبتاريخ 04/08/1996 أصدر رئيس الحكومة موقراً يؤكد فيه على أهمية هذا المشروع، لهذا أحدث اللّجنة الدائمة لتنمية ولاية الجزائر وتهيئتها تحت رئاسته. ولم تدم "الفرحة" طويلاً حول طبيعة وهدف المشروع، ذلك أنه بقراءة نصّ الأمر رقم 15/97 نلاحظ اتجاه إلى تنظيم العاصمة بأكثر مركزية من النظام السابق؛ فبدلاً من التوجه نحو اللامركزية "الموعودة" فقد تمّ زيادة اختناقها، ويكفي الرجوع إلى المادة 10 من نصّ الأمر للتأكد من ذلك، حيث أعيد النّظر في مجمل المهام الموكلة للبلدية - بموجب قانون البلدية رقم 08/90 - تحت غطاء تسمية أخرى هي "البلديات الحضرية" و عددها 29 بلدية في حين أنه لا يسري هذا التعديل على باقي "البلديات" و عددها 28 بلدية، لتزداد المسألة تعقيداً عند الاطلاع على المادة 02 فقرة ثانية من نصّ الأمر بإطلاقها تسمية "الدوائر الحضرية" على "البلديات الحضرية" في حين أن هذه التسمية "الموهومة" لا علاقة لها بالدوائر (Les Dairas) المعروفة كهيئات إدارية غير مركزية.

وإذا بحثنا عن معيار التمييز بين البلديات الحضرية والبلديات "العادية" فقد لا نجد له جواباً كافياً وشفافاً، ما عدا ما يميز بينهما من ناحية محاصرة وتقليص مهام وصلاحيات البلديات الحضرية (المادة 10 من الأمر) دون البلديات "العادية" والتي تبقى خاضعة للقانون رقم 90 - 08 المتعلق بالبلدية (المادة 13 من الأمر) كما سلف، وهذا ما يعتبر تعديلاً

22 - مرسوم رئاسي رقم 96 - 264 يتعلّق بإدارة ولاية الجزائر، جريدة رسمية عدد 47 مؤرخة في: 07/08/1996. كما يلاحظ أن هذه المبادرة كانت تدور - فيما يظهر - حول شخصية الوزير فوق العادة الذي تحول إلى وزير محافظ الجزائر الكبرى على رأس ولاية ص(!)، ذلك أنه إذا نظرنا إلى تشكيلة أعضاء الحكومة التي عين في ظلها، فإنه يظهر بتسمية أخرى وهي "وزير لدى رئيس الحكومة مكلف بحفاظة الجزائر الكبرى"، فالأسلم إطلاق عليه تسمية "الوزير المنتدب" على الأقل بدلاً من "الوزير".

مرسوم رئاسي رقم 97 - 231 مؤرخ في: 25/06/1997 يتضمن تعيين أعضاء الحكومة، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في: 29/06/1997.

كما قام رئيس الجمهورية الحالي بتنصيب لجنة لإصلاح مهام وهيكل الدولة - بعد توليه رئاسة الجمهورية سنة 1999 - بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000 - 372 مؤرخ في: 22/11/2000، جريدة رسمية عدد 64. وقد قدمت له تقريرها. المتضمن لقسم هام خاص بإصلاح الجماعات الإقليمية - في شهر جويلية 2001.

على مبدأ اللامركزية الممارس على إقليم العاصمة، بل وقد رأى بعضهم أنها مخالفة لنصّ قانون البلدية⁽²³⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو أين موقع مدينة الجزائر من نص التعديل؟، الإجابة - وللأسف - تضمنتها المادة 04 السابقة بالنصّ على أن: "مجموع الدوائر الحضرية تشكل مدينة الجزائر" (و فقط)، فبينما عمد النصّ الجديد إلى الخلط بين عبارتي: البلدية صو المدينة؛ قام نظام محافظة الجزائر الكبرى بابتلاع مدينة الجزائر إلى أجل غير معلوم. وقبل الانتقال إلى المرحلة الأخيرة، نشير إلى أن نظام المحافظة المتناقض تضمن بعض التعديلات، منها تعويض الدوائر (Dairas) بالدوائر الإدارية (Circonscriptions Administratives) تحت إشراف ولاية منتدبين (Walis Délégues)، وحول فعالية هذا التنظيم الجديد "قصة" أخرى أتركها حينها⁽²⁴⁾.

II - "مدينة الجزائر" في ظل النظام الحالي لولاية الجزائر ص: استمرار الجهالة

بعد مرور سنوات قليلة من تأسيس نظام المحافظة، أصدر المجلس الدستوري قراراً بتاريخ 27/02/2000⁽²⁵⁾ يقضي بعدم دستورية النظام القانوني الخاص بالمحافظة، هذا

23 Rachid KHELLOUFI: « Les avatars de la ville d'Alger à travers ses statuts». OP-Cit., P53.

وانظر كذلك: - مقطف خيرة: تطبيق نظام اللامركزية في الجزائر منذ 1967 إلى يومنا، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2002، ص 88.

24 - للاطلاع على تفاصيلها يمكن الرجوع إلى:

- لحسن بن أمزال، النظام القانوني للوالي المنتدب في القانون الإداري الجزائري، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2005.

25 - قرار رقم 02 / ق. 1 / م. د / 2000 مؤرخ في: 27/02/2000 يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97 - 15 المؤرخ في:

31/05/1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 07 مؤرخة في:

28/02/2000.

هذا القرار يمكن اعتباره قراراً تاريخياً بالنسبة للجماعات الإقليمية في الجزائر.

القرار جاء على إثر إخطار رئيس الجمهورية. بناء على المادة 163 من الدستور- لفحص مدى دستورية النصّ.

للعلم أنّ هذا الإجراء كان منتظراً بعد أن انتقد بشدّة بعض أساليب تسيير العاصمة، ولمّح إليها بالقول أنّه: "لن يقبل بدولة داخل دولة"⁽²⁶⁾.

إنّ أهمّ المبررات التي استند إليها المجلس لعدم دستورية النصّ ترتكز أساساً في خرق المادة 15 من الدستور التي حصرت الجماعات الإقليمية للدولة في البلدية والولاية (فقط)، كما أعطى المجلس تفسيراً جديداً عندما قضى بأنّ تنظيم وسير وعمل النظام الخاص لمدينة الجزائر العاصمة من اختصاص السلّطة التشريعية بموجب المادة 122. و قبل تناول مكانة مدينة الجزائر بعد إلغاء القانون الأساسي للمحافظة، لا بأس أن أشير إلى بعض التساؤلات القانونية الواردة في نصّ قرار المجلس الدستوري، ومنها:

أولاً - تضمن نصّ القرار اصطلاح جديد يتمثل في "مدينة الجزائر العاصمة" و لم يعطي أيّ توضيح بشأن مصدرها وتكيّفها القانونيين، فهل أراد المجلس وضع حد لتضارب و تناقض الاصطلاحات المستعملة في المادة 177 و المادة 182 من قانون البلدية رقم 08/90؟، و ما دنا نتكلّم عن الدستورية، فهل تطابق هذه التسمية - حقيقة- مضمون المادة 04 من الدستور التي تنصّ على أنّ: "عاصمة الجمهورية مدينة الجزائر"؟.

ثانياً - كيف يمكن لعبارة "التقسيم الإقليمي للبلاد" (الواردة في المادة 122 من الدستور) وحدها أن تحوي في فحواها ومعناها قواعد التنظيم إلى جانب قواعد التسيير والعمل؟، و هو المعنى الذي أشار إليه قرار المجلس الدستوري بدون أي تفسير واضح.

26- التصريحات يمكن الاطلاع عليها في بعض الجرائد اليومية مثل:

- جريدة الشعب بتاريخ: 02/03/2000.

- جريدة الخبر (نفس التاريخ).

بعد صدور قرار المجلس الدستوري تدخل رئيس الجمهورية مرة ثانية و أصدر الأمر رقم 01/2000 المتعلق بإدارة ولاية الجزائر و البلديات التابعة لها⁽²⁷⁾، متبوعاً بنصّ بالمرسوم الرئاسي رقم 45/2000 المتضمن التنظيم الإداري لولاية الجزائر المؤرخ في 01/03/2000⁽²⁸⁾.

في الواقع، النصّ الأخير أجرى تعديلاً طفيفاً على التنظيم الإداري حيث ارتفع عدد الدوائر من 12 إلى 13 دائرة إدارية فقط، و بمعنى أوضح فإنّ التنظيم الإداري الحالي لولاية الجزائر ما هو إلاّ نسخة طبق الأصل لسابقه (محافظة الجزائر الكبرى)؛ فإذا كان لهذا الأخير نظامه الخاص (حكّم عليه بعدم الدستورية) إلاّ أنّ نظام ولاية الجزائر يعاني - إلى يومنا هذا- من عدم وجود إطار قانوني واضح و منسجم، ممّا قد يوحي بأنّ إجراء التعديل كان سياسياً أكثر منه قانونياً و للأسف.

و أمّا مكانة مدينة الجزائر في ظل نصّ الأمر رقم 01/2000 المذكور سابقاً فيمكن القول بأنّها مهمّشة في النصّ و غائبة في الواقع، هذا التهميش و الإهمال يستنتج من خلال قراءة مضمون و فحوى المادة 02 من نصّ الأمر التي تنصّ على أنّ: "تخضع البلديات التي تشتمل عليها ولاية الجزائر إلى الأحكام المطبّقة على جميع البلديات، و لا سيما منها الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 08/90 ... مع مراعاة الأحكام الخاصة

27. - أمر رقم 2000 - 01 المؤرخ في: 01/03/2000 يتعلق بإدارة ولاية الجزائر و البلديات التابعة لها على إثر قرار المجلس الدستوري رقم 02 / ق.أ. / م. د / 2000 المؤرخ في: 27 / 02 / 2000 المتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 15 - 97. المؤرخ في: 31 / 05 / 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 09.

عنوان الأمر - ولاية الجزائر و البلديات التابعة لها- غريب، إذ لماذا لم يكتفي بعبارة " ولاية الجزائر فقط"؛ فهذه التسمية تلمّح إلى أنّ النظام الجديد المعتمد لولاية الجزائر سوف يطابق نظام المحافظة دون العودة إلى التنظيم المتضمن في القانون رقم 84 - 09 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد (جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في: 07 / 02 / 1984).

28 - مرسوم رئاسي رقم 2000 - 45 مؤرخ في: 01 / 03 / 2000 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 97 - 292 المؤرخ في: 02 / 08 / 1997 المحدد للتنظيم الإداري لمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 09.

المطبقة على مدينة الجزائر العاصمة؛ هذه الأحكام كان من المفروض أن تصدر و تنظم بنص تنظيمي خاص حسب ما جاءت به المادة 03 من نص الأمر، و تؤكد بأن النص لم يري النور بعد.

فهل هذا يعني تطبيق المواد 177 إلى 181 من القانون رقم 90 - 08 المتعلق بالبلدية بخصوص "بلديات ولاية الجزائر" المنظمة في شكل مجالس تنسيق حضرية⁽²⁹⁾؟، أم يجب أن ننتظر تنظيم جديد حسب ما تشير إليه المادة 03 من الأمر⁽³⁰⁾؟.

الإجابة على هاذين السؤالين صعبة، حيث إذا وقفنا على مدلول نص الأمر، يترجح الشرط الثاني أو الفرضية الثانية (المادة 03)، إلا أن الواقع أثبت خلاف ذلك، وخاصة إذا رجعنا إلى المرسوم الرئاسي رقم 2000 - 45 المتعلق بالتنظيم الإداري لولاية الجزائر، هذا الأخير أبقى على التنظيم الإداري لمحافظة الجزائر الكبرى مع تغيير طفيف، حيث قسّمت ولاية الجزائر إلى 13 دائرة إدارية بدلاً من 12 فقط.

و أمّا عمّا سمّي "بمدينة الجزائر العاصمة" فالصّمت تام وهذا رغم مرور أكثر من ست سنوات على آخر تعديل، بل إن كل المؤشرات تفيد سريان مفعول نظام المحافظة لكن بدون نصوص قانونية واضحة.

فهل يمكن تكييف هذا الجمود على أنه فترة انتقالية؟، وهل نظام مدينة الجزائر في حالة أزمة (crise) أو إلى اضمحلال (déclin)؟، و هل يمكن التعرف على الدوافع والأسباب؟..

29 - عددها خمسة مجالس ، لم ينشأ منها إلا واحداً (في فترة: 1990 - 1996) أي قبل أن يؤسس نظام المحافظة، ويتعلق بالمجلس البلدي المشترك لمدينة الجزائر حسب المرسوم التنفيذي رقم 98 - 135 المؤرخ في: 03/05/1998 والمتضمن تحويل الحقوق والالتزامات وكذا الأصول والخصوم من المجلس البلدي المشترك لمدينة الجزائر إلى محافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 28 مؤرخة في: 06/05/1998.

وهو ما يثبت عدم نجاعة هذا التنظيم لتحولات النظام القانوني للعاصمة.

من الواضح أنّ العامل السياسي وتخوّف السّلطة- القاطنة في العاصمة- تجاه المدينة في تحركاتها وطموحاتها قد يكون من أكبر الأسباب وأهمّها⁽³¹⁾.
وأما رجل القانون، فإنّه لا يدري وإلى يومنا هذا ماذا تعني مدينة الجزائر في القانون⁽³²⁾
(!)، رغم مرور أكثر من ثلاثين سنة من تاريخ إصدار أوّل نصّ قانوني... بعد الاستقلال...
ينظم مدينة الجزائر⁽³³⁾.

31 Rachid KHELLOUFI, OP- Cit, P55 et S.

32 - Chabane BENAKEZOUH: « La Ville d'Alger et le droit», OP- Cit., P29.

33 - إذا كان قانوني البلدية رقم 67 - 24 ورقم 90 - 08 قد تضمننا إشارة خاصة لنظام مدينة الجزائر مع اختلاف و تضارب في الاصطلاح، فإنّ نصّ المشروع التمهيدي لقانون البلدية - المعدّ من قبل وزارة الداخلية سنة 1999 - لم يعطي له أيّة عناية، ولم يشر إلى خصوصية "مدينة الجزائر" أو "العاصمة"، بل تضمن صيغة مختلفة حيث نصّت المادة 197 من المشروع على أنّه: "يمكن أن تستفيد المدن الكبرى من نظام قانوني خاص يخضع إلى أحكام تشريعية وتنظيمية خاصة".

- قاعدة عمل لإعداد المشروع التمهيدي للقانون المتعلق بالبلدية، وزارة الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، جوان 1999.

ثمّ إنّ قصور عبارة "المدن الكبرى" - إذا احتفظ بنصّ المادة - تجعلني أتساءل حول مصير الإطار التشريعي لنظام مدينة الجزائر؟.

خاتمة :

بناءً على ما سلف، نستنتج بأنّ النظام القانوني للعاصمة - المعبر عنه باصطلاحات متعدّدة و متضاربة في أكثر النصوص - لا يزال يعاني من عدم الاعتراف و الجهالة من قبل السّلطة السيّاسية رغم نظامه الدستوري (statut constitutionnel) الذي حضي به بموجب المادة 04 من الدستور السالفة الذكر.

ولم تكن للتحوّلات السيّاسية، الاقتصادية و الاجتماعية التي مرّت بها البلاد أيّ أثر ملموس على بُعد نظامها السّلطوي و المركزي المجسّد منذ الاستقلال، ممّا أفقدتها صورتها "الجزائر البيضاء"، بل و قد زادت رقعة "العاصمة" اختناقاً و تضيقاً بعد أن منع مواطنيها من إبداء الرأي - عن طريق المظاهرات السّلمية - المُكرّس دستورياً تحت مظلة "نصّ حالة الطوارئ"⁽³⁴⁾ والذي هو دلالة واضحة على "الجدار" السيّاسي الذي لا يزال يحاصر عاصمة الجمهورية.

فهل من الصّحيح القول اليوم بأنّ عاصمة الجمهورية هي ولاية الجزائر؟، و هل سيكون لتعديل نصّ الدستور - بوضعه الحدود و ضبطه لقواعد جديدة تحدّ من تجاوزات السّلطة التنفيذية - ضماناً على استقرار نظام عاصمة الجمهورية؟، و هل ستكون للمراجعة "الموعودة" لقانوني البلدية و الولاية ما يُفرّج عن عاصمتنا هذه الكُرْبَة؟.

34 - غير دستوري بموجب المادة 92 التي تنصّ على أنّه: "يحدّد تنظيم حالة الطوارئ و حالة الحصار بموجب قانون عضوي".

" الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع (Domain Name)"

بقلم : د. ماركى كوثر

أستاذة بكلية الحقوق - بن عكنون -

مقدمة :

تطور عالم الاتصالات بشكل غريب، وأمكن للإنسان اعتمادا على المنهج الرقمي، أن ينفي معنى الزمان والمكان والحدود، وينقل المعلومة على أية نقطة في العالم، صورة وصوتا ونصوصا بطريقة تفاعلية، وأهم دليل هو بروز شبكة المعلومات الدولية، أو الأنترنت.

ومع تطور شبكة الأنترنت، ومعها تطور التجارة الإلكترونية، ظهرت إحدى الإشارات الجديدة، التي تعرف بأسماء المواقع، أو أسماء النطاق، أو أسماء الحقول، وهي التي تكتب على شكل www.google.com أو www.entv.dz أو غيرها، وبظهور هذه الإشارات الجديدة، ظهر التنارع بينها وبين العلامات التجارية، وتعتبر هذه الأخيرة من أهم عناصر الملكية الصناعية، وتتبع أهمية العلامة التجارية من الوظائف التي توليها، سواء للصانع أو للتاجر أو لمقدم الخدمة أو للمستهلك، فهي مهمة لهؤلاء على حد سواء، باعتبارها رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات، وهي وسيلة للإعلان عنها، وهي وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة وضمن لحماية جمهور المستهلكين⁽¹⁾.

1 - في هذا المعنى: د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2002، ص 255 وما يليها

ومن خلال الدراسة سوف نبرز صورة التنازع الموجود بين كلا من إسم النطاق والعلامة التجارية مع تبيان طرق تسوية هذا النزاع، وذلك من خلال ثلاثة نقاط:

أولاً: النطاق القانوني لأسماء النطاق والعلامات التجارية

ثانياً: صورة التنازع الموجود بين أسماء النطاق والعلامات التجارية

ثالثاً: طرق تسوية المنازعات بين مسجلي أسماء النطاق ومالكي العلامات التجارية

I - النظام القانوني لأسماء النطاق والعلامات التجارية:

أ / مفهوم أسماء المواقع والعلامات :

1 / مفهوم أسماء المواقع: سنتناوله من خلال ثلاث نقاط:

1 - تعريف أسماء المواقع، 2 - أنواع أسماء المواقع، 3 - شروط أسماء المواقع

1 - تعريف أسماء المواقع: لم تتوحد آراء الفقه ولا أحكام القضاء على تعريف ثابت للعنوان الإلكتروني، فاستندت بعض التعريفات إلى الطبيعة الفنية لهذا العنوان، وأخرى إلى تكوين العنوان الإلكتروني على شبكة الأنترنت، والبعض الآخر أسنده على الوظيفة التي يؤديها هذا العنوان.⁽²⁾

ومن الناحية القانونية، فإن نطاق الإسم هو علامة تأخذ مظهر إندماج الأرقام والحروف، بحيث يتولى هذا المظهر تحديد مكان حاسوب أو موقعه أو صفحة عبر الأنترنت، وهو يتكون من ثلاثة مقاطع: المستوى العالي أو العام (Generic TLD) الذي يتولى تحديد طبيعة الجهة التي يتم الاتصال معها، ومستوى ثان ويتناول العلامة التجارية أو الإسم المختار مثل ARADO أو إسم فرد ما... إلخ، ومستوى ثالث وهو يتناول تحديد خادم مضيف محدد يتم التعامل معه مثل خادم الويب WWW⁽³⁾.

2 - في هذا المعنى: د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 2007، ص 9.

3 - د. عمر محمد بن يونس، الإيكان ICANN (منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الأنترنت)، ط 2005، ص 29.

1 - أنواع أسماء المواقع :

تنقسم إلى نوعين: أسماء المواقع العامة أو الدولية وأسماء المواقع المحلية.

أ. أسماء المواقع العامة: وتختار هذه المواقع إما لطبيعة المنظمة أو نشاطها بصفة مستقلة أو دون الأخذ بعين الإعتبار بلدها الأصلي وهم "com" بالنسبة للمؤسسات التجارية، "org" بالنسبة للمنظمات غير ربحية، "net" بالنسبة لمسير الأنترنت، "int" بالنسبة للمنظمات الدولية، "edu" بالنسبة للمعاهد التربوية، "mil" وحجزه مقتصر على الجيش الأمريكي، "gov" بالنسبة للمنظمات الحكومية الأمريكية.

والمواقع الثلاثة الأولى هي الوحيدة المفتوحة للعامة، ويطلق عليها اسم المواقع المفتوحة، ويعني ذلك أن أسماء المواقع "int" خاص فقط بالمنظمات الدولية وكذلك "edu" فهو خاص بالمعاهد التربوية ومنها الجامعات ومعاهد التكوين أما "mil" و "gov" فهو خاص بالجيش الأمريكي والحكومة الأمريكية دون غيرها⁽⁴⁾

ب. أسماء المواقع المحلية: وهذه المواقع تشير إلى بلد التسجيل، فهي أسماء مواقع محلية حسب إشارة الدولة والمعبر عنهم بواسطة حرفين يشيران إلى بلد معين مثل: "dz" بالنسبة للجزائر، "jp" بالنسبة لليابان و "fr" بالنسبة لفرنسا، وقد تم إضافة أسماء جديدة في منطقة المواقع المحلية وتسمى بأسماء المواقع المحلية الدنيا وهي: "asso.fr" بالنسبة للجمعيات، "barreau.fr" بالنسبة للمحامين وغيرها.⁽⁵⁾

4 - جمال وادي، العلامة والأنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 39 وما يليها.

* هذا النظام أنشأ قطاعات جديدة مستقلة مثل "biz" للأعمال، "info" للاستخدامات العامة، "pro" للمحترفين، "name" للمواقع الشخصية وغيرها وقد جاءت هذه الأسماء الجديدة في منطقة المواقع العامة من أجل التعرف الأحسن على ميزة الموقع وموضوعه وكذلك من أجل التخفيف على الضغط الذي كان تحت "com" وذلك نتيجة كثرة التسجيل فيه، أنظر مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 116 وما يليها.

5 - جمال وادي، العلامة والأنترنت، نفس المرجع السابق، ص 40 وما يليها.

2- شروط أسماء المواقع: حتى تتوافر لأسماء الدومين الحماية القانونية المقدره يجب أن تكون مميزة وجديدة ومشروعة، ودون توافر هذه الشروط بالإضافة إلى شرط التسجيل، لا يمكن حماية إسم الدومين، وهذه الشروط ببساطة تعني أولاً، أن يكون إسم الدومين مميزاً، ويمكن صاحبها من حماية بضائعه وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة في حالة الاعتداء على اسم الدومين لذلك يجب أم يكون للاسم ذاتيته الخاصة به التي تميزه عن غيره، وثانياً يجب ان يكون اسم الدومين جديداً بمعنى أن يكون مرتبط بذات السلعة، ولذلك لو استخدم اسم الدومين قبل ذلك لتمييز ذات السلعة فلا يعد جديداً، لهذا لو استعمل في سلعة بعيدة الشبه وتم استعمالها لسلعة مغايرة فهو جديد.⁽⁶⁾

2 - مفهوم العلامات : يكون ذلك بناء على ثلاثة نقاط :

1 - تعريف العلامات، 2 - أنواع العلامات، 3 - شروط العلامات

1 - تعريف العلامات :

العلامة التجارية هي التي يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو لبضائعه تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة، وهي من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الصانع أو التاجر لتمكين المستهلك من التعرف على سلعته أينما وجدت، وضمن عدم تضليل الجمهور (أو الغير) وخداعه في أمرها.⁽⁷⁾

ولقد تناولها أمر 03 - 06 المتعلق بالعلامات التجارية الجزائري، الصادر في 2003 بحيث نص في المادة 2 منه على أن العلامات هي: " كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور

6 - في هذا المعنى: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ط 2002، ص 257 وما يليها.

7 - القاضي أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1999، ص

والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره^٨.

2 - أنواع العلامات : والعلامة التجارية حتى تتوافر فيها الحماية القانونية المقدره يجب أن تكون مميزة وجديدة ومشروعة.

*مميزة: وذلك أن العلامة التجارية تنحصر وظيفتها الأساسية في تمييز المنتجات أو البضائع، الأمر الذي يمكن الجمهور المستهلكين من التعرف على السلع التي يرغبونها ويمكن صاحبها من حماية بضائعه وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

*الجددة: لم يشترط قانون العلامات هذا الشرط، ولكن يمكن استنتاجه من نصوص القانون، إذ لا يمكن حماية علامة تجارية يقوم باستغلالها في الجزائر تاجرا أو شركة تجارية لصنع أو بيع بضاعة مشابهة أو استغلالها في تمييز خدمات أو تجهيزات معينة متشابهة⁽⁸⁾.

*شرط المشروعية: ألا تكون العلامة ممنوعة قانونا، أي أن تسمح النصوص القانونية تسجيلها أو على الأقل لا تعارض استعمالها، وقد نصت المادة7ف4 من أمر 06-803 على هذا الشرط.

ب / نظام التسجيل لأسماء المواقع والعلامات التجارية :

1 - نظام التسجيل لأسماء المواقع: يختلف نظام تسجيل أسماء المواقع حسب نوعها، فبالنسبة لأسماء المواقع العامة تكون أمام هيئات دولية مختصة وهو اتحاد منح الأسماء والأعداد في الأنترنت سنة 1999 (ICANN) ، وبالعربية تأخذ ترجمة الكلمة الأخيرة لكونها مشهورة (الإيكان) نسبة إلى الحروف الأولى من الإسم الكامل المشار إليه باللغة

8 - سمير جمال الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 281.

الإنجليزية*، تقوم هذه الأخيرة على التحكم في الأسماء والأرقام، وبما يعني ذلك السيطرة على آلية المعاملات والاتصالات عبر الأنترنت⁽⁹⁾

أما تسجيل أسماء المواقع المحلية، فكل بلد يختار الهيئة أو المؤسسة العمومية أو الخاصة المؤهلة لتسيير أسماء المواقع المحلية، ففي فرنسا فإن الهيئة المسؤولة عن إدارة وتسيير أسماء المواقع على شكل "fr" هي الجمعية الفرنسية المشتركة لمنح أسماء الأنترنت، وقامت هذه الأخيرة بوضع ميثاق التسمية الخاص بتسجيل أسماء المواقع على شكل "fr"، يقوم على قواعد إدارية وتقنية، وفي فرنسا يسمح للأفراد العاديين فتح أسماء مواقع فردية أي شخصية وذلك على شكل "nom.fr"⁽¹⁰⁾.

وفي الجزائر، فإن الهيئة المختصة لمنح اسم الموقع على شكل "dz"، هو مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني، وذلك منذ جوان 1999، ويختص هذا المركز بمنح أسماء المواقع المحلية مثلا "com.dz" بالنسبة للشركات ذات طابع تجاري... إلخ*

2 - نظام التسجيل للعلامات :

لم يحدد أمر 03 - 06 المتعلق بالعلامات كيميائيات وإجراءات فخص وتسجيل ونشر العلامة، بل ترك تحديدها للمصلحة المختصة عن طريق التنظيم، وذلك طبقا للمادة 13 من نفس الأمر، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الإيداع البسيط، المتمثل في أن يقوم صاحب العلامة بعملية الإيداع بتقديم الطلب إلى المصلحة المختصة، أو بإرساله عن طريق البريد الموصى عليه مع علم بالوصول، وتمنح المصلحة المختصة محضرا بالإيداع مؤرخا ومبينا، وتسلم نسخة من هذا المحضر أو ترسل للمودع، ويكون تاريخ التسجيل هو تاريخ

* تعني باللغة الإنجليزية "Internet Corporation for Assigned Names Numbers" (ICANN)

9- د. عمر محمد بن يونس، الإيكان (ICANN)، نفس المرجع السابق، ص 17.

10 - في هذا المعنى: مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، ص122.

*- لمزيد من التفاصيل أنظر: د فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص 289 وما يليها.

الإيداع، وبعد التسجيل والتوقيع على الطلب، ينشر في النشرة الخاصة بالمهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية على نفقة صاحب العلامة⁽¹¹⁾*

II- صورة النزاع الموجود بين أماء النطاق والعلامات التجارية:

تم دراسته من خلال نقطتين:

1- مبدأ الأسبقية في التسجيل، 2- مبدأ التخصص على شبكة الأنترنت

1- مبدأ الأسبقية في التسجيل: يحكم تسجيل العناوين الإلكترونية على شبكة الأنترنت مبدأ يسمى مبدأ الأسبقية في التسجيل "premier arrivé premier servi"، وقد أدى تطبيق هذا المبدأ مع غياب الرقابة من جانب الجهات المختصة بتسجيله إلى إثارة نزاعات متعددة بين مالكي العلامة التجارية ومسجلي العنوان الإلكتروني، نظر لاختلاف نظامها القانوني، خصوصا من ناحية التسجيل ذلك كما تم تبيانها فيما سبق.

ويتجلى أثر هذا المبدأ في حرمان مالك العلامة من تسجيل عنوان إلكتروني يمثلها على شبكة الأنترنت، والاعتداء على حقوق المالكين الشرعيين للعلامات التجارية، وهو ما يخلق نوعا من القرصنة الإلكترونية.

أولا: منع مالك العلامة من استخدامها على الأنترنت، ومثال تطبيقي قضائي هو الحكم الصادر في قضية Alice الفرنسية وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة Snalice وهي شركة تعمل في مجال الإعلانات والدعاية الإعلانية، أرادت أن تسجل عنوانا إلكترونيا لها على شبكة الأنترنت وهو "alice.fr"، ردت شركة afnic الفرنسية المختصة بتسجيل العناوين الإلكترونية في الإقليم الفرنسي بأن هذا العنوان الإلكتروني غير متاح لسبق تسجيله من جانب شركة Saalice التي تعمل في مجال برامج الكمبيوتر.

11- د. فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص 289 وما يليها.

*- لمزيد من التفاصيل أنظر: د فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص 289 وما يليها.

أكدت محكمة الدرجة الأولى ومن بعدها محكمة الإستئناف بأن تسجيل العنوان الإلكتروني Alice.fr الذي تم منحه لشركة Saalice كان مطابقاً لقواعد التسجيل التي وضعتها شركة Afnic وبصفة خاصة مبدأ الأسبقية في التسجيل، ومن ثم لا يوجد أي اعتداء على الحقوق المشروعة لشركة SNC ALICE⁽¹²⁾*

2 - مبدأ التخصص على شبكة الأنترنت :

المقصود بذلك، أن القانون يحمي العلامة التجارية بالنسبة للمنتجات والخدمات المحددة في طلب تسجيل العلامة، وبالتالي لا تمتد الحماية على المنتجات المماثلة أو المشابهة لتلك المحددة في طلب التسجيل، وهذا ما يعبر عنه الفقه، وبحق بشرط الصفة المميزة الخاصة للعلامة التجارية، ويترتب على هذا المبدأ، أنه لا يجوز للغير استخدام العلامة التجارية المملوكة لشخص لتمييز منتجات مماثلة أو مشابهة لتلك المنتجات التي تميزها العلامة الأولى بمبدأ التخصص يحدد الحماية في حدود معينة، ويهدف على هذا النحو إلى حماية المستهلك من الخلط أو التضليل أو الخداع الذي قد يقع فيه إذا استخدمت العلامة لتمييز أكثر من منتج مماثل أو مشابه.

وتأخذ بهذا المبدأ، الاتفاقيات الدولية التي تتعلق بالعلامات التجارية، ومن أمثلة ذلك: اتفاق نيس المتعلق بالتصنيف الدولي للمنتجات والخدمات والذي تم في 15 يونيو 1957 المعدل للمرة الثالثة عام 2002، والذي انضمت إليه معظم الدول.

وقد اهتم مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بموضوع أسماء الدومين وحمايتها نظراً لأهميته في مجال التجارة الإلكترونية، وأن كل موقع أو إسم دومين إنما

12 - في هذا المعنى: د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، نفس المرجع السابق، ص 75 وما يليها.

*لمزيد من التفاصيل والتطبيقات القضائية فيما يخص النزاعات بين أسماء المواقع والعلامات أنظر: د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2000، ص 81 وما يليها.

يعبر عن مؤسسة اقتصادية أو تجارية، لذلك وضع المشروع تخصص أسماء الدومين في ضوء الضوابط التي يضعها القانون.⁽¹³⁾

ويطرح تطبيق هذا المبدأ صعوبات كثيرة على الأنترنت في حالة كون مسجل العنوان الإلكتروني غير مالك للعلامة التجارية التي يمثلها العنوان، ففي هذه الحالة سيؤدي إلى حرمان المشروع صاحب الحقوق المشروعة عليها المتمثلة في تسجيل علامة على شبكة الأنترنت بسبق سبق تسجيلها من جانب مشروع آخر.

إضافة إلى غياب مبدأ الإقليمية على شبكة الأنترنت، فنظرا للعالمية الأنترنت، فقد أصبح لأي مشروع أو شخص عادي الحق في أن يسجل عنوانا إلكترونيا في المجال الدولي، حتى ولو لم تكن له أنشطة تمتد خارج الإقليم الذي يعيش فيه، وقد أدى هذا الأمر إلى تسارع الأشخاص إلى تسجيل العناوين الإلكترونية التي تفتتت على حقوق مالكي العلامات التجارية.⁽¹⁴⁾

III- طرق تسوية المنازعات بين مسجلي أسماء النطاق ومالكي العلامات:

حمى القانون والقضاء مالك العلامة التجارية إذا وقع عليها إعتداء من جانب مسجل العنوان الإلكتروني، وتتجلى هذه الحماية في تزويد مالك العلامة بعدة دعوى قضائية يمكنه أن يستخدمها دفاعا عن حقوقه المشروعة على العلامة التجارية، وذلك قصد توفير أكبر حماية ممكنة لها من قرصنتها على الشبكة، ونظرا لتزايد الإعتداءات من هذا الشكل، وتهرب مسجلي العناوين من تطبيق أحكام الدعوى القضائية وتأخير الفصل فيها مما يضر بأصحاب العلامات، ظهرت الحاجة إلى وضع وسائل جديدة لتسوية المنازعات التي

13 - د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، نفس المرجع السابق، ص 79.

14 - د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، نفس المرجع السابق، ص 90 وما يليها.

تثور بين مالكي العلامات ومسجلي أسماء النطاق، جاءت نتيجة جهود بعض الهيئات الدولية المتخصصة في مجال أسماء النطاق، ومن ذلك سنتناول تسوية المنازعات هذه في نقطتين:

- 1- التسوية القضائية وفقا للمبادئ العامة لقانون العلامات.
- 2- الجهود الدولية من أجل تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات.

1 - التسوية القضائية وفقا للمبادئ العامة لقانون العلامات :

إن حل النزاعات التي كانت بين مالكي العلامات ومالكي أسماء المواقع قد تم حلها اعتمادا على مبادئ قانون العلامات، كما هو في قضية "céréales" حيث أن الشركة المختصة في صناعة المواد الغذائية والحاملة للعلامة "céréales" منعت من فتح إسم موقع لها يحمل علامتها لأن شخصا آخر ينشط في نفس المجال قام بفتح إسم موقع "cereales.fr"، وفي هذه القضية أكدت المحكمة على تطبيق قانون العلامات على أماء المواقع، وهذا من أجل حل النزاع بين العلامة وإسم الموقع وذلك بالاعتماد على نص المادة 711 ف 4 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.⁽¹⁵⁾

ومن المبادئ التي اعتمد عليها لحل النزاع هي:

- دعوى التقليد: وقد حكم في فرنسا أن استعمال إسم الموقع "sainttropez.com" هو تقليد لعلامة بلدية "sainttropez.com" وذلك بحكم صادر عن محكمة Draguignan في 21 أوت 1997 *

- دعوى المنافسة غير المشروعة: يشترط لقبول دعوى المنافسة غير المشروعة على شبكة الأنترنت نفس شروط قبولها على أرض الواقع، كما تحددها القوانين الوطنية، وذلك

15- مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، ص 132.

*André Bertrand - Therry Piette Coudol, Internet et le droit, (que sais je?), 1 éré édition, édition Dahlab, 1999,p 30 .

باستثناء بعض التطورات التي فرضتها بيئة الأنترنت، ومن ثم يلزم لقبولها وجود منافسة بين مالك العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني تتمثل في ممارسة أنشطة مماثلة أو متشابهة، وارتكاب صاحب العنوان الإلكتروني خطأ يترتب عليه ضرر لمالك العلامة التجارية.⁽¹⁶⁾

2 - الجهود الدولية من أجل تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامة التجارية :

تنوعت الجهود الدولية التي بذلت لحماية العلامات التجارية ضد قرصنتها مع مسجلي العناوين الإلكترونية، وعلى الرغم من تنوع هذه الجهود فإنها تشترك جميعاً أنها تتضمن مجرد توجيهات وتوصيات للجهات المسؤولة عن تسجيل العناوين الإلكترونية، بهدف تجنب مشوب نزاعات مستقبلية، وتتضمن هذه الجهود كذلك مبادئ عامة تساهم في حل النزاعات القائمة بالفعل بين مالكي العلامات التجارية ومسجلي العناوين الإلكترونية. ويعتبر البروتوكول المشترك للعناوين الإلكترونية الدولية* باكورة الجهود الدولية الموجهة لمحاربة القرصنة الإلكترونية، وحماية حقوق مالكي العلامات التجارية، وتتمثل الحلول التي تضمنها هذا البروتوكول في مجموعة من الإقتراحات والتوجيهات التي يجب أن تراعيها الهيئات المعنية بالعنوان الإلكتروني، ومن هذه الحلول:

- تكوين لجنة إشراف تكلف بمراقبة تطبيق الشركات المختصة بالتسجيل للمبادئ التي تضمنها البروتوكول.

- اقترح البروتوكول أيضاً وضع نظام جديد لتسوية المنازعات التي تثور بين العناوين الإلكترونية والعلامات التجارية وبشكل وديّ.

16 - د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، نفس المرجع السابق، ص 163 وما يليها.

* البروتوكول المشترك للعناوين الإلكترونية الدولية باللغة الإنجليزية: "Generic Top Level TLD".

- يقترح البروتوكول على الشركات المعنية بتسجيل العناوين الإلكترونية الدولية رفض تسجيل العناوين الفرعية التي تحمل أسماء قريبة من العلامات التجارية المشهورة، وذلك للأشخاص الذين ليست لهم أية حقوق مشروعة على هذه الأسماء.⁽¹⁷⁾

وقامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية - ويبو- بأخذ المبادرة في حل النزاعات الخاصة بأسماء المواقع العامة، وهذا نظرا للطابع الدولي لهذه المواقع وخاصة أن تسيير هذه المواقع هو من مهام منظمة دولية تابعة لليوبيو، ومن بين الجهود التي قامت بها اليوبيو في هذا الميدان، قيامها بإصدار تقرير خاص بأسماء المواقع، كما يلعب مركز التحكيم والوساطة التابع لها دورا فعالا في حل النزاعات بين العلامة وأسماء المواقع العامة. ومن خلال تقرير المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وضعت سياسة خاصة لحل النزاعات، وذلك عن طريق توحيد إجراءات حل النزاعات الخاصة بأسماء المواقع، وتطبق على النزاع الذي يكون بين مالك العلامة والشخص الذي سجل إسم الموقع على شكل "com"، "net"، "org" أي أسماء المواقع العامة.

كما منح هذا التقرير، إمكانية لجوء الأطراف لحل النزاع للمحاكم الوطنية وقامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بإصدار توصيات عملية خاصة بأسماء المواقع المحلية من أجل وضع إجراءات وقواعد احتياطية لحل النزاعات الخاصة بالملكية الفكرية، وتتمثل في عقد التسجيل الخاص باسم الموقع، ووضع في متناول الجميع ومعلومات خاصة بمالك اسم الموقع والأساليب غير القضائية لحل النزاعات الخاصة بأسماء المواقع. ويعد مركز التحكيم والوساطة التابع لليوبيو، من بين الهيئات المعتمدة من قبل اتحاد منح الأسماء والأعداد على الأنترنت من أجل حل النزاعات التي تقوم بين مالكي العلامات ومالكي أسماء المواقع العامة، وقد فصل في قضيتين هما: قضية شركة "TF1" الخاصة بالتلفزة الفرنسية، وقضية "Dior" ذات العلامة المشهورة الخاصة بالعمطور.⁽¹⁸⁾

17 - د. شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، نفس المرجع السابق، ص 193 وما يليها.

* بالنسبة للقضيتين "Dior" و "TF1" كاملتين، أنظر: مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، الملحق IV.

18 - في هذا المعنى أنظر: مازوني كوثر، نفس المرجع السابق، ص 133 وما يليها.

وأنشئت بجنيف بسويسرا عام 1999، محكمة لقضايا الأنترنت، تفصل في القضايا الخاصة بالنزاع بين إسم الدومين أو إسم المنطقة وقد عرضت عليها نزاعات عديدة في هذا الخصوص.⁽¹⁹⁾

وفي الأخير، وبعد دراستنا الموجزة لهذا الموضوع، نجد أن العناوين الإلكترونية اختلت في الآونة الأخيرة أهمية كبيرة بالنسبة إلى المستهلكين والمشروعات التجارية على حد سواء وبسبب القاعدة التي تحكم تسجيل هذه العناوين وهي "الأسبقية في التسجيل"، أصبح كل مشروع موقع محدد على الأنترنت يعرض فيه منتجاته وخدماته، لا يشاركه فيه مشروع آخر، ولقد أدى تسجيل أناء المواقع إلى خلق منازعات بين مسجلي أسماء المواقع ومالكي العلامات التجارية، وذلك باستيلاء الشركات والأشخاص الطبيعيين على عناوين إلكترونية تمثل تسمية أية علامة تجارية مملوكة للغير، وهو ما يعرف بالقرصنة الإلكترونية.

وللحد من ذلك، تضافرت الجهود من أجل وضع حلول لهذه المنازعات سواء على المستوى الوطني عن طريق تطبيق المبادئ العامة للعلامات أو دوليا عن طريق الهيئات والهيكل الخاصة بذلك.

ورغم الجهود المبذولة في هذا الشأن، مازالت الدول تسعى جاهدة من أجل التقليل من هذا النوع من المنازعات، وتوفير الحماية اللازمة لكلا من أصحاب العلامات من جهة ومالكي أسماء المواقع من جهة أخرى.

19 - س.د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ط 1، دار الفكر الجامعي، ط 2003، ص 336.

"الحماية القانونية لبرامج الحاسوب في ظل قانون الملكية الفكرية"

مقدمة :

يثير اهتمام كل شخص يعيش في هذا العصر، هذا الجهاز الإلكتروني الصغير الذي احتل مكانا هاما في كل بيت عصري، ويمثل هذا الأخير نقطة الارتكاز التي انطلق منها هذا الانقلاب الكبير، وكان المحور في نشوء ما عرف بطريق المعلومات فائق السرعة، ومن أهم أجزائه شبكة المعلومات الدولية، الأنترنت.

ويعرف الحاسب الآلي، بأنه عبارة عن جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية للتعليمات المعطاة له بسرعة كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات في الثانية الواحدة وبدرجة عالية الدقة، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات، وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها...⁽¹⁾

والحاسب الآلي، كجهاز تقني، لا يمكن أن يحقق الأهداف التي اخترع من أجلها دون مكونات أخرى، ألا وهي المكونات المنطقية التي تتمثل في برامج الحاسب الآلي من جهة، وقواعد البيانات من جهة أخرى، التي دونها يصبح الجهاز عديم الفائدة طالما لا يحتوي على البرامج اللازمة لتشغيله، ومن ثم شهد اختراع هذه البرامج تطورا محسوسا في الآونة الأخيرة.

1 - د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية - دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني - الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2001، ص 1 .
و د. محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، ط 1، المكتب المصري (الحديث)، ط 2002، هامش ص 408.

ونظرا للتكاليف الضخمة التي تتكلفها شركات إنتاج برامج الحاسب الآلي، كان لابد من تدخل المشرع لحماية هؤلاء، مبتكري برامج الحاسب الآلي، ضد عمليات النسخ والقرصنة، وتشجيعا للابتكار، كان لابد من إيجاد وسيلة لحماية برامج الحاسب الآلي⁽²⁾، خاصة مع انتشار ظاهرة القرصنة الفكرية، عن طريق الاعتداءات غير المشروعة للبرامج باستنساخها، وبيع النسخ المقلدة وباعتبار البرنامج ناتج فكري إنساني، فإنها تحمي قانونا بكافة الوسائل القانونية المقررة لحماية الملكيات الأدبية والفنية⁽³⁾، ونظرا للطبيعة الخاصة لهذه المصنفات غير التقليدية سواء من حيث أسلوب التعامل معها، أو من حيث نسخها، أو من حيث تكلفة إنتاجها وآثارها على العلاقة بين المؤلفين والمنتجين، وكذلك من حيث توافر شروط الحماية الواردة في قوانين حقوق التأليف العامة في هذه المصنفات الخاصة، ظهرت عدة جوانب واتجاهات تخضع كل منها إلى قانون معين من قوانين الملكية الفكرية⁽⁴⁾.

I - حماية برامج الحاسب الآلي وفقا لقانون حق المؤلف:

1. شروط الحماية على أساس قانون التأليف:

تأخذ معظم التشريعات بمعيار الأصالة (Originalite) كشرط لاستحقاق الحماية وفقا لقانون حق التأليف، بما فيها التشريع الجزائري في المادة 3 من الأمر 03-05 الصادر في 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في الجزائر والتي تنص: "يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر.

2 - د. شحاتة غريب محمد محمد شلقامي، برنامج الحاسب والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2003، ص 21.

3 - فاروق علي الحفناوي، قانون البرمجيات - دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، دار الكتاب الحديث، ط 2001، ص 111.

4 - مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2004 - 2005، ص 82.

تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته بمجرد إبداع المصنف سواء أكان المصنف مثبتاً أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور⁷.

2 - معيار الأصالة بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي :

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يتطرق إلى معيار الأصالة في برنامج الحاسب الآلي، مما يستوجب الرجوع إلى الاجتهاد القضائي في تحديد معيار الأصالة، ويتمثل في الجهد الخاص للمؤلف في إنجاز المصنف وهو معيار موضوعي وليس شخصي.

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت المحكمة الفرنسية لمدينة Bobigny في 11/12/1978، في قضية معروفة بين Abolla ضد Packot، تقول المحكمة: "تحليل إنجاز برنامج كمبيوتر يؤدي إلى إنجاز دون شك منتج ذهني بحت وهو فن وضع جمل أو صور ومعادلات رياضية في شكل مفهوم قابل للاستعمال بالنسبة لمجموع الكمبيوتر الإلكتروني، إذن فالأمر يتعلق بمال معنوي (غير مالي) أصيل في ترتيبه وتعبيره"⁽⁵⁾.

ومن خلال المادة 4 من أمر 03 - 05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، نجد أنه صنف برنامج الحاسب الآلي، باعتباره مصنفاً أدبياً صراحة، بحيث تنص المادة 4 على: "تعتبر هذه النصوص كمصنفات أدبية أو فنية محمية كما يأتي:

أ. المصنفات الأدبية المكتوبة مثل ...، وبرامج الحاسوب،..."

أما على الصعيد الدولي، فقد تناولت الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية تريبس، قد تطرقت لحماية برامج الحاسب الآلي في المادة 10 منها، واتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف في المادة 4، أما على المستوى الأوروبي، فقد صدر قانون توجيهي (تعليمية خاصة بحماية برامج الكمبيوتر) بتاريخ 4 ماي 1991 طبقاً للمادة 13 منه، وتشمل الحماية كل من البرامج التشغيلية أو القاعدية⁽⁶⁾ والبرامج التطبيقية وألعاب الفيديو.⁽⁷⁾*

5- مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، ص 85.

6- عفيفي كمال عفيفي، جرائم الكمبيوتر، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2003، ص 27.

7- فاروق علي الحفناوي، قانون البرمجيات، نفس المرجع السابق، ص 89.

* في هذا الموضوع أنظر المقال على الأنترنت: <http://www.itrmanager.com/print.php?oid=52998>

II - حماية برامج الحاسب الآلي وفقا لنظام براءة الاختراع:

1 - تطبيق شروط استحقاق الحماية وفقا لنظام البراءة على برامج الحاسب الآلي:
أ. شرط الجودة: يعتبر هذا الشرط أحد العناصر الواجب توافرها لحماية أي اختراع، والجدة هي أن يكون الاختراع غير مسبوق في موضوعه وغير معروف سره بالنسبة للغير، إضافة إلى ذلك يشترط في الجدة أن تتعلق بشيء مادي ملموس بمعنى آخر، أن تكون الجدة مرتبطة بالتطبيق الصناعي (الاستغلال الصناعي).
وبالتالي متى توفر شرط الجودة وارتباطه بالاستغلال الصناعي، تكون أمام اختراع صناعي جديد قابل لبراءة الاختراع.
ومبدئيا يمكن أن يتوفر شرط الجودة على برنامج الحاسب الآلي، وذلك حسب كل حالة⁽⁸⁾.

ب. التطبيق الصناعي: إن إمكانية اعتبار أي اختراع قابل لمنح البراءة، يجب أن يقترن بالتطبيق الصناعي، بالإضافة إلى جدته، بمعنى أن يكون محله قابل للصنع، أو قابل للاستعمال في أي نوع من أنواع الصناعة أو الفلاحة أو غيرها، وذلك طبقا للمادة 6 من أمر 03-07 الصادر في 19 جويلية 2003 والمتعلق ببراءة الاختراع في الجزائر.
وفيما يخص تطبيق هذا الشرط على برنامج الحاسب الآلي، يمكن اعتبار بعض البرامج قابلة للتطبيق الصناعي مبدئيا، لكن هناك برامج أخرى غير قابلة للتطبيق الصناعي، مثلا برامج المحاسبة أو التسيير، وبالتالي فإنه من غير الممكن إخضاع البرامج لبراءة الاختراع لعدم توفر الشرط الثاني.*

8 - محمد علي الزعبي، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقا لقانون حق المؤلف، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2003، ص 114 ومايليها.
*في هذا الموضوع، أنظر المقال المنشور عبر الأنترنت بعنوان: ~ قوانين براءة الاختراع لا تتناسب وبرنامج الكمبيوتر حقوق الملكية الفكرية تحفيز أم إعاقة

وبالتالي فإن برنامج الحاسب الآلي، لا يمكن إخضاعه لنظام البراءة، نظرا لطبيعته الخاصة، وعدم توفر شروط منح البراءة، خاصة بالنسبة للتطبيق الصناعي. والنسبة للتشريع الجزائري، نجد أنه لم يشر إطلاقا في أمر 03 - 07 للمتعلق ببراءة الاختراع إلى برامج الحاسب الآلي، مما يعني أنه لا يخضع البرامج لنظام براءة الاختراع. ومع استحالة منح الحماية عن طريق براءة الاختراع، ظهر اتجاه آخر ينادي بإخضاعها لقانون العلامات، ثم لقانون الرسوم والنماذج الصناعية، إلا أن حمايتها على هذا الأساس يبقى صعب جدا نظرا لطبيعة البرامج، إضافة إلى استبعاد ذلك سواء في التشريعات الوطنية أو ضمن الاتفاقات الدولية الخاصة بالملكية الفكرية، نظرا لعدم النص عليها ضمن نصوصها إطلاقا. (9) *

III- حماية برامج الحاسب الآلي وفقا لقانون خاص:

يستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة حجج، بالرغم من اعترافهم بأن البرامج يمكن أن تخضع لحقوق التأليف، بالنظر إلى تطابق أوصاف المصنفات التقليدية مع مصنف برنامج إعلام آلي، من توفر شروط الحماية العامة أي الأصالة، إلا أن الاختلاف يكمن فيما يلي:

1 - من حيث الوظائف التي تؤديها كل من المصنفات التقليدية وبرامج الإعلام الآلي: وذلك لأن المصنفات التقليدية تمثل مجموعة تعليمات يكون الغرض منها القيام بعمل معين كالكتاب مثلا، أما البرامج يمكن أن تكون تعليمات أيضا ولكن العمل يكون داخل الكمبيوتر، والبرامج تؤثر على الجهاز نفسه باعتبارها تسمح باستخدام الجهاز، بينما في المصنف التقليدي، فإن العمل يخاطب الإنسان مباشرة، وبالتالي فإن الفكرة من وراء قيام الجهاز بعمله لا تدخل في إطار حقوق التأليف نظرا لاختلاف وظائفها.

9- مازوني كوتر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، ص 94 وما يليها.

* في هذا الموضوع، انظر المقال المنشور عبر الأنترنت بعنوان: "Logiciel : la brevetabilité du logiciel".

<http://www.sg.cnrs.fr/daj/proprietaire/logiciels/logiciel56.htm>

2- الاختلاف من حيث الغالية أو الهدف: وذلك لأن الهدف من برامج الإعلام الآلي ليس فقط نقل المعرفة أو فن أو أدب معين بطريقة أصلية للمؤلف، تعبر عن عمل معين، كما هو الحال بالنسبة للمصنفات التقليدية وإنما برامج الإعلام الآلي هي مصنف خاص بطبيعته ووظائفه والأهداف الخاصة به، مما يستحق رعاية وحماية خاصة لا علاقة لها بما ورد في قانون التأليف.

3- من حيث طبيعتها: باعتبار البرامج ليست تعبير عن فكرة فقط، وإنما هي متعلقة بالجهاز، بحيث لا يمكن استخدامها دون الكمبيوتر، وبالتالي يسعى أصحاب البرامج للحفاظ عليها أو عدم إفشائها للجمهور، نظرا لقيمتها من الناحية التطبيقية.⁽¹⁰⁾ ومن خلال الحجج المقدمة، فإن أصحاب هذا الرأي يرون بضرورة وضع قواعد قانونية خاصة لهذه البرامج، تراعي مصالحهم المختلفة، نظرا لطبيعتها الخاصة.

ومن خلال هذه الدراسة الموجزة، نجد أنه رغم الاختلاف الموجود في إسناد الحماية القانونية لهذا النوع الجديد من الاختراعات بين قوانين حق التأليف، وبراءة الاختراع وقوانين خاصة، إلا أن أغلب التشريعات الوطنية، وكذلك الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية، وكذلك على المستوى الأوروبي، قد اتفقت على إعطاء الحماية لقانون حق المؤلف، باعتبار برامج الحاسب الآلي، مصنفات فكرية، محمية وفق هذا القانون، وذلك ما لمسناه من خلال نصوص المواد، كما سبق ذكره.

وفي الختام، فإن الدول تسعى جاهدة، لوضع الإطار القانوني الأكثر ملائمة مع هذا النوع الجديد من الاختراعات، قصد مواكبة التطور التكنولوجي السريع الذي يشهده العالم وذلك على الصعيد الوطني، وعلى الصعيد الدولي.

10- د. عمر الزاهي، محاضرات في الملكية الفكرية أقيمت على طلبه الماجستير لسنة 2003 (البرامج). ومازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، نفس المرجع السابق، ص 98.

مستقبل الشرعية الدولية

بقلم: الدكتور العشاوي عبد العزيز

- أستاذ محاضر

- كلية الحقوق - جامعة سعد دحلب البليدة

المطلب الأول : أثر النظام الدولي على بعض دول العالم الثالث

الشرعية ، كلمة مشتقة من شرع ، وهي مجموعة القواعد القانونية التي يخضع لها مجتمع ما ، والمقصود هنا المجتمع الدولي .

والدولية INTERNATIONALISME تعني افتراض وجود بناء مجتمع أو أسرة من أم تخضع من الناحية الداخلية لحكم القانون ، وترتبط من الناحية الخارجية بروابط المساواة والعيش في سلام ووفاق ووثام مدني .

والشرعية الدولية بناء على ذلك تعني خضوع الجماعة الدولية لأسس العدالة التي أقرها المجتمع الدولي ، والتي لاتفرق بين دولة قوية وضعيفة وغنية وفقيرة ، وتهدف الى احلال النظام بدلا من الفوضى وحل النزاعات بالطرق السلمية ، وبشكل أوضح مطابقة العمل او التصرف القانوني لأحكام القانون الدولي والتي تتمثل حسب نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في :

1 - الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد تقر بها الدول المتنازعة

صراحة

2- العرف الدولي المقبول بمثابة قانون كما دل عليه التواتر

3- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدينة

4- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين

5- قواعد العدل والانصاف بموافقة الدول المعنية^[1]

لكن الشرعية الفعلية هي شرعية القوة ، وغطرسة القوة ، أو قانون القوة، وبإسم هذه الشرعية حوصرت بلدان عربية واحتلت بلدان عربية واسلامية .

وبتهمة انتهاك الشرعية الدولية بدعم الارهاب الدولي وامتلاك أسلحة الدمار الشامل أعطى أصحاب النظام الدولي لأنفسهم الحق في دعم المعارضة المسلحة وتدعيمها واحتضانها والدفاع عنها ، في حين يتم السكوت عن العدوان الدولي على دول أخرى وحماية احتلال أراضيها وتشريد شعوبها وتعقيد أزماتها وترى الظلم وتعصب عينيها بل وتشجعه وتحميه، فأصبح القانون الدولي يكيل بمكيالين فأثبتت بأنها شرعية جائرة ، حيث أن أصحاب القرار الدولي لا يريدون بناء نظام جديد على قواعد جديدة وواضحة ، وانما ترقيع القديم بجني المكاسب.^[2]

منذ انهيار الاتحاد السوفييتي وحرب الخليج عام 1990 وحرب البوسنة والهرسك وما آلت اليه من جرائم إبادة وتطهير عرقي للمسلمين في جمهوريات يوغسلافيا السابقة، ثم احتلال العراق ، وفرض الحلول السلمية على الشعب الفلسطيني ، وإهمال الشعب الصحراوي ، ومماثلة اجراء الاستفتاء لتجسيد حق تقرير المصير ان هذا النظام يحمل في طياته مخاطر على المنظمة الدولية بصفقتها مستودع الشرعية الدولية

لقد بدأ الانحراف بالشرعية الدولية في حرب الخليج ، حيث تغاضت الأمم المتحدة عن عدوان اسرائيل المستمر على الدول العربية وعدم زجرها وارغامها على احترام الشرعية الدولية الى الوصول الى امتهانها بارغام الفلسطينيين على التفاوض مع اسرائيل من أجل الوصول الى الحكم الذاتي ، في حين ان الشعب الفلسطيني شعب وله الحق في دولة مستقلة ذات سيادة أسوة بالشعب الناميبي والشعب الأرتيري والشعب الفيتنامي والخ

وفي حرب الخليج ، حيث توأطأت الولايات المتحدة الأمريكية في نشوء الأزمة ثم سخرتها واستغلتها لتحقيق اهداف عديدة اهمها : القضاء على العراق كقوة أساسية ودعامة هامة للأمة العربية ، من خلال تدمير منشآته العلمية والنووية لأنها ثورة علمية قومية يمكن الاستفادة منها للأمة العربية ، ثم السيطرة على منابع النفط وفوائده المالية ن وتدعيم اسرائيل وترسيخ أقدامها في المنطقة^[3].

من جهة أخرى وبعد احتلال العراق جرى تقطيع اوصاله الى منطقة كردية في الشمال وشيعية في الجنوب وسنية في الوسط ، ومصادرة سيادتهم ، وهو امر لايمت الى الشرعية بصلة اذ من واجب الدول احترام السيادة الاقليمية ووحدة الأراضي لكل دولة . وباعتراف البتاغون الامريكي ان البنية الأساسية في العراق قد تعرضت لأضرار أثناء حرب الخليج أكثر مما أعلن وما تستوجبه مقتضيات الحرب.

ان انشاء مناطق محظورة على الدولة العراقية الغاء كامل لسيادة تلك الدولة كما جرى في اتفاقية كامب ديفيد بين مصر واسرائيل باقامة مناطق منزوعة السلاح ، او مناطق عازلة تحتلها قوات دولية متعددة الجنسيات ، تستعمل وقت الضرورة في العدوان على الشعوب

تفكيك النظام العربي وتكريس شرعية النظام الاقليمي الذي يقر بشرعية الكيان الصهيوني في فلسطين وجعلها قادرة ومتحمة في النظام الاقليمي العودة الى تحكم الدول الكبرى بما يشبه الحكومة العالمية وتجسد ذلك في العديد من المواقف ،

الأول : ان انفراد واشنطن بالتصرف باسم الشرعية الدولية ، يشكل تعديا على الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي ويؤثر على مصداقية الأمم المتحدة ويحولها الى مجرد جهاز تابع لوزارة الخارجية الأمريكية ويسلب دوره في حل المنازعات والمشكلات ، ويحواله الى هيكل أجوف لاسلطة له وجعله يترنح وهو خطورة على الدول النامية التي ستصبح غابة ، ومنطقة توتر دائم وهو ما تؤكد في تقسيم العراق الى ثلاث مناطق جغرافية.

ان ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية يمثل مروفا صارخا على الشرعية الدولية لمخالفته ميثاق الأمم المتحدة

الثاني : فلقد أرغمت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الغاء قرارها باعتبار الصهيونية مساوية للعنصرية ، وحركة استعمارية تهدد السلم والأمن الدوليين ، والاستمرار في سياستها الابادية للشعب الفلسطيني ، والسيطرة على أراضيه وإقامة المستوطنات وتوسيع القديمة وجلب المستوطنين اليه، لمنع الشعب الفلسطيني من ممارسة حقه في تقرير المصير أو حتى الحكم الذاتي، ورفض تنفيذ أيا من الاتفاقيات بينهم ، ان ذلك يعنى الغاء العديد من القرارات مستقبلا ، الأمر الذي يهز جذور الشرعية الدولية ويقوض منظومة حقوق الانسان^[5]

الفرع الأول : مأساة المسلمين في البوسنة والهرسك

بعد تفكك يوغسلافيا اعلنت البوسنة والهرسك استقلالها والتي يمثل المسلمين فيها اكثر من 70% ن غير ان الصرب والكروات كاقلية قاموا بحرب اباداة ضد المسلمين الذين يجب ان يختفوا من أوروبا ، وانسحبت الجيوش الدولية ، وسحبت الامم المتحدة مراقبيها ليجري الاتفاق بين الصرب والكروات على تقسيم البوسنة فيما بينهم وحرمان الاغلبية المسلمة من حقوقها ، وتقديم المساعدات الاوربية لهم لآباداة المسلمين، وتجويعه وحشده في معسكرات الموت وحرمانهم من مقومات الحياة لقد انتهت المأساة بارغام المسلمين على قبول التقسيم واقامة حكم ذاتي لهم .

ان مواقف الدول العظمى من شأنه أن يحط من قيمة الامم المتحدة ، وانتقال بؤرة لقرار الى الدول العظمى التي ينفرد قطب واحد في تقرير السياسة الدولية وإذا كانت هذه النزاعات ملجومة إلى حد كبير إبان القطبين فقد انفلتت من عقابها بعد انهيار جدار برلين وسقوط الاتحاد السوفيتي ، نتيجة الخلخلة الهائلة التي نشأت في التوازنات الدولية والإقليمية والوطنية ، التي دفعت بالدول العظمى الى إعادة ترتيب

الأوضاع الدولية بما يخدم مصالحها الخاصة ، وفي مقدمة هذه الدول كانت الولايات المتحدة الأمريكية .

تتضمن الدول الكبرى لتحجيم ماعداهاها من الدول الأخرى ، على أساس أنها تمثل العدل والأخلاق . فقد جرى الاستيلاء على أرصدة العراق وليبيا وايران ومنظمة التحرير الفلسطينية والمنظمات الفلسطينية بحجة ممارسة الارهاب الدولي ويتكامل النظام الدولي وتوزع الادوار ، فتكلف الدول الاوربية واليابان بالمهام الثانوية ، وتبقى الاساسية للدولة الامريكية التي لن تسمح بصعود أية قوة أخرى تنافسها ، لأن مصالح أمريكا فوق كل شيء واعتبار ، وأنها كما قال الرئيس نيكسون لا ترغب في أن ترى أمة عربية موحدة ، لن اسرائيل مفضلة لديها عن سائر العرب بأموالهم وبامكاناتهم الاستراتيجية و ثرواتهم الطبيعية.^[6]

الفرع الثاني : منظمة حلف شمال الطلسي :

نعد هذه المنظمة التي أنشئت بمقتضى معاهدة شمال الاطلنطي في 4 افريل من منظمات الكتلة الغربية او المعسكر الغربي، بالمعنى المستقر لذلك في العلاقات الدولية ، ولذلك فهي تضم بجانب دول أوروبا الغربية دولا أخرى خارج اوروبا مثل الولايات المتحدة الأمريكية ن وكندا ، وهي بالمعنى الاقليمي الضيق ليست قاصرة على أوروبا الغربية ، وقد أدى ذلك الى نشوء محاولات فقهية ترمي الى تعريف الاقليمية في دائرة التنظيم الدولي تعريفا يسمح باستقطاب هذه الظاهرة والقول بان الاقليمية لاتعني فقط مجرد الروابط التي تنشأ بين دول متجاورة جغرافيا ، بل يمكن التأكيد بتوافرها اذا كانت المنظمة تربط بين دول متباعدة جغرافيا ، ولكنها متماسكة ايدولوجيا وسياسيا واقتصاديا واجتماعيا ، أي تربطها روابط فكرية وسياسية واقتصادية واجتماعية متشابهة ومتجانسة ن وهذا هو حال الدول الأعضاء في حلف شمال الأطلسي ، وقد زادت اهمية هذا الحلف بعد انهيار حلف وارسو في عام 1991 وتقارب جميع الدول الأوروبية ، مما ساعد على ابرام معاهدة

التعاون والأمن الأوروبي التي بدأ نفاذها في 10 / 11 / 92 مما يؤكد الدور الأوروبي الأمريكي في النظام الدولي ويعيده الى مرحلة الهيمنة الأوروبية.^[7]

ومن ناحية اخرى ، فهناك تساؤل هام عن حقيقة الأحلاف العسكرية ومدى انسجامها مع مبادئ التنظيم الدولي الاقليمي التي أرساها ميثاق الامم المتحدة ، ويرجع هذا التساؤل الى أن ميثاق الامم المتحدة في جملة ابتداء من المقدمة وحتى الأحكام الواردة في الفصلين السابع والثامن منه يهدف الى القضاء على فكرة استعمال القوة في العلاقات الدولية وتحريم حروب الاعتداء ، واذا كانت المنظمات الاقليمية ذات الأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لاتتعارض مع الهدف الأساسي الذي يسعى اليه ميثاق الأمم المتحدة فان الأمر بالنسبة للتنظيمات الاقليمية العسكرية على النقيض ، لأن هذه التنظيمات التي تعرف باسم الأحلاف العسكرية ، قد يؤدي انتشارها الى اضعاف نظام الأمن الجماعي المقرر في ميثاق الامم المتحدة ، لما قد ينشأ عن هذا الانتشار من التنافس بين المناطق العسكرية المختلفة ، الأمر الذي قد ينتهي الى انقسام المجتمع الدولي معسكرات تزيد من حدة التوتر في العلاقات الدولية ، ومحاولة بسط نفوذها السياسي والعسكري على المشكلات الدولية ، ليس فقط في الحدود الاقليمية التي يقع فيها المعسكران المتنازعلان ، بل أيضا على حلول المشكلات الدولية التي تنشأ خارج هذه المناطق . ولقد تأكدت هذه الحقيقة بعد أن واجه المعسكر الشرقي حلف شمال الاطلنطي تكتل عسكري مقابل له هو حلف وارسو^[8]

ويهدف حلف شمال الاطلنطي الى ضمان الحماية العسكرية لدول اوربا الغربية بمساعدة الولايات المتحدة الأمريكية وكندا .

ويلاحظ ان الحلف يرتبط بوسائل عديدة بطائفة من الاتفاقية الدولية ، ولأنها تربط بين عدد من أشخاص القانون الدولي الدول الاعضاء فيها. ومن ثم فهي جزء من العلاقات الدولية لهذه الدول وبهذا المعنى تكون الاحلاف العسكرية احد الموضوعات التي يهتم بها القانون الدولي العام ، ولكن من المؤكد ان التطبيق العملي لنظام الاحلاف العسكرية يقوي من حجج المترددين في اعتبارها من المنظمات الدولية.

الفرع الثالث : إقليمية الجنوب مقابل إقليمية الشمال :

إن موقع أية إقليمية على المدى الفسيح للإقليمية الجديدة يتخذ بدرجة إقليمية المنظمة وبهذا القياس سوف تكون معظم منظمات الجنوب على الجانب المنخفض للإقليمية، في حين تصعد منظمات الشمال في مراتب القياس، ويعود ذلك إلى الفجوة بين الأقاليم الشمالية والجنوبية فمثلا نصيب الفرد من الناتج المحلي الاجمالي بالنسبة إلى البلدان المتقدمة كان بآلاف الدولارات وصل إلى 22161 في حين كان الرقم في الجنوب 18.405 وتكشف الفجوة قدرات المنظمات في الشمال التعاون الاقتصادي وفي الجنوب السيطرة الاقتصادية، وتسيطر منظمات الشمال على التجارة العالمية في حين تسير منظمات الجنوب في أرض مجهولة، وفي حين أقام النظام الأوربي هياكل للتعاون، ويمتد نحو الجنوب لإقامة نظام متوسطي وتحاول الولايات المتحدة إقامة نظام خليجي هشاً وغير مستكمل بسبب غياب العمود الفقري إيران والعراق، وأمام المشاكل المتفاقمة، طرحت جامعة الدول العربية حلاً للتعاون الإقليمي لمنظمات الجنوب يمكن تعاوناً منهجياً وشملاً ويعزز التنظيم الإقليمي، وإن يقوم لأمن التعاوني على التشاور لا على المواجهة وعلى التطمين لا على الردع وعلى التكافل لا على الانفرادية.

ولقد طرح أحد الباحثين فكرة التعاون لحل الأزمات الداخلية، على أساس المعايير الإنسانية للتدخل ودعا على مزارعي إلى فكرة الاستعمار الحميد، وإعادة الاستعمار الذاتي هو الحل بدلا من الاستعمار القادم بصورة مستترة، وعلى الدول إن تقيم مجلس الأمن الاقتصادي، وأن تمنح المنظمات الإقليمية فرصة لصنع القرار في المجلس الاقتصادي والاجتماعي، وإذا ما أخفقت في أداء مهامها، فإن المواجهة والتوتر سوف يسود والأسوأ من ذلك أن البديل للإقليمية الناجحة سيكون تهميش الجنوب.^[10]

المطلب الثاني : دور المنظمات الدولية في الحفاظ على الشرعية الدولية :
 لاشك أن الولايات المتحدة الأمريكية ، أبرز الأعضاء في المنظمات الدولية المتخصصة ، لذلك تعمل على اخضاع هذه الوكالات اما عن طريق افلاسها ماليا ، او اسقاط كبار موظفيها الذين غلبوا ضمائرهم على البقاء في مناصبهم والخنوع لمحاولات ابتزازهم ، ولعل أبلغ مثال لذلك ارغام المدير العام السابق لمنظمة اليونسكو على التخلي عن منصبه وهو عالم افريقي مسلم حاول ان يحافظ على الشرعية الدولية ، وان تكون قرارات اليونسكو متفقة معها ، عندما تصدت المنظمة للاجراءات الاسرائيلية المتعلقة بالمسجد القصى وغيره من التراث العربي الاسلامي في فلسطين . وذلك بهدمها وطمس معالمها ، فانسحبت الولايات المتحدة من اليونسكو وتبعتها بعض الدول الاوربية ، في حين امتنعت دول اوربية اخرى عن سداد التزاماتها المالية ، واتخذت اجراءات مماثلة ضد منظمات العمل الدولية والصحة العالمية والاذغذية والزراعة كلما حاولت الوقوف ضد انتهاكات اسرائيل للشرعية الدولية ، واذا استمرت هذه السياسات فان ذلك قد يؤدي الى ان تفقد الانسانية والمجتمع الدولي صروحا هامة تعمقت جذورها وترسخت انجازاتها منذ النشأة المبكرة للتنظيم الدولي ، مما يشكل معولا هداما للشرعية الدولية والنظام العالمي المؤسس على دعائمها . كما عمل النظام الأمريكي على فرض القادة العسكريين الذين نجحوا في عدوانهم على الشعب العراقي بتعيين رئيس صندوق النقد الدولي ليكمل الحصار على العالم الثالث ، بعدما تلكأت منظمة التجارة العالمية في تنفيذ تلك المهمة .^[1]

الفرع الأول : غموض اهداف النظام الدولي الجديد :

يشهد العالم انماطا جديدة في مرحلة انتقالية تتشكل فيها أنماطا جديدة من العلاقات الدولية ، ومن ثم فان ما تشهده هذه الدورة ليس وضعاً دولياً مستقراً ، وانما جزء من عملية تطور مستمرة لاتزال تاخذ مجراها بحيث يصعب التكهن على وجه اليقين بمستقبل العالم ونظامه في السنوات والعقود القادمة ، الا ان عملية التغير غير المنقطعة هذه تتطلب

تأكيد عد أمور ترقى في رأينا لمرتبة الاساسات التي يجدر ان تحدد ملامح صورة المستقبل ، وعملية التطور لابد ان تكون انسانية المضمون ن فلا تقدم ولا حضارة لانتقل من احترام الانسان وحقوقه وحرياته وكرامته دون تفرقة بسبب لون او دين أو من احترام حقوق الشعوب وحضارتها ومنجزاتها وتحقيق مطالبها العادلة ، وان التعاون الدولي والاعتماد المتبادل على أساس من العدالة والانصاف هما أساس التطور الصحي واقتحام المستقبل ايجابيا ، وان الأمن والسلم الدوليين في ظل التحديات القائمة هما مسئولية جماعية يتحمل الجميع شمالا وجنوبا باعبائها والتزاماتها ، ومن ثم يجب ان يتقاسموا مغانمها ومردوداتها المواتية ، وفي هذا الشأن فلا شك ان الدور المتعاضم لمجلس الأمن الدولي يفرض اعادة النظر في عضويته ونطاق مسئولياته ليكون انعكاسا صادقا للقوى الدولية والاقليمية .^[12]

وان العلاقات الدولية بمفهومها الجديد يجب أن تكون متكاملة في صلبها معقولة في مضمونها ديمقراطية في اطارها ، وعليه فان صياغتها تتطلب المشاركة الجماعية ن حتى تجيء معبرة عن مصالح المجتمع الدولي بمختلف عناصره تتوازن فيها الحقوق والواجبات وتتكامل السلطات والمسئوليات .

الفرع الثاني : قصور النظام الدولي الجديد

ولاشك ان العلاقات الدولية في تطورها الراهن تعكس وعيا اعمق وادراكا أوسع يتداخل المستقبل والمصير ، مثلما تعكس تحركا ثابتا نحو الواقعية في التعامل مع المعضلات القائمة ، الا انها لم تستطع ان تزيل عناصر الشك ومشاعر الاحباط لدى الكثير من الدول وبخاصة في العالم الثالث ، بل ادت الى مضاعفتها في اكثر من موضع وموضوع . واذا كانت بذور التغيير تشير الى انحسار المواجهة العسكرية على المستوى العالمي ، فانها بلورت رواسب موروثه من التوترات الاقليمية والعرقية ، وهي وان طرحت أنماطا جديدة في الموازين من القطبية الثنائية الى القطبية الواحدة ، ربما مرورا الى القطبية

المتعددة فقد حولت معادلة المناقشة بين الشرق والغرب الى معادلة لم تنته صياغتها بعد بين الشمال والجنوب ، حيث لم تتعرض ولا يبدو انها تنوي التعرض بطريقة رشيدة للاختلال التاريخي الهام والهائل بين اقاليم الوفرة واقاليم الندرة، بين اقاليم التقدم والتخلف ، وهناك خشية حقيقية ان تؤدي عملية التغيير الجارية ، ان هي جرت دون ضوابط متفق عليها ، الى تقنين هذا الاختلال ليكون طابعا للنظام الدولي الجديد بكل مايعنيه ذلك من اضطراب وفوضى . هذه الملامح من صور العالم اليوم وارهاسات العالم الغد تعكس مخاوف جدية من سيطرة اللاعدالة واللاتكافؤ في العلاقات الدولية ، سياسية وامنية واقتصادية واجتماعية .^[13]

ومن اهم عناصر بناء العصر الجديد ، ان نجعل من اهداف الميثاق اساسا له ، حتى نكون قادرين وأيضا ضامنين لكفالة العدالة وتعزيز الرقي الاجتماعي ورفع مستوى الحياة في جو افسح من الحرية ، كماقال السيد بطرس غالي في خطته للسلام .

ان هذا في رأي الاستاذ سرحان*بحق ونحن نشايعه ، هو الجوهر الحقيقي للتطور الايجابي ، كما انه الجوهر الحقيقي لأي نظام دولي يحرص على الاستقرار ويستهدف اقامة السلام . ولكن اهداف الميثاق لايمكن أن تتحقق والرغبة العارمة في كفالة العدالة وتعزيز الرقي الاجتماعي والتقدم الاقتصادي لايمكن أن تتبلور ، في عصر تنبعث فيه من جديد مؤشرات عنصرية حادة واخطار تستتأرتهدد حياة بعض المجتمعات ، وارهاسات لعودة التدخل الخارجي في شئون الدول والشعوب ، ومن هنا جاء على رأس الاهداف الأساسية التي ركز عليها الامين العام في خطته : التصدي بالمعنى الاوسع لأعمق أسباب التوتر أي العجز الاقتصادي والاجتماعي .^[14]

ويجدر ان يشكل علاج هذا القصور حجر الزاوية او الاساس في العصر الدولي الجديد . وارتباطا بذلك نشير الى ماقله الامين العام : من الممكن أن نلحظ مفهوما اخلاقيا مشتركا يتزايد في الظهور يشيع بين الشعوب وامم العالم ، ويجد تعبيرا عن نفسه في القوانين الدولية التي يعود نشوء الكثير منها الى جهد الامم المتحدة ان هذه العبارة تشكل في رأي

الاستاذ سرحان نقطة تستلزم التوقف عندها ... نحن في حاجة حقا الى مفهوم اخلاقي مشترك ، فقد بقى العالم يعاني من سياسات التفرقة العنصرية عقودا طويلة ، حتى حانت لحظة او فرصة التخلص منها ، فاذا بصراعات عرقية المغزى تثور دعوات النقاء العرقي تنطلق ، مما يؤكد ان العالم ما يزال يفتقد ثبات هذا المفهوم الاخلاقي المشترك او التطور الصحيح والصحي له . والذي يجب ان يبنى على توافق في الرأي بين مختلف مجتمعاتنا ، على اطار وقواعد تستند الى محصلة التجارب السياسية التي خضناها منذ الحرب العالمية الثانية ، وتحليل ما تم تحقيقه وما لم يتم ، وما اذا كانت الوثائق العاملة في مجال حقوق الانسان قد أدت دورها ام ان الوقت حان لتطويرها او لاستبدالها .^[15]

● ونحن نفتخر باننا من تلامذة المرحوم الدكتور سرحان ننهل من منهل ، و نتبنى مواقفه الوطنية الجريئة وحرصه على وطنه وامتة ودينه ، وسداد رأيه ، وحجية منطقته ،

المطلب الثالث : المفهوم الجديد للشرعية الدولية

طرح المفهوم الجديد للشرعية الدولية ، شرعية استعمال القوة ، باسم التدخل الانساني ، مما أثر على تقييم النظام الدولي الجديد ، وأدى الى نتائج سلبية سنناقشها في الفروع التالية :

الفرع الأول : شرعية التدخل الانساني

سياسة القوة العدوان التي تستند على صياغة قواعد أخلاقية لحل أزمة النزاعات ولم يعد التدخل الانساني لحماية المواطنين الأوروبيين المقيمين في الخارج . وتجاوز التدخل الحصار البحري على الدول التي لم تسدد ديونها لضمان ديون الشركات الدولية.

ثم تطور التدخل الى مبدأ أيزنهاور القائم على صلاحية استخدام القوة العسكرية لضمان التكامل الاقليمي والاستقلال السياسي لأي دولة في الشرق الأوسط وأخذ شكل التضامن الأممي الذي طرحه بريجنيف^[16]

يتسم النظام الدولي الجديد حيث الرأسمالية تعولمت ، والتوازنات الدولية التقليدية التي كانت قائمة على التعايش السلمي إنهارت وإستقرت الأحادية القطبية وترسخت وتنامت قواعد جديدة سبق وأن كانت وإندثرت مع إنهيار الاستعمار. ويوضح الكتاب الأمريكان مثل روبرت كاغان ووليم كريستول اللذين يزدريان القانون والشرعية الدولية ويرى كاغان أن الايمان بالشرعية الدولية وحكم القانون هما من ظواهر الدولة الضعيفة ، بينما الولايات المتحدة لاتخشى الحروب ولا تتقيد بالقيود التي تفرضها المعاهدات والاتفاقيات على الأطراف الموقعة والتي تحد من حرية التحرك لتأمين ماتسميه مصالحها القومية وإن كانت على حساب الغير . ويؤكد كاغان أن القوة هي التي تصنع القانون والحق وبالتالي المبرر للحرب الاستباقية .^[17]

ولم تعد السيادة مقدسة ومشمولة بالحماية القانونية الدولية وباتت مستباحة تحت ذرائع حق التدخل والتدخل الانساني ، ولم تعد الدولة الوطنية قادرة على حفظ بقائها سيدة متماسكة في وجه نتائج العولمة على داخلها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي ، كم أن مسائل الهوية عادت تطرح نفسها بقوة أمام الهزات الشديدة الناجمة عن فعل العولمة والنظام الدولي الجديد.

الدولة الامبراطورية تملك ترسانة صاروخية قادرة على تدمير الكون برمته ، وأسلحة ذكية قادرة على إغتيال وتدمير والوصول الى أي هدف تريده .

لكن الامبراطورية لديها عجز تجاري فهي دولة تستهلك أكثر مما تنتج لذا أصبحت بحاجة ماسة الى العالم الآخر خاصة البترول والمياه ، لذا تمارس القرصنة المفضوحة بفرض الجزية على دول العالم واللجوء الى كافة أساليب البلطجة الدولية.^[18]

لكن هذه الدولة التي تخلق أصدقاء لها من مخلفات الدول الاشتراكية سابقا عاجزة عن تشكل شرعية بديلة للنظام الدولي القائم على الشرعية الدولية ، وخير مثال عجزها على السيطرة على مجلس الأمن الدولي رغم التمتع النوعي بحق الفيتو .

وقد ينقلب السحر على الساحر ، فالديمقراطية الأمريكية المفروضة على دول العالم والتي تتسلح بحقوق الانسان والمجتمع المدني ، قد تسمح لقوى سياسية راديكالية بالوصول للسلطة مثل حركة حماس الاسلامية في فلسطين ، غير أن الدولة الامبراطورية لاتقبل بهذه النتائج ، فردت بسياسات الخنق والحصار والخطف والضغوط لالغاء فعالية ونتائج الانتخابات، فكانت النتيجة أن العولمة لاتأخذ إرادات الشعوب بعين الاعتبار .^[19]

وقد تشكل نهوض قوى دولية مثل الصين التي تتمتع بنمو إقتصادي يفوق بنسبة 7/ وسيوازي الناتج المحلي منتوج أوروبا وأمريكا .إضافة الى ذلك فالصين تحوز قدرات عسكرية هائلة تتجلى في إرادتها السياسية، ودرجة يمكن وصفها بالمنافس الاستراتيجي.

فهل المطلوب التكيف مع هذا النظام الدولي ؟ خاصة وهذا النظام يريد تكريس الدولة الرخوة هل نقبل بنهب الثروات الطبيعية ؟ هل نقبل بفرض دولة عدوانية توسعية تقوم بمهمة تهديم كل ما بني ومصادرة المكاسب التاريخية؟هل سنتخلى عن الطموح نحو الاستقلالية والقبول بوضعية التابع للنظام الدولي.

الفرع الثاني : تقييم النظام الدولي الجديد

لا شك أن التنظيم الدولي بالمعنى الضيق ، يقوم على أساس وجود وحدات قانونية متميزة عن الدول ، وهناك عنصران ضروريان لقيام المنظمة الدولية ، وهما عنصر التنظيم والعنصر الدولي ، والهدف من التنظيم رعاية المصالح المشتركة .

وللمنظمة ارادة مستقلة عن ارادة أعضائها ، ولكن يلاحظ التناقض بين التحليل القانوني لما يجب أن تكون عليه المنظمة الدولية وما وصل اليه العمل بخصوص التطبيق العملي^[20]

غير أن مستقبل الأمين العام للأمم المتحدة السابق بطرس بطرس غالي ، بسبب مواقفه من قضية البوسنة والهرسك ،ومن قضية اللاجئيين الفلسطينيين في قانا حيث أبادت

الطائرات الاسرائيلية اكثر من مائتي انسان بريئ ، ذنبهم انهم التجاوا الى مقر الأمم المتحدة لعلهم يجدون الأمن والأمان ، وعندما قدم بطرس غالي تقريره المكتوب فقد منصبه ثمنا لهذا التقرير.^[21]

واليوم ، كوفي آنان ، الذي عارض موقف الولايات المتحدة الأمريكية في عدوانها على العراق واحتلاله ، واعتبر أن احتلال العراق وغزوه ، غير شرعي ولاقانوني ، وخارج أطر الأمم المتحدة ، التي كانت بعيدة عن كافة أعمال الولايات المتحدة ، والتي لايمكن أن تلبسها ثوب الشرعية الدولية ، ولا تضيف على تصرفاتها في العراق من احتلال وتقسيم ونهب للثروات ، ونهب للطوائف التي كرسها الاستعمار البريطاني قبله ، واقامة كيان كردي في شمال العراق على أساس عرقي ، لتقوم في المنطقة دول الطوائف ، على أساس اثني وعرقي وديني .

ان مستقبل الأمين العام للأمم المتحدة مرتين بمدى انضباطه واطاعته لوزارة الخارجية الأمريكية التي لا ترى في احتلال العراق استعمارا ، بل هو تحرير ، واشاعة للديمقراطية ، وتجسيد لحقوق الانسان ، وتدعيم للمجتمع المدني في المنظور الأمريكي ، ولجعل العراق قاعدة لتأديب سورية وتحجيمها ، واجبارها على الانسحاب من لبنان ، وتطبيق القرار 1559 ومنع الشعب الفلسطيني من ممارسة حقه في تقرير المصير وبناء دولة وطنية مستقلة على ترابه الوطني ، وفرض الحكم الذاتي عليه ، في اطار سلطة وطنية والا فانها ستطبق فحوى تقريرها حول الرشاوى التي تقاضاها نجل الأمين العام للأمم المتحدة^[22]

هل هناك أمل في الأمم المتحدة ؟

تعتبر الأمم المتحدة من أعز أمانينا ومن أكبر طموحاتنا في مجتمع دولي منظم تسوده العدالة والمساواة وينتفي فيه التمييز والاستغلال وتتساوى الدول فكيف يتسنى ذلك لقد قام لفيف من الباحثين العرب في دراسة الأزمة التي تعاني منها منظمة الأمم المتحدة ، والتي تنجم عن مجموعة المشاكل التي تعاني منها الدول ، فتشل أو تنقص من فاعليتها . وتصطدم تلك الطموحات بالواقع المتجمد الذي يحول دون تطوير المنظمة

الدولية بسبب ميثاق الأمم المتحدة الذي يمنع ذلك وهي دخول ألمانيا واليابان مجلس الأمن الدولي لاعادة التوازن المختل في المنظمة.^[23]

وربما يشكل الانفراد بحل النزاعات الدولية من قبل دولة واحدة جوهر المشكلة لذا لا بد من مشاركة عملية في هذا الموضوع .

ان تكون التنمية وطنية نابعة من المصالح الذاتية لكل دولة ، وليس لمصالح الدول الكبرى والشركات المتعددة الجنسيات.

العمل على اقامة مؤسسات دولية جديدة ، لأن المؤسسات القديمة لم تعد صالحة بل عاجزه عن الاسجابة لمصالح الدول النامية .

لقد أدى النظام الدولي المعولم الى تآكل سيادة الدول ، خاصة الاقتصادية والثقافية ، ولم تعد هناك حصانة للدولة ، الأمر الذي فجر المشاعر العرقية والدينية . وأعاد الطائفية والعشائرية والعائلية ، فانشرخت المجتمعات لتنفذ الى مساماتها وبسهولة أفكار العولمة وتجليهاها .

لقد أدى الافراط باستعمال سياسة القوة الى احتواء الصراعات ، لكنه لم يستطع أن يجد حلولا لهذه الأزمات ، وتبقى ثمة حاجة الى تغيير المناخ الذي أنتج الصراع وأبقى عليه^[24]

تشكل البيئة الهم الأكبر الذي يشكل تحديا لوجود الدول بذاتها ، بعد تغير المناخ وارتفاع درجات الحرارة ودخول القطبين المتجمدين مرحلة الذوبان واتساع الفجوة في طبقة الأوزون ، واتساع مساحات التصحر ، وانقراض الغابات تدريجيا ، وتآكل المساحات الخضراء من قبل البناءات الجاهزة ، الأمر الذي يدق ناقوس الخطر ، ويحتم انفاذ الاتفاقات الدولية حول البيئة اعتبارا من استكهولم الى ريودي جانرو الى ، جوهانسبرغ الى بكين^[25]

في زمن العولمة بات القانون الدولي محل تساؤل بعدما راكمت الممارسة الدولية مجموعة من السوابق التي تصب في مجملها اتجاه خرق العديد من مبادئه ، وتشير

البيئرة مفاهيم جديدة تشكل ثورة على العديد من المفاهيم والضوابط التقليدية ومن ضمنها التدخل في الشؤون الداخلية للدول

لقد كان المبدأ ركيزة أساسية لحماية شخصية وسيادة الدول من كل تهديد أو إعتداء خارجي، وفي الآونة الأخيرة كثر التدخل مستغلا الأمم المتحدة .

متحدة بشكل منحرف وتعسفي في أعمال هذه التدخلات من خلال إضفاء الطابع الشرعي عليها. فأضفت عليها تحريفات وتكييفات وتفسيرات منحرفة لهذا الميثاق.

والتدخل يمس صميم سيادة الدول وإستقلالها فيمارس استعمال القوة والضغط والتهديد.^[26]

لقد فرضت العولمة على بعض الدول التنسيق في العديد من المجالات كلفها التنازل عن قسط مهم من سيادتها في سبيل مواجهة التحديات الراهنة .

وأمام ضعف وتراجع المنظمات الدولية والاقليمية ، دخلت الدول الامبراطورية في علاقات تواطؤية مع العديد من الأنظمة لتكريس مصالحها على حساب الشعوب والقانون ، وقد تتدخل بواسطة الشركات الدولية من خلال الاستثمارات فوق ترابها وما تحت ترابها من ثروات وطنية

وأمام هذه المخاطر حاولت الأمم المتحدة التدخل لحماية الدول الضعيفة من خلال الدبلوماسية الوقائية وتكريس مبادئ حقوق الانسان والديمقراطية وفض المنازعات بالطرق السلمية لدرء مخاطر التدخل الأجنبي الذي تكرر في مناطق نائية وضبط بؤر التوتر وإحتواء الانظمة لصالحها مثل لوكربي والبوسنة والهرسك والعراق ولبنان^[27]

وأمام الصمت الدولي ، وإعتبار المبدأ قاصر لا يستجيب للتطورات التي فرضها تطور المجتمع الدولي ولهذا فان المجلس فسر المادة 39 من الميثاق بإصدار مجموعة من القرارات التي تؤسس لنوع جديد من المقاربات التي تمهد لتجاوز المفاهيم التقليدية لمبدأ عدم التدخل فتعاملت مع مجموعة من المشاكل والأزمات الدولية في علاقته بمبدأ عدم التدخل .

فقد طالب المجلس حماية حقوق الأكراد في شمال العراق وكفالة احترام حقوق الانسان والحقوق السياسية

وفي الصومال عام 1993 إستغل المأساة الانسانية الناتجة عن النزاع في الصومال مما يشكل تهديدا للسلم ، لذا فوض بعض الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة التدخل عسكريا لانقاذ المواطنين من الموت جوعا ومنع الصومال من الانتحار الجماعي وهي وضعية وصفها بطرس غالي بأنها غير منصوص عليها في الميثاق.^[28]

وفي هايتي شكلت قوات عسكرية مهمتها إعادة الحكومة الشرعية للسلطة ، وهي مهمة جديدة يمارسها المجلس لوقف الأزمة الانسانية والهجرة الجماعية للسكان وفي كامبوديا قياسا على ناميبيا شكل المجلس هيئة مؤقتة للمحافظة على السلم والاشراف على الانتخابات باتجاه ديمقراطية البلاد .

ان هذه التصرفات المرعبة للدول النامية التي ارتابت بدور المجلس الذي تحول للاعتداء على الشعوب والدول بناء على خلفيات ضيقة.^[29]

لذلك طالب كوفي عنان التوفيق بين مبدأ التدخل الانساني وسيادة الدول وسيادة الشعوب وشكل لجنة دولية قدمت تقريرها عام 2001 أكدت على ثلاث مبادئ :

المبدأ الأول : هو إستخدام مفهوم المسؤولية الدولية للحماية بدل التدخل الانسانية لتجنب السيطرة والهيمنة

المبدأ الثاني: يتعلق في وضع مسؤولية الحماية على المستوى الوطني في يد الدولة الوطنية وعلى المستوى الدولي تحت سلطة مجلس الأمن .

المبدأ الثالث : التدخل لحماية الانسانية يجب أن يتم بجدية وكفاءة وفاعلية وبناء على سلطة مسئولة وهي حماية مؤقتة وإستثنائية لمواجهة ضرر إنساني.

غير أن الواقع يفرض مبدأ رابعا وهو يقضي بالتدخل الانساني لمنع شعب من ممارسة الابادة عليه أثناء النزاعات المسلحة.^[30]

ان القانون الدولي غدا منظما مخلصا للاعدالة الدولية ، بل للفوضى الدولية التي ترتدي قناع النظام والعدالة الدولية وواجب التدخل وحق التدخل وضرورة التدخل والممرات

الانسانية للأكراد في حين رخص لمرات الموت ضد الأكراد من قبل تركيا ، إن هذه الأطروحات تفرغ السلوك من محتواه الأخلاقي ليكتسي أبعادا وخلفيات سياسية وفرض تنازلات معينة تمس في مجملها سيادة الدول .^[31]

إن تدخل مجلس الأمن في قضية لوكربي خلط السياسة بالقانون وسمح لأمريكا التي خلطت بين الدور الأمم والأمريكي بالتحكم في مجريات القضية وفرض إملاءات على ليبيا أفرغتها من سيادتها.

لقد أثار التدخل إشكالات قانونية تعد في مجملها أنحرافا عن القاعدة الأصلية بإسم الانسانية حيث قدمت مشروعات ومساعدات إنسانية مشروطة بتنازلات معينة تمس في مجملها سيادة الدول ، وتختفي وراء حقوق الانسان والديمقراطية التي تخفي خلفيات سياسية ، حيث بات مجلس الأمن الدولي آلية لتبرير تدخلات العديد من القوى الكبرى وبسط هيمنتها وتكريس سياساتها دوليا ، لقد فرض مجلس الأمن عقوبات زجرية على ليبيا لسنوات عدة .

وتصنف أمريكا الدول الى مارقة ومحور الشر فتوقع عقوبات زجرية عليها بحجة الدفاع الشرعي ثم إنتقلت الى أسلوب الدفاع والردع الى أسلوب الهجوم وتوجيه ضربات الى تلك الدول المارقة ، ووصلت الى استخدام القوة المسلحة للقضاء على تهديد ملفق او متخيل بحيث يبدو اصطلاح وقائي وكأنه عمل عظيم مع العلم أن الحرب الوقائية قد أديننت بكل بساطة ودمغت بالجريمة الدولية في محاكم نورمبرج ، وتبرر أمريكا موقفها بعد الحادي عشر من سبتمبر أن هذه الدول المارقة قد تمتلك أسلحة الدمار الشامل وتهاجم الولايات المتحدة ، لذا لا بد من إستباقها بضربات وقائية.^[32]

فالتدخل بإسم الانسانية او الديمقراطية وحقوق الانسان والمجتمع المدني أصبح يثير مخاطر وإشكاليات عديدة ، فعلى الرغم من إقرار الفقه وقبول التدخل كامر واقع فإن هناك العديد من الاشكاليات التي يمكن طرحها ، فكيف نسوغ لنظام ديكتاتوري طلب التدخل بإسم الانسانية وإستعمال القوة وإحداث كوارث إنسانية لاتقل خطورة عن

القائمة ، وإختل التوازن بين حقوق الفرد وحقوق الدولة وحل رعب وجرائم وإبادة وتفتيت للأوطان وإقامة حدود الطوائف والعائلية والعرقية أكثر مما كان سائدا إبان النظام الشمولي السابق.^[33]

الفرع الثالث : نتائج التدخل الانساني

اولاً : ماهية التدخل الانساني

يقرر ميثاق الأمم المتحدة في المادة 7/2 عدم جواز تدخل المنظمة في الشؤون الداخلية للدول، بعد أن ذلك لم يمنع العديد من الدول في الاحتجاج بالاعتبارات الإنسانية كتدخل الفيتنامي في كمبوديا، ويهدف هذا التدخل إلى وقف الممارسات القمعية ضد الإنسان والتي تصل إلى استهداف حياته.

وبدورها قامت الأمم المتحدة بالعديد من التدخلات بوصفها تدخلا إنسانيا تستهدف حماية حقوق الإنسان سواء بقرار من مجلس الأمن الدولي والذي اتخذ تدابير سياسية أو عسكرية أو اقتصادية أو دبلوماسية ويستهدف هذا التصرف الإهتمام بكرامة الإنسان وتعزيز ماله من حقوق إنسانية وحرية أساسية.

والتدخل الإنساني، يعني أن حقوق الإنسان لم تعد علاقة الدولة بمواطنيها، وليست من صميم إختصاصها الداخلي، بل أصبحت من دائرة إهتمام القانون الدولي العام.

وإستهدفت الحماية أولا الاقليات العرقية والدينية ، على أساس التسامح الديني والإعتراف لها بحرية الممارسة لشعائرها وطقوسها الدينية، والتي تكسرت في إتفاقية وستفاليا عام 1648 التي قررت حرية العبادة وتطور الأمور إلى أن الدول الضعيفة قد سمحت للدول القوية بحرية التدخل لحماية فئات دينية مثل المسيحيين في الإمبراطورية العثمانية، ثم توسع الأمر ليتعدى إلى الحقوق المدنية والسياسية كالحفاظ على الحقوق الوطنية والقومية في بولونيا، وإلغاء كل تمييز في المعاملة لأسباب دينية ووصل التدخل إلى إستعمال القوة المسلحة لحماية بعض الفئات كالمسيحيين الموارنة في المجازر على

أيدي طوائف أخرى في لبنان عام 1860، الأمر الذي كشف روح التكبر والاستعلاء من قبل الدول الكبرى ولقد ساند الفقه التقليدي المبدأ، لحماية الأقليات المسيحية التي يعاني بعضها من الظلم الاضطهاد والتمييز القوميين.^[34]

ثم تطور لدى آخرين إلى ضرورة حماية فئة أو أي شعب مضطهد يطلب المساعدة من القوى الأجنبية، بهدف حماية النظام العام الدولي ودفاعا عن المصلحة الإنسانية التي أضررت من جراء التجاوزات البربرية، التي أفرطت في الظلم والقسوة التي تمارسه ضد الجماعات السكانية، والازدراء للقوانين المتحضرة وبقي التدخل الإنساني محصوراً في نطاق التدخل لحماية الأقليات، إلى أن أوكل رسمياً لعصبة الأمم فصار الموضوع يهم الجماعة الدولية، كما كانت من الأسباب المولدة للحرب العالمية الأولى الأمر الذي يهتم بوجود قواعد دولية لحماية حقوق الأقليات، وخشية أن يؤدي اضطهادها لتعريض السلام الدولي للخطر أقرت الوثائق الدولية بعض الحقوق لأقليات، مثل الجنسية، والحقوق الدينية، والمساواة واللغة وأصبح لمجلس العصبة سلطة التدخل عند حدوث إنتهاك للالتزامات المنصوص عليها لحماية الأقليات.^[35]

ثانياً : التدخل الإنساني ما بعد الحرب العالمية الثانية :

لم يقتصر الميثاق على فئة معينة، بل إتجه لمجازة مبدأ السيادة الوطنية، ليؤكد من جديد إيمان المنظمة بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره، وعلى تعزيز حقوق الإنسان بالتعاون الدولي حل المشاكل التي تتعرض حقوق الإنسان.

لذا اختلف الفقه الدولي، حول ماهية التدخل الإنساني، فمن يراه من زاوية ضيقة، ومن ينظر إليه من زاوية أوسع، ونقصد بالمفهوم الضيق الذي طرح إستعمال القوة المسلحة لحماية مجموعة من أخطار جسمية، مثل ترحيلهم أو تعريضهم لخطر الموت، ويقف وراء هذا الدكتور محمد حافظ غانم والدكتور محمد مصطفى يونس الذي يوافق على استخدام القوة ضد الدولة التي تمارس أعمال القسوة والتعذيب والإبادة ضد الإنسان وبشكل

يصدّم الضمير الإنساني، ونظرا إلى أن عجز الوسائل السياسية عن تحقيق الأهداف المنشودة، وفي حين يرى جماعة المفهوم الواسع كاستخدام وسائل الضغط الأساسي أو الدبلوماسي أو الاقتصادي أو وقف المساعدات الإنسانية أو توقيع جزاءات تجارية، وأخيرا إمكانية اللجوء إلى القوة المسلحة ضد الدولة التي ينسب إليها انتهاك حقوق الإنسان.^[36]

ومن جهة أخرى يمكن تنظيم حملات صحفية، وفرض قيود على بيع الأسلحة، و منع إرسال مواد إغاثية.

ثالثا : دراسة تطبيقية لواقع التدخل الدولي الإنساني

1 - : تدخل الأمم المتحدة غير المسلح لأغراض إنسانية

تعتبر الجمعية العامة في عناقها مع الشعوب، من أكثر الأجهزة إصدارا للقرارات التي تتعرض لحقوق الإنسان ن من خلال المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي يشكل لجنة حقوق الإنسان والتي توصي دول الأعضاء وترفع تقاريرها إلى الجمعية العامة، وإلى مجلس الأمن الدولي وبهذا تتدخل الأمم المتحدة بأية مسألة، والتي لم تعد إختصاصاً محلياً، وأبرز مثال الاتحاد من أجل السلم في كوريا.

2 - : تدخل مجلس الأمن لاعتبارات إنسانية لسياسة التمييز العنصري في جنوب

إفريقيا وتقرر المقاطعة الاقتصادية.^[37]

من جهة أخرى تصدى المجلس للاعتداءات الإسرائيلية على المجلس الأقصى فأدان أعمال العنف وطالب القوات الإسرائيلية بالوفاء بالتزاماتها ومسئوليتها القانونية وإرسال بعثة لتقصي الحقائق.

3 - : المجلس الإقتصادي والإجتماعي، وتدخله لاعتبارات إنسانية:

يمكن القول أن الجهاز الحي الفعال الذي يمارس اختصاصاته، هو المجلس من خلال لجنة حقوق الإنسان والتي تنتخب لمدة أربع أعوام ويبلغ عدد أعضائه 41 عضوا وتكلف

بالرد على شكاوى الأفراد، حول انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان، ثم تفرع عنها لجنة فرعية لمكافحة التفرقة العنصرية وحماية الأقليات وتستند اللجنة في عملها إلى الاتفاقيتين الدوليتين لحقوق الإنسان 1966 وإلى الاتفاقات الأربع لجنييف لحماية المدنيين وقت الحرب 1949 وإلى البروتوكول الملحقين بها 1977.

ولا يعتبر عمل اللجنة تدخلا في الشؤون الداخلية للدول لأنها لا تعدو أكثر من توصيات للدول.^[38]

4- تدخل الأمم المتحدة في يوغوسلافيا لأغراض إنسانية

نظرا لارتكاب جرائم التطهير العرقي في يوغوسلافيا حيث تلازم ذلك مع جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لذلك تم إنشاء قوة حماية الأمم المتحدة لوضع حد للنزاع القائم عن طريق الفصل بين الفريقين المتحاربين وإعادة فتح مطار سراييفو لإيصال المساعدات الإنسانية وإدارتها ثم تطورت لمراقبة إطلاق النار بين الأطراف المتصارعة ثم بدأت تتلقى المساعدات الإنسانية من الدول، ثم تطورت الممارسة العملية لتدخل الدول عسكريا لأغراض إنسانية.

شهدت الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية قيام العديد من الدول بتنفيذ تدخلات عسكرية بدعوى حماية حقوق الإنسان، مما أثار جدلا حول شرعية هذا التدخل ، وأهم التدخلات المسلحة التي تم تنفيذها بعد الحرب العالمية الثانية لاعتبارات إنسانية.^[39]

الأصل أن التدخل ممنوع في ميثاق الدولي، واستخدام القوة غير مشروع، غير أن هذه التدخلات حصلت لضمان إحترام حقوق الإنسان، وخاصة حق الحياة، وقد لقيت هذه التدخلات رفضاً وقبولاً من الشعوب والدول والرأي العام العالمي، ومن المنظمات الدولية فمثلا تدخل فرنسا في شابا عام 1978 لقي استحسان وزراء خارجية الدول الأوربية في حين وصف من آخرين أنه تدخل وغزو ذو طبيعة إستعمارية، وكذا أدين تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في غر ونادا، لكن مجلس الأمن الدولي فشل في إدانة التدخل، وقد يستند التدخل إلى اتفاق دولي، فيعتبر حينئذ تدخلا شرعيا، أما حيث لا يوجد مثل هذا

الاتفاق فلا يعتبر شرعياً، وهناك من الفقهاء من يؤيده استناداً إلى المادة 4/2 من ميثاق والتي يأتي التدخل استثناءً فما هي شرعيته؟^[40]

يرى العديد من الفقهاء أنه إذا فشل مجلس الأمن الدولي في المحافظة على السلم والأمن الدولي لا بد وأن يؤدي إلى تحلل الدول الأعضاء والتزاماتها المنبثقة عن المادة 4/2 من الميثاق التي فقدت مصداقيتها.

من جهة أخرى يرى إتجاه تقليدي غربي يتشدد بالقواعد الإمرة التي تم المادة 4/2 من شأنه أن يفوض أركان المجتمع الدولي وتذهب كل النظم والترتيبات إدراج الرياح.

غير أن هذا الإتجاه تناسى إصرار الدول في استخدام الفيتو الذي حال بين مجلس الأمن وبين ممارسة إختصاصاته بالشكل الذي يمنع من الاعتداء على هذه المادة.

غير أن التدخل الإنساني، قد يكتسي طابعاً مؤقتاً فيكتسب شرعيته نظراً لانتقاء النيل من الاستقلال والسلامة الإقليمية، ويحقق الضمان الفعلي لحقوق الإنسان الأمر الذي يفرض شرعيته والاعتراف بها، ونرى حقا أن احترام حقوق الإنسان يمثل واحد من الأهداف السامية التي يحسن الأمم المتحدة أن تحققها، وأن المحافظة على السلم والأمن الدوليين كهدف رئيسي الذي نشأت الأمم المتحدة من أجله والذي لا يجوز التضحية من أجل أي هدف آخر، إذ أن العلاقة حتمية بين تعزيز احترام حقوق الإنسان والمحافظة على السلم والأمن الدوليين، لذا نخلص إلى شرعية التدخل الإنساني لضمان حقوق الإنسان، وليس لاعتبارات سياسية أخرى.^[41]

ويمكن أن تجد أساسها القانوني في تدابير الأمن الجماعي التي تتخذها الدول والتي يأمر مجلس الأمن بها باتخاذ تدبير أمن جماعية وقمع اعتداءات تهدد السلم والأمن الدوليين استناداً إلى المادة 42 تماماً كما هو الحال في يوغسلافيا، والذي كان يجب أن يكون في فلسطين كما حدث في الصومال والموزمبيق ن حتى يشاع في العالم نظام دولي إنساني، يفرض سيادة مقيدة مرنة بدلا من عودة السيادة لمطلقة المستندة إلى القوة.^[42]

الفرع الرابع : تطور التدخل الإنساني

عدم التدخل من القواعد الدولية الآمرة ومن النظام العام الدولي، وتلتزم به جميع الدول كبيرة أم صغيرة وبذا يتصف بالعالمية، كما يفرض التزاما على جميع الدول بالامتناع عن التدخل وبالتالي فإن التدخل عمل غير مشروع لان المبدأ يهدف حماية المصلحة العامة للمجتمع الدولي وكل انتهاك له يعتبر مساسا بالمصلحة الدولية ويعرض السلم الدولي للخطر وتبدو الصفة الآمرة لمبدأ عدم التدخل فكيف يتسنى التدخل الانساني ؟ وكيف يمكن له أن يلوي ذراع قاعدة أمره؟

بدأ التدخل الانساني بحماية الأقليات وحقهم في ممارسة شعائرهم الدينية، وكرس ذلك باتفاقيات دولية اعتبارا من اتفاقية ويستفاليا 1648.

غير أن هذا التدخل تعدى إلى حد التدخل عسكريا لصالح تلك الاقليات التي تعاني الظلم والاضطهاد، فقد تدخلت فرنسا لحماية المسيحيين من الاضطهاد في سورية ولبنان، وقد بارك العديد من الفقهاء هذا التدخل باعتباره ضروري للمحافظة على النظام العام الدولي، ولمصلحة الانسانية عامة التي اضيرت من جراء تلك التجاوزات الدبرية او الحكم القهري، لذا اهتمت عصبة الأمم بموضوع الاقليات وعملت على حمايتهم.^[43]

غير أن الأمم المتحدة تجاوزت حدود الاقليات ليتوجه إلى دولة متهمة بأعمال القسوة والتعذيب ضد مواطنيها بطريقة فيها انكار لحقوقهم الانسانية الاساسية وبشكل يصدم الضمير الانساني، وانقاذهم من خطر محقق يحتم حماية ارواحهم، ولإعمال التدخل الانساني لابد من استعمال القوة المسلحة نظرا لأن القوة غير العسكرية تحتاج إلى وقت طويل لكي تحقق اهدافها الخاصة بانقاذ حياة الافراد الذين يتعرضون في بلدان لخطر الموت ولا تستقيم مع ذلك الوسائل السياسية والاقتصادية.

ويرى البعض، إن الانتهاك الجسيم والمتكرر لحقوق الإنسان، وبغض النظر عن اية اعتبارات تعود إلى العرق او الجنس او الدين او الثقافة، لذا يأتي استعمال القوة المسلحة حلا مقبولا في هذا المجال.

ولما كانت حقوق الإنسان تراثاً مشتركاً للإنسانية جمعاء فإن حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية المنصوص عليها في المادة 2/7 من الميثاق كما يرى الاستاذ ميشيل فيرالي كقاعدة عرفية نشأت وتكونت من خلال إبرام العديد من الوثائق الدولية، يأتي التدخل الإنساني استثناءً على هذه القاعدة.

ولم يعد التدخل الإنساني قاصراً على استعمال القوة المسلحة أو التهديد بها، بل صار في هذا الامكان اجراءه باية وسيلة اخرى سياسية كانت ام اقتصادية او دبلوماسية.

ومن أولى السياسات استخدام الاكراه، فعندما تستخدم دولة الاكراه السياسي او الاقتصادي او الاجتماعي او الثقافي، فإن الطرف الآخر يستعمل الاكراه او الجبر او الانزام او التدابير او الاجراءات الاقتصادية او الدبلوماسية والتي تعتبر من صميم اختصاص الدول، الامر الذي يسمح لاجهزة الأمم المتحدة بممارسة هذه الاختصاصات لمصلحة السلم والامن الدوليين، وتشكل حقوق الإنسان أولى المجالات المحجوزة للدول.

وتكتسب بعض حقوق الإنسان طبيعة مماثلة لتلك الطبيعة التي تتمتع بها الحقوق الآمرة، أي الحقوق التي تكتسب أهمية خاصة بالنسبة للجماعة الدولية ويتم التعبير عنها من خلال القواعد الدولية الآمرة وتتميز هذه القواعد باعتراف جميع أو السواد الاعظم من الدول – أعضاء الجماعة الدولية بأهميتها في المحافظة على أسس تنظيم المجتمع الدولي الأمر الذي يجعل من الصعب التغاضي عن تطبيقها أو السماح بانتهاكها أو الاعتداء عليها. وتتفق العديد من الدول على اعتبار الحق في الحياة ومنع التعذيب والمعاملة اللانسانية أو المهينة أو الحاطة من الكرامة الانسانية، حظر الاسترقاق والعبودية، وهو الأمر الذي كرسه محكمة العدل الدولية في موضوع الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين للولايات المتحدة الأمريكية فقالت المحكمة: إن تجريد البشر من حريتهم وتعريضهم للاكراه الجسماني لايتفق ومبادئ الأمم المتحدة وكذا الحقوق الاساسية الواردة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.^[44]

قرر المعهد الدولي لحقوق الإنسان، بأن الدولة التي تنتهك حقوق الإنسان لاتستطيع الاختفاء وراء الحقوق السيادية للدول، لأن التدابير الأخرى التي تتخذها الدول للرد على انتهاكات حقوق الإنسان سواء كانت إجراءات فردية أو جماعية، لا يمكن اعتبارها تدخلا غير مشروع في الشؤون الداخلية للدول التي اقترفت هذه الانتهاكات ومن هذه الحقوق، المدنية والسياسية او حقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية خاصة تلك التي تنبثق عن قواعد أسرة.

ومن جهة أخرى فان الدول لم تعد قادرة وراء الاختفاء بالسيادة المطلقة التي باتت مرنة ومقيدة حيث أن حقوق الإنسان أصبحت من التراث المشترك للانسانية ووجود التزام دولي يفرض على الدول إحترام هذه الحقوق وعدم الاعتداء عليها ويجد هذا الالتزام بوجود اتفاقية دولية من جهة ولوجود القواعد الدولية الآمرة التي لاتسمح للدول بان تنص في تشريعاتها الخاصة بما يمس حقوق الإنسان^[45]

الفرع الخامس : التدخلات غير العسكرية للدفاع عن حقوق الإنسان
اولت الجمعية العامة للأمم المتحدة اهتماما نوعيا بحقوق الإنسان سواء من خلال مسئوليتها عن الاقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي، او في مواجهة التمييز العنصري. ومن جهة اخرى اتخذت اجراءات عملية مثل خلق اجهزة قانونية كلجنة حقوق الإنسان التي سمح لها بالتدخل في صميم اختصاص الدول مهما كانت كبيرة أم صغيرة. وتشكل قرارات الجمعية العامة سنويا كقوة قانونية ملزمة لايستطيع احد التشكيك بها اعتبارا من قرار الاتحاد من اجل السلم إلى الحق في التنمية إلى حماية الطفل والمرأة الخ.^[46]

أما مجلس الامن الدولي، فقد اتخذ العديد من القرارات ابتداء من محاصرة النظام العنصري في جنوب افريقيا، إلى تشكيل مجلس الأمم المتحدة في ناميبيا . وتتميز قرارات مجلس الامن الدولي بالقوة القانونية الملزمة نظرا لتربطها بتحقيق السلم والامن الدوليين.

أولا : الممارسة العملية للتدخل الانساني من خلال استخدام القوة المسلحة : لكي ترسي الأمم المتحدة نظاما انسانيا جديدا اعترفت به محكمة العدل الدولية بوجود حق او واجب بالمساعدة الانسانية فما قامت به قوات حفظ السلام في الكونغو وفي قبرص وفي يوغسلافيا سابقا والذي ارتكبت فيه جرائم ضد الانسانية عرفت بجرائم التطهير العرقي ضد المسلمين مثل الترحيل القسري.

من جهة اخرى شكل تدخل الأمم المتحدة في الصومال بين الطوائف والعشائر المتناحرة للسيطرة على مقدرات الدولة المنهارة، الامر الذي اوصل الشعب الصومالي إلى حالة المجاعة والجفاف والقحط الشديدين. لذا جاء تدخل الأمم المتحدة لايصال المساعدات الانسانية

ثانيا : تدخل الأمم المتحدة في موزمبيق لاغراض انسانية : ويشكل التدخل العسكري لتحقيق اغراض سياسية وعسكرية وانسانية وان تاتي التدخلات العسكرية لحماية الاغراض الانسانية^[47]

ثالثا : تدخل الأمم المتحدة في كردستان العراق عام 1991 : آلت الحرب في العراق بعد اخراج القوات العراقية من الكويت إلى تمرد شيعي كردي ضد النظام القائم الذي رد بعنف على حالات الانشقاق واقامة كيانات طائفية في العراق، مما دفع الأمم المتحدة للتدخل لحماية الافراد الذين يقعون ضحية القمع ويقومون بالنزوح الجماعي إلى الدول المجاورة.

غير أن هذا التدخل قد انحرف عن اتجاهاته الانسانية إلى اتجاهات سياسية تهدف إلى تحويل التدخل الانساني واستغلال واقع الشعوب الصعبة للاستغلال واقامة كيانات طائفية تقوم على الاعراق النقية وترحيل السكان اذ تقول مصادر الأمم المتحدة بان السلطات الكردية قامت بترحيل أكثر من مائة الف عربي كانوا يعيشون في شمال العراق،

و في ابطت توصيف قانوني له، انه تطهير عرقي شبيه بما حدث في يوغسلافيا المفككة، بل واقامة قواعد اجنبية كمركز للعدوان والتوسع على شعوب المنطقة المجاورة، وبما تنطوي عليه من تهديد مستقبلي على السلم والامن الدوليين، واقامة كيان عنصري في شمال العراق يشبه الكيان الصهيوني في فلسطين. واعادة الاستعمار بحلة جديدة في زمن العولمة. [48]

المطلب السادس : التدخل الانساني شرعية جديدة للاستعمار
التدخل ظاهرة قديمة لها علاقة بالتنافس والصراع من اجل النفوذ والثراء وقد يكون في ذلك حكمة ونحن المسلمون نتلو في القرآن الكريم ~ ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ~ فالحياة دفاعات وصراعات
لكن الصراع المفيد هو صراع الخير ، صراع القوة الخيرة فيما بينها للتنافس على الخير لا على الدمار وارتكاب الجرائم الشنعاء .

وفي عام 1927 اعتبرت العصابة أن العدوان المسلح جريمة دولية ثم قامت الأمم المتحدة ومنعت التدخل في الشؤون الداخلية للدول في المادة الثانية الفقرة السابعة.
ولكن التدخل قد يفرض ويصبح حتميا وإستثنائيا ، فكيف نضمن عدالة تلك الشرعية واقعيًا وموافقها مع مصالح الدول المتدخلة في شؤون الدول الخاضعة للتدخل .
كيف نقرن بين التدخل وحماية حقوق الانسان ، وحق الشعوب في تقرير مصيرها وكيف يمكن ان نجنب التدخل استعمال اسلحة الدمار الشامل. [49]

الفرع الأول : التدخل أداة لتطور الاستعمار خلال الفترة السابقة
ارتكزت العقيدة الليبرالية على مبادئ الحرية الفردية والديمقراطية وفصل السلطتين الدينية والدنيوية وتوظيف العلم التجريبي ، ويرى في التدخل المشروع والاستعمار الواجب ، وكان التدخل تكريسا للحرية الفردية وهو المجتمع الغالب الذي يجب ان يسود وتعلن وصايتها على الاخرين في المستعمرات. [50]

أولا : التدخل أعطى شرعية جديدة للاستعمار

كانت الحرب عادلة ونتائجها منطقية وبموجبها يمكن اللجوء الى القوة ، والتعسف في استعمال الحق تحت حجة الأغراض الانسانية والتي تمارس على الدول الصغرى ومن قبل الدول الكبرى ، فقد خاضها نابليون بونابرت لفرض السيطرة ونقل أفكار الثورة الفرنسية ثم طرح بسمارك واجب تمديد الدول المتأخرة وعليه فلأمة ذات صناعة وتجارة أن تعمل جاهدة أكثر من غيرها على تأمين المنافذ لعمالها ولرجالاتها في مجال الفكر والمال ، وبهذا إكتسى الاستعمار بعدا انسانيا وحضاريا لأن للأجناس العليا حقا تفرضه على الأجناس السفلى بتمدينها.

واعتمدت العلاقات بين الأمم على قانون الأقوى هو الأفضل ، فأضفى صفة العدل على الحروب ، وإستعملت القوة لاسترداد الديون أ وإعترف بحق التدخل ، وفرض التشريع الغربي نفسه على الكون الذي ينتهك حقوق الدول الصغيرة^[51]

ثم جاء العصر الحالي وإتسم بالغموض الذي يفسر المعاني تفسيراً تضليلياً يخفي المقصود ومنها مصطلح الشرعية ، وهو أداة بيد صاحب السلطة ينظم مسائل سيادة القانون ، ويبرم الاتفاقيات الدولية بين الغالب والمغلوب ، ويقر حقوق الانسان كذريعة وستار للتدخل مثل التدخل لتخليص قبر المسيح من الكفرة أو التدخل لحماية المسيحيين المضطهدين والسماح بالهجرة من بلد لآخر خاصة اليهود، أو تحرير بلد من غزو وحشد وراءها أكثر من ثلاثين بلد في سبيل الوصول الى منابع النفط فأصبح التدخل الأجنبي حقا مشروعا^[52]

لقد كرس ميثاق الأمم المتحدة مبدأ عدم التدخل ووسمه بالقاعدة الآمرة ، فالتدخل هنا ليس الاممارسة سياسية غير مشروعة ومخالفة للقانون لما ينطوي عليه من استعمال غير مشروع للقوة وإنتهاك سيادة دولة وشعب

وانا كانت الغاية تبرر الوسيلة فانه أكثر من ذلك يدفع الى التساؤل عما اذا كان التدخل من أجل حقوق الانسان يتجه مستقبلا كما يقول فارير نحو وضع اطار للصراع بين الشمال والجنوب يبرر استعمارا جديدا ذي جوانب اقتصادية وسياسية.

والتخل الانساني له مظاهره التاريخية ، فقد حدث أن تدخلت فرنسا 1860 لوقف المجازر التي يتعرض لها المسيحيون الموارنة على يد الدروز في لبنان، وإعتبره البعض مشروعا لأنه دافعا عن الانسانية فيعطي الحق لدولة أن تتدخل باسم مجتمع الأمم لوقف الاعتداء أو منع تكراره ، وبهذا ترخص حماية حقوق الانسان وتمنح شرعية استعمال القوة للدفاع عن النفس. والتدخل هذا شرعية استثنائية يمكن أن تعتمد على حالة الضرورة يكتسبها عمل يهدف الى حماية مصلحة أساسية للانسانية ، تفرضه جوانب أخلاقية وانسانية ، وما ينطوي عليه من مخاطر تستغلها الدول الكبرى لتحديد معايير التدخل وأهدافه وبهذا تركز قانون الأقوى.^[53]

لقد كان هذا المبرر للتدخل في الدومينيكان عام 1965 حيلة للحفاظ على الأمن القومي الأمريكي من خطر الشيوعية وهو الذي فتح الطريق لاعادة استعمال حق الدفاع الوقائي الذي استعملته اسرائيل لضرب مفاعل تموز العراقي لما يشكله من خطر مستقبلي على أمن وسلامة اسرائيل.

ومثل التدخل في نيكاراغوا حيث جرى تلغيم الموانئ والحصار الاقتصادي أقرب مثال على ذلك ، وقنبلة الأراضي الليبية ردا على تفجير ملهى ليلي في ألمانيا دافعا عن الأمن القومي الأمريكي ، الأمر الذي يعيد الى الأذهان فكرة الحرب العادلة التي تنفي أية اعتبارات مضمنة في ميثاق الأمم المتحدة والتي أسمتها لجنة القانون الدولي فيما بعد التدابير المضادة وهي التي تتوافق مع التدابير الأمريكية والاسرائيلية على السواء والتي لايشترط فيها وجود خطر حالي وفعلي ، بل يمكن أن يكون الخطر احتماليا ، وهي في حقيقتها أعمال انتقامية لم يعد يعمل بها منذ عام 1934 والتي تتعارض مع اهداف ومبادئ الأمم المتحدة وهو واجهة مقنعة لتبرير العدوان ما يراه شومون.^[54]

ويتناقض مع مواقف الشرعية الدولية التي ترى في التدخل ألا ينتهك حق الشعوب في تقرير مصيرها والاحترام المطلق لحقوق الانسان والحريات الأساسية الانسانية وإفانها يتحول الى ضغط خارجي مثلا عندما تدعي الحكومة أنها تستجيب لطلبات المعارضة

والثوار قوات الكونترا في نيكاراغو وهو في حقيقته دعم جماعات الكونترا المناهضين لحكومة تتبنى نهجا ايديولوجيا مخالفا للاختيار الأمريكي ، مما دفع محكمة العدل الدولية لاعتباره تدخلا سافرا لما يسفر عن نشاطات مسلحة مستقبلا تخريبية او ارهابية او مساعدتها وتمويلها وتشجيعها لتغيير نظام الحكم.^[55]

ويتناقض مع حرية الدولة في اختيار نظامها السياسي والاقتصادي ، وانتهاك للمبدأ الذي كرسته لجنة القانون الدولي في مسئولية الدولة بأنه خرق خطير لواجب دولي ذي أهمية أساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين مثل واجب الامتناع عن العدوان لكي لا تصبح السياسة الخارجية صراعا بين الحقيقة والخطأ ، وإنما صراعا بين السلطان والسلطان وهو تدخل هدام أكثر مما هو تدخل بناء سيفضي الى تقويض إرادة شعب بدمقرطة الأنظمة السياسية بالقوة وفرض نظام اقتصاد السوق الأمر الذي وضع كثير من المفاهيم السائدة في المجتمع الدولي محط التباس وتشويه مثل الديمقراطية والسيادة وحقوق الانسان وتقرير المصير والتنمية وهي أسلحة قانونية للتدخل الاقتصادي.^[56]

ثانيا : التدخل الاقتصادي

وهي عمليات بعيدة عن العمل العسكري ترتدي طابع الانتقام وذات طبيعة اقتصادية مثل منعها من الحصول على القروض الدولية التي لاغنى عنها لضمان الاستقرار السياسي والاقتصادي او نقل التكنولوجيا لها او المعدات العسكرية او منع المنتجات من الوصول الى الأسواق ، انها حرب اقتصادية بغية تغيير نظام الحكم السياسي بعدما يحدث شللا اقتصاديا واجتماعيا يمهد الطريق لانقلاب عسكري مدعم كما يحدث في فنيزويلا منذ وصول الرئيس شافيز الى السلطة وإتخاذة مواقف مناهضة للولايات المتحدة الأمريكية ان التدخل الاقتصادي فرع من التدخل في الشؤون الداخلية وليس عملا من أعمال اللجوء الى القوة ، وهو أسلوب ردعي أكثر نجاعة من التدخل العسكري مثل قانون السكر ضد كوبا المعمول به الى يومنا هذا .

ومن أهم مخاطر التدخل الاقتصادي احتكار التكنولوجيا المتطورة والامتناع عن نقل وسائلها نحو بلدان الجنوب وفرض قيودا صارمة على منتجات الجنوب الزراعية والمواد الأولية التي تعجز عن تسويقها والتي لم تدخل حتى في اطار الشراكة المبرمة مؤخرا بين الاتحاد الأوروبي وبعض دول الجنوب ، او ابرام اتفاقيات غير متكافئة تفرض على الطرف الأضعف في المعاملة شروطا مجحفة لامناص له من الازعان لها وهو توصيف في أبسط حالاته ارهاب دولة وهي سياسات أفضت الى ارتكاب أكثر التجاوزات خطرا ، وهي سياسة لايمكنها أن تجد لها أي مكان في القانون الدولي وذلك أيا كانت مظاهر العجز الذي تعتريه المنظمة الدولية .^[57]

ثالثا : التدخل يكشف أزمة الشرعية الدولية

تفرض الدول القوية جزاء على الدول الضعيفة باسم حقوق الانسان فتصبح الدول القوية وفق تقديرها الانفرادي قادرة على التصرف ليس فقط كمدافعة عن حقوقها بل كمدافعة عن القانون الدولي ككل وبهذا يرى دوبيوي أن تدابير الأمم المتحدة اصبحت تدابير انفرادية تقرها الدول وتحصل على شرعية المنظمة فيما بعد وهو انزلاق خطير للقانون الدولي واختلال في التعادل .

والشرعية القانونية في اطار التدخل الجماعي عن طريق الأمم المتحدة تطمئن الدول من الخوف بتوفير رادع جماعي قانوني منظم وهاذف حينما تضع الدول قوات تحت تصرف مجلس الأمن الدولي وبهدف نزع صلاحيات التدخل من يد الدول الكبرى ووضعها بشكل منهجي بيد الأمم المتحدة.

ان عدم توقيع اتفاقية كما هو منصوص عليها في المادتين 43 و 45 يفضي الى عجز حقيقي لنظام الأمن الجماعي ويسلب مجلس الأمن كل الصلاحيات الممكنة لتحقيق الدعم العسكري لقراراته .

ان اعتماد المادة 51 سوف يخرج التدابير الردعية من اطارها التنظيمي ليضعها مجددا في يد الدول الأعضاء^[58]

ان التدخل الجديد للأمم المتحدة وبعد أربعين سنة من قيام الأمم المتحدة يأتي بعد الديناميكية الجديدة التي أضفتها الأحادية القطبية على نظام الأمن الجماعي طبيعة استثنائية خاصة بعد سكوت روسيا والصين على السياسات الأمريكية وإنشغالها في سياساتها الداخلية وتوجهه للاندماج في نظام السوق والانضمام الى منظمة التجارة العالمية واستقطاب مساعدات الغرب بما في ذلك الشركات المتعددة الجنسيات لقد انفلتت الدولة الكبرى من عقابها سواء في مواجهة ليبيا والعراق بسلسلة من القرارات حتى وصلت الأمور الى شن حرب دولية على العراق في أكبر هجوم جوي عرفه التاريخ بهدف الحفاظ على مصالح الولايات المتحدة الأمريكية الحيوية وحلفائها تحت ذريعة حقوق الانسان وكرامته. وهي في حقيقتها تسخير المنظمة الدولية في خدمة المصالح الحيوية للقوى العظمى ، الأمر الذي دفع الدول الصغرى امام استفحال ظاهرة التدخل الى التراجع في مصداقية الأمم المتحدة بل أن التفاعل في المصالح الدولية أخرج الكثير من القضايا التي كانت تعتبر من صميم الاختصاص الداخلي الى المجال الدولي ، كما أن المعيار القانوني لم يعد هو الأساس بل أصبح المعيار بالدرجة الأولى سياسيا وهي وضعية لم تعد الكثير من الدول قادرة على الاحتماء حتى بالقانون الدولي لمنع تدخل الغير في شونها .^[59]

الفرع الثاني : أثر التدخل التدخل الانساني على سيادة الدولة

ورد على شكل مفاهيم متعددة مبدأ التدخل الانساني ، واجب التدخل الانساني ، وحق التدخل الانساني هو اعتراف بحق ممارسة مراقبة دولية من طرف دولة على اعمال مخالفة لقوانين الانسانية تدرج في السياسة الداخلية لدولة اخرى خاصة عندما يتم تجاهل حقوق الانسان ، وهو المؤسسة الحماية الانسانية كمؤسسة قانونية تسعى الى صون الحقوق الساسية لكل فرد مهما كانت جنسيته بصفته ينتمي الى المجموعة البشرية قبل إنتمائه الى مجتمع سياسي.

ويرى البعض أن التدخل حق تملكه الدول المتحضرة فقد تملك حق ونبل مهمة حمل بذور الحضارة الى الأرض الهمجية ، فيتم التدخل الانساني يتم ويظهر كوسيلة ماهرة للتسلط شيئاً فشيئاً على استقلال دولة لاختصاصها تدريجياً الى شبه السيادة.^[60] وفي اطار التدخل الانساني اتخذ مجلس الأمن الدولي قرارات ابرزها 688 و 713 وبمقتضاه يسمح العراق للمنظمات الانسانية والدولية بالوصول الى جميع الذين يحتاجون الى المساعدة في كل انحاء العراق وأن يضع تحت تصرفها كل الوسائل للقيام بمهمتها ، وقد أوهم الآخرين بان الأمم المتحدة ستعالج كافة المشاكل في جميع البلدان تقريبا .

ويتم التدخل من خلال لجنة حقوق الانسان واللجان ذات الاختصاص الأحادي مثل لجنة العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة ، واللجنة المعنية بحقوق الانسان ، لجنة القضاء على التمييز العنصري ، لجنة مناهضة التعذيب .^[61]

أولاً : حق التدخل بين المبدأ والتطبيق

المعروف أن هذا الحق فرضته الدول القوية بعد تقسيم الشعوب الى مناطق استعمار او نفوذ والتي كانت تتم خارج الأمم المتحدة ، وعندما تدخلت الأمم المتحدة جرى تكييف ممارسات مجلس الأمن الدولي حسب مصالحها وتضامنها في تسيير العالم ومقيدة بامتيازاتهم القانونية وهيمنتهم النظامية متجاهلة بأن حق السلم مرهون بالحرية والتقدم السياسي والعدالة القضائية .

لقد عملت تلك الدول على عكس المفاهيم فالخروج من الاستعمار السياسي الى الاستعمار الاقتصادي هو انتقال من نظام التسلط الصارخ والاستغلال الى نظام تسلط مكنع واستغلال ، فتح المجال للفساد الاقتصادي من تبيذير ثرواتها وتهريب الأموال ورشاوى وسوء تجهيز.

وإذا كان من واجب القانون الدولي نزع السلاح فالعكس هو الجاري إذ يجري الاقبال على التسلح عند الدول النامية التي ما فتئت أن تدخل في نزاعات حدود لاطائل منها وعلى حساب التنمية

وللشعوب الحق في التنوع الحضاري والتبادل بين الثقافات لتقوية الوحدة وتوازن الانسانية واحترام مبتكراتها مهما كان مصدرها الحضاري ، وللشعوب الحق في الدفاع عن خصوصياتها الحضارية بقصد اثناء التجارب العالمية والانتساب الى عالمية المساواة والعدل ، فيأتي التدخل لفرض نظام عالمي أحادي العقيدة والمناخ الثقافي موحد النظام الاقتصادي والسياسي متسلط بالأدوات العسكرية ، ولا يتفق مع روح الميثاق ومبادئه.^[62]

ثانيا : قراءة للمقرارات الأممية بشأن اجتياح العراق للكويت

تدخلت الأمم المتحدة استنادا الى الفصل السابع من الميثاق بقيادة دولة عظمى خاضت حربا ضد العراق وفرض عليه الخروج من الكويت بعد تدمير معظم قواته العسكرية ، الأمر الذي خلق قلقا مشروعا من الشطط الذي تزامن مع تطبيق مبدأ التدخل فأعطى شرعية للاحتلال والشرعية المستقبلية للاستعمار الذي بسط نفوذه على العالم وعلى أرض لم تكن تابعة له والسيطرة على ثرواتها والعمل على تقسيم أهلها على أسس مذهبية وعرقية وإنهاض منطق الأقليات، وزرع الشقاق والحروب والفتنة والوصول الى نظام يكرس سيطرته من خلال الشرق الأوسط الجديد .

لقد طبق شعار الويل للمهزوم على العراق حيث اتخذت قرارات تضع العراق تحت رقابة محكمة في مجال التسليح وتفتيش أي موقع او منشأة فصادر بذلك العديد من مظاهر السيادة وأنزل عقوبات كان ضحيتها عامة الناس من النساء والأطفال والشيوخ .

لقد طرحت حرب الخليج أسئلة ضرورية ، هل هي حرب ضرورية وما هو الدافع وراء مضي الولايات المتحدة نحو الحرب، وهل هذه الدوافع تبرر الحرب ، وما هو مستقبلها على مصير الأمن الجماعي .

لقد أعطت حرب الخليج نتائج هامة حول مفهوم التدخل ، الذي اذا لم يستند الى أنظمة اقليمية قائمة على العدل والتعاون والأمن المتبادل والاستقرار الاقليمي ، لا يمكن أن يتحقق الا اذا كان المشاركون فيه قادرين على الاجابة على أسئلة مهمة . ماهو الأمن ؟ وهل العدل يتأسس على الحق او القوة ؟ وهل هناك توازن مصالح الى جانب توازن القوى ؟ وهل الشرعية مؤسسة في سياق حق تاريخي او تغيرات بالقوة ؟ وهل يمكن لتقرير المصير أن يطبق حين لاتستطيع الشعوب العيش في أوطانها ؟

لقد باتت الأمم المتحدة في أزمة الخليج رجل شرطة ، حين باركت الأمن الجماعي والتدخل الانساني على أكتاف القدرة العسكرية الأمريكية.^[63]

لقد خلق التدخل بأمثلة كثيرة وخطيرة سببت أحيانا اضطرابات داخلية في بعض الدول وسببت حروبا او أعمالا عسكرية في مختلف القارات خلفت ضحايا عديدة بين الجنود وبين أفراد الشعب المدنيين .

ففي عملية تغيير النظام الكوبي عام 1961 في خليج الخنازير أدى الى احتكاك دولي بين القوتين العظميين.

ونذكر أحداث تشيلي وما إنتهت اليه من إغتيال للرئيس اليندى وعائلته فمات محروقا في القصر الجمهوري هو ومن معه من العاملين في القصر.

ونذكر الهجوم العسكري الأمريكي عام 1986 لتصفية الرئيس القذافي وما أسفر عن قتل المدنيين والأطفال على وجه الخصوص

ان التوسع في نظام التدخل يعطي بعض الدول الحق لنفسها في الضغط على دول اخرى لكي تتبع نهجا خاصا في نظام الحكم وهي التي حدثت في المغرب 1912 وفرض نظام الحماية بحجة الديمقراطية وحقوق الانسان والاصلاح الاداري والقضائية والتربوية والعسكرية والتي انتهت الى احتلال المغرب من قبل الفرنسيين

ان أثر التدخل الملموس انهاء لسيادة الدولة ، المعبر عنها في اختيار الشعب للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي . وحين يتم التدخل من قبل دولة وبإسم المجتمع

الدولي تحل سيادة المجتمع الدولي الشكلية وسيادة الدولة المتدخلة الفعلية فيتم التنازل عن جزء من سلطة الدولة وجزء من حريتها تنازلاً ذاتياً وبدون إجبار.^[64] ان مفهوم حق التدخل في ذاته عودة للنزعة الاستعمارية لمن يتوفر على أدنى معرفة للتاريخ

وقد استغلت القوى العظمى هذا الحق تحت غطاء الاعتبارات الانسانية ، لكن من يعود له حق اتخاذ قرار التدخل ؟ ألسنا نعود مرة أخرى الى فلسفة الاستعمار التقليدي خاصة وأنه يتغذى بهدف انساني يدعي احترام السيادة^[65]

يقصد بالتدخل لاعتبارات انسانية قيام خطر مؤكد ومباشر تتسبب فيه سلطات الدولة الثانية او جهات اخرى ، ومورس ابان القرن التاسع عشر تجاه الامبراطورية التركية الإسلامية وتحت إعتبارات حضارية لمواجهة الممارسات الوحشية وإعتمادا على مبدأ النظام العام الدولي.^[66]

خلق واجب التدخل لبسا في المجتمع الدولي فالدول النامية تبدي تحفظا كبيرا على حق التدخل ، خلافا للدول المتقدمة التي تؤمن بواجب التدخل.

لقد اختلطت المساعدات الانسانية لضحايا الكوارث الطبيعية الى حق التدخل العسكري ، فهو مفهوم مشحون بالغموض بحيث يحتمل وفي عالمنا غير المستقر أن يكون في نفس الوقت مصدرا أمل ومدعاة لكابوس رهيب ، كما أن تموقع هذا المفهوم في أصناف متناقضة من المنطق تجعل العمل به انتقائيا مزدوج المكيال.^[67]

ان الاعتماد على ما يطلق عليه حق التدخل في الشؤون الداخلية لدول اجنبية قصد فرض احترام حقوق الانسان فكرة غير مقبولة وذلك لأسباب عدة :

- 1- انها فكرة تبعث من جديد الاتجاه الاستعماري القديم الذي يتغذى بالاعتبارات الانسانية في الظاهر ولكن المقصود هو فرض الهيمنة الاستعمارية
- 2- ان حق التدخل لا يأخذ بعين الاعتبار التحولات الجوهرية التي عرفها القانون الدولي وعلى الخصوص تصفية الاستعمار ونهاية العمل بتقسيم الدول الى دول متحضرة

ووحشية ووضع حد لاعتبار القانون الدولي حكرا على الدول الغربية ، وظهور ميكانيزمات جديدة لحماية حقوق الانسان .

3- ان التدخل في القانون الدولي شمولي ومطلق وهما كانت الاعتبارات التي يمكن أن تبرره وبالتالي فان كل أشكال التدخل غير مشروع في نظر القانون الدولي خاصة عندما تستعمل القوة من دولة ضد دولة اخرى^[68]

يرى الأستاذ غارودي - بحق - ان هذا الحق تكريس تشريعي لعلاقات القوة في ظل أمر واقع وشكل من أشكال الحق الاستعماري الذي يخدم مصالح الأقوياء خاصة بعد انهيار الاتحاد السوفيتي

انه غطاء للمصالح الاقتصادية الغربية في النفط الذي توحد في اطار السوق الدولية وأقام منظمة التجارة العالمية لينظم الهيمنة القانونية على دول العالم تجاريا وإقتصاديا باسم دعاوى حقوق الانسان التي ليست الادعاوى وهمية.

ان الدلالة الحقيقية لحق التدخل هو ظهور قوى استعمارية موحدة تفرض اختياراتها الاقتصادية والسياسية بدون أي مشروع انساني ، وهذا ما يذكرنا بانحطاط الامبراطورية الرومانية . وازاء هذا المنكر لاحل الابالرجوع الى الله وإعادة الاعتبار الى الانسان ومنحه حقوقه لاغلاق باب التدخل بسبته.^[69]

بعد نهاية الاستعمار التقليدي شهد العالم استعمارا جديدا يتمثل في تطويق اقتصاديات المستعمرات القديمة والاستفادة من ثرواتها التي تتجاوز فائدتها الميادين التجارية والمالية الى الميادين الصحية والطبية بصفة عامة كزيوت الزيتون وزيت السمك التي ينتجها المغرب في ظروف جيدة .

ولا يقف أمر الاستعمار الجديد عند هذا الحد ، ولكن مركز السلطة الدولية في يد جماعة من البلدان المهيمنة ، تؤدي الى سلوك ممارسات ثقافية وحضارية تستهدف طمس معالم المستعمرات القديمة والاساءة لثقافتها ولغتها بوسائل عديدة لعل من اهمها الهجرة للعمل في الغرب الأوروبي ، حتى وصل الأمر بالبعض الى تسليط الأوبئة الفتاكة كالتاعون

على تلك المستعمرات لوقف ذلك النمو معبرا بذلك عن مalthوسية تتعارض مع الأخلاق والفضائل التي ينبغي أن تؤطر العلاقات الدولية.

وهكذا يتجلى واجب التدخل من خلال سلوكيات وممارسات الاستعمار الجديد يشكل خرقا للحقوق والمعايير بل مسا بالحرية ، حرية الشعوب ، ولو غلفت واجب التدخل بدعاوى ومبررات انسانية.^[70]

رابعا : حق التدخل وأفريقيا

يتجمل حق التدخل برداء الفضيلة من اجل أن تتأثر الدول بدعوى الاحسان لاسعاف الشعوب المهيمن عليها عملا بالمبادئ الانسانية او الاعتبارات التضامنية لكنه لايبعد عن قضية مصالح بالنسبة للبلدان المتوفرة على إمكانيات سياسية كالولايات المتحدة الأمريكية^[71]

حق التدخل أصبح شائعا في الدوائر القانونية منذ أن استعملته محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كورفو 1949 وارتبط منذ ذلك الحين بسياسة القوة التي أدت الى خروقات لايقبلها القانون الدولي.

والتدخل ليس حقا وانما هو مفهوم شائع دخل في لغة رجال الاعلام والموسوعات الجديدة خاصة بعد أزمة الخليج عندما ربطوه بأغراض انسانية وأخلاقية لحماية حقوق الانسان والشعوب وخاصة لحماية الأقليات كالأكراد في شمال العراق^[72]

خامسا : التدخلات المشروعة المتفق عليها دوليا :

من المعلوم ان العلاقات الدولية تضبطها وفاقا ومواثيق ومعاهدات دولية تفرض التنازل عن بعض مظاهر السيادة بحيث يحتل القانون الدولي مرتبة اعلى من القانون الوطني ، يعني هذا أن الدول تقبل عن طواعية أشكالاً من التدخل تكون أحسبانا ضرورية لحماية دولة ما او جماعة من السكان . ولعلأفضل مثال على ذلك ميثاق نيقوسيا المبرم

في الثامن والعشرين من شهر أبريل 1990 والمتعلق بحماية البيئة وبمقتضاه يؤدي التوافق الدولي احيانا الى أن تقوم مجموعة دول بتدابير تتضمن من بين ما تتضمنه إمكانية القيام بتدخلات خارجية داخل تراب دولة ما لأهداف معينة تدخل في اطار ذلك التوافق.^[73]

ومن ناحية أخرى فرضت الخطورة القصوى لبعض الكوارث الطبيعية خاصة الفيضانات والزلازل انشاء مكتب لتنسيق الاسعاف في حالة الكوارث والبؤس الذي تخلفه الطبيعة من جهة المجاعة وسوء التغذية التي يعاني منها سكان افريقيا وجنوب غرب آسيا وأمريكا الجنوبية وكذا نتائج البطالة في هذه الأثناء كانت تتأسس المنظمات غير الحكومية ذات الأغراض الانسانية بعضوية الأطباء بلا حدود وأطباء العالم فاختلفت المساعدات الانسانية ذات البعد الطبيعي مع تدخلات النزاعات المسلحة ، الأمر الذي يحتم التدقيق بمقاصد جميع المتدخلين.^[74]

سادسا : رأينا - نتائج التدخلات الانسانية

نريمع بعض الباحثين وجود مصطلح جديد يمكن أن يسمى الاستعمار الجديد لحقوق الانسان يغلف نفسه برداءة الفضيلة أن القانون الدولي يركز على سيادة الدول ويرتكز عليها وهو قانون يتعرض لكثير من الخروقات مما يستوجب ضبط حدوده بما لايتعارض مع ضبط الكوارث الطبيعية والأزمات الانسانية التي لايمكن للمجتمع الدولي أن يقف مكتوف الأيدي ازاءها وأن نضع مصالح المجتمع الدولي في الصدارة قبل مصالح الدول الضيقة التي تحاول استبدال مفهوم السيادة بالاعتماد المتبادل.

* ان التدخل بشكله المطلق تقييد لحرية الدولة وإعتداء على سيادتها واستقلالها.

* أن التدخل الذي ينجم عن عمل غير مشروع وتقوم به دولة ضد شخص من أشخاص

القانون الدولي ويحدث أضرارا يجب أن يثير المسؤولية الدولية .

* ان التدخل وما ينتج عنه ينتهك مصلحة من مصالح القانون الدولي وللدول أعضاء المجتمع الدولي مصلحة في حماية القانون الدولي والشرعية الدولية .

ان التدخلات تثبت المقولات القديمة ومنها :

أن السلم جسر للحروب ، وبمعنى آخر أن الحرب هي الأصل في التاريخ وما السلم الا عرض من الأعراض .

*ان الديمقراطية والأخوة وحقوق الانسان مفاهيم لتسخير المصالح وإنسانية الأقوياء ولن تحل العدل ولن يتساوى القوي والضعيف .

ان الحاجة الى الثروات والأسواق والأيدي العاملة الرخيصة والقواعد العسكرية والمراكز الثقافية ، دفعت الى نفس المفاهيم القديمة الاستعمار باسم الانسانية

* ان المساواة طرحت على الانسان الافريقي ، الآسيوي كن انكليزيا او فرنسيا ، وعندما قبل البعض قيل له انت فرنسي من الدرجة الثانية . فأين هي التبريرات الحضارية والاحسان التحضيري الذي كان الاستعمار القديم يقدمهما ويلمعهما الاستعمار الجديد ؟ ان الانسانية بحاجة الى هيكلية جديدة .

* رأى الفقه الغربي أن واجب المساعدة يأتي اثر وقوع الكوارث ، في حين ان التدخل يكون قبل وقوع الكوارث

* يرى المنجرة ان القرار الصادر عن مجلس الأمن الدولي تحت رقم 715 بخصوص العراق ليس هو وضع أي بلد تحت الوصاية فحسب، ولكن هو أن يصبح هذا القرار سابقة تقع تحت طائلتها دول العالم الثالث خاصة التي احرزت بعض التقدم في ميدان البحث العلمي النووي والتي تقع تحت طائلة تدخل الدول العظمى وتدمر مفاعيلها فلا يصدر من الأمين العام للأمم المتحدة الذي يتلقى التقرير بعد وزير الخارجية الأمريكية سوى الأسف * ان أبرز النتائج التي اوصلها التدخل هي الخوف ، بات الانسان الضحية في العالم الثالث يعيش مرحلة الخوف بكل ما يحمله من معان المرض والجوع والبؤس والأمن والغلاء والبطالة والمخدرات والتلوث وما ينتج عنه من يأس انه عالم مريض يمشي بلا أقدام ويتجه نحو الهاوية .

* ان منطق السوق هو أساسا منطق اللامساواة وان منطق التدخل هو منطق الحرب والاستعمار الذي يخلق سعادة للأقلية وشقاء للأكثرية

* ان التدخل العملي والأكثر فائدة هو تدخل المنظمات الاقليمية التي تقدر سيادة الدول وتعرف حدودها وتحرص على النظام الوطني كما هو الحال في قضية دارفور ، ولا تجنح الى تفتيت وحدة البلد الوطنية وإنهاض نزعة الأقلية والعزلة والانفصال كما يرى الاتحاد الافريقي ، وجامعة الدول العربية في الأزمة اللبنانية

صدق الأمين العام للأمم المتحدة حينما قال ان حرب الخليج ليست حرب الأمم المتحدة وبالتالي ان حرب الخليج ليست أممية ولكنها حرب تحالف دولي وأن توقيف الحرب لم يكن بقرار من الأمم المتحدة ولكن باتفاق قوى التحالف الذي تولى مهمة الحرب وأن القرار 688 الذي أقره مجلس الأمن لم يكن الأساس المخول لحق التدخل الانساني ، بل خاص ببعض الأعمال الانسانية في شمال العراق

* ان الاستعمار الذي ورد في القرآن الكريم " هو أنشاكم من الأرض واستعمركم فيها " يعني أن الأرض لله وان يمكن فيها بني البشرية لاستعمارها أي استغلالها والانتفاع بها فهذا هو مراد الله لهذه الأرض وهو مراد الله لساكني هذه الأرض من استعمار الأرض وإلا فان الله سيخرج الظالمين منها " قلنا إهبطوا منها جميعا ، فإما يأتينكم مني هدى فمن اتبع هداي فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون "

* ان حق تقرير المصير الوارد في الميثاق في المادتين الثانية والخامسة والخمسين مبدأ من مبادئ الأمم المتحدة وهو الحق الذي يتوج حقوق الانسان ومع ذلك فان مجلس الأمن يرفض التدخل في هذا المجال مدعيا أنه معني بالسلام والأمن الدولي ، في حين أن حقوق الانسان هي رمز السلام الحقيقي .

* لقد اعطى الاستعمار القديم مشروعية تؤرخ ، فعندما نقول فرنسا ماوراء البحار وأفريقيا البريطانية نؤرخ لأوضاع اكتسبت غصبا قبل حماية القانون الدولي .

ويعيد التاريخ نفسه حق التدخل انه اتفاق ارادي بين أقوياء لهم مصالح يضعون حقوقا للدفاع عن تلك المصالح وعن مواقف مكتسبة بالقوة ، وهذا الحق لن يجلب العدل والسلم بل يثير الحروب والنزاعات .

* في الاسلام ، ان الحق من صفات الله ، ان الله هو الحق ، فمجلس الأمن لن يحمي جديا الأمن الدولي الا اذا اعتمد على المساواة ، فاذا كانت قاعدة الهرم مهزوزة فان قمته تنذر دائما بخطر السقوط

* ان تعبير حق التدخل سيئ وبغيض يسبغ على العدوان صفة الحق ويخلط بين ما هو اغتصاب وما هو حق بين المجرمين الذين ينتهكون حقوق الانسان وبين الانسان الضحية، والمشكلة مستمرة تحتاج الى ثورة عالمية لتصحيح القانون ومنع حق التدخل * وجوبا على السؤال هل يعطي حق التدخل شرعية للاستعمار ؟ الجواب ان هناك تطابقا حتميا بين التدخل بمختلف أشكاله والاستعمار ألا وهو الهدف المرتبط بتحقيق الهيمنة وإخضاع ارادة الدولة الضحية للتدخل .

الخاتمة : التطور السلبي للمجتمع الدولي

لاشك أن المجتمع الدولي الذي أنشئ عام 1945 على أساس ميثاق الأمم المتحدة والذي قضى بمنح الشعوب حقها في المساواة وتقرير المصير وبناء الدولة المستقلة واقامة التنمية الشاملة و المتكاملة، والذي يفترض به ان يتطور مع تطور التقدم التقني والعلاقات الدولية ، لكنه ازاء الدول العربية والاسلامية يسير باتجاه معاكس من حيث تفعيل حق تقرير المصير والسيادة.

اولا : هدم مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها

لاشك أن الشعوب المقهورة والمستعمرة لها الحق في مقاومة المستعمر واستخدام القوة بشكل مشروع لاستعادة حقوقها المشروعة وانجاز استقلالها الوطني على أساس

مبدأ الاستقلال والمساواة في الحقوق بين الشعوب ، لذلك كرس ميثاق الأمم المتحدة مبدأ تصفية الاستعمار في مواد الميثاق وفي 'عهدي حقوق الانسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

غير أن هذا المبدأ قد سقط تحت مطرقة العولمة وسندان الولايات المتحدة الأمريكية وتعرض للاختراق والتشويه والتزوير بأطروحات غير قانونية مثل دولة مستقلة قابلة للحياة ، وخارطة الطريق ، والشرق الأوسط الجديد^[75]

وتحفظت على حق الشعوب في تقرير مصيرها، واختزلته في الحكم الذاتي، ومنعت الشعب الفلسطيني المناضل من التساوي ببقية الشعوب وبناء دولته الوطنية المستقلة.

وفي هذا الإطار تحفظت على الرأي الاستشاري الصادر من محكمة العدل الدولية حول الجدار الأمني العازل واعتباره مسألة عقارية في حين أن المحكمة رأت فيه حائلا يمنع الشعب الفلسطيني من تقرير مصيره ويقسم أراضيه ويقتطع أراض عربية أخرى ويضمها للمحتل، ويمنع الشعب الفلسطيني من ممارسة حقه في الكفاح المسلح، واعتبر المقاومة الفلسطينية التي يعترف العالم بها وبحقها المشروع إرهابا دوليا وحاصرتها ماديا وشجعت اغتيالها، بل شاركت في قتل رمز الشعب الفلسطيني المرحوم ياسر عرفات لتسهيل تمرير الحلول المذلة والمهينة للشعب الفلسطيني.

ثانيا : استمرار العدوان الصهيوني على الأمة العربية

مارس الشعب الفلسطيني كفاحه المشروع لنيل حقوقه الوطنية المشروعة وتجسيد حقه في تقرير المصير وبناء دولته المستقلة في فلسطين.

واعترف العالم بأسره بالحقوق الثابتة للشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف ، ومنحت منظمة التحرير الفلسطينية بصفتها الممثل الشرعي والوحيد للشعب الفلسطيني صفة مراقب في الأمم المتحدة .

مارست اسرائيل كافة أنواع ارهاب الدولة ضد هذا الشعب في فلسطين وفي بلاد الشتات ، وقصفت المخيمات بأعتى الأسلحة الفتاكة واغتالت معظم القادة الفلسطينيين، ولهذا اعتبر المجتمع الدولي أن الصهيونية حركة عنصرية وأن اسرائيل أداة الاستعمار وثبتت ذلك في وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار 3379.

بعد التغييرات التي عصفت بالمجتمع الدولي وتفكك الاتحاد السوفياتي ومنظومة الدول الاشتراكية وتفكك الموقف العربي بين معترف ومطبع العلاقات مع اسرائيل صدر قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة يقضي بالغاء القرار السابق وحذفه من أرشيف الأمم المتحدة ولم يبين القرار الأسباب الموجبة للالغاء في حين أورد القرار الأسباب الموجبة لاتخاذ القرار.

ولم تغير الحركة الصهيونية من طبيعتها العنصرية الابادية العدوانية الاستئصالية التوسعية بل زادت الأمور أكثر في العدوان على جنوب لبنان وبناء الجدار الأمني العازل وفتح الباب لتدفق أربعة ملايين من اليهود الروس الى فلسطين وعلى حساب الشعب الفلسطيني.

ان قرار الالغاء يعني الانحراف الكامل للجمعية العامة للأمم المتحدة عن مسارها الحقيقي ، وخضوعها لهيمنة وتأثير الولايات المتحدة الأمريكية.

من جهة أخرى تحفظت على قيام المحكمة الجنائية الدولية واتفقت مع مجلس الأمن الدولي على عدم مثول أي جندي أمريكي أمام هذه المحكمة، وهكذا كرست التمييز في المجتمع الدولي، وشجعت العنف والإرهاب والانتهاك لأبسط قواعد وقيم العلاقات الإنسانية، الأمر الذي شهدناه في سجن أبو غريب في بغداد المحتلة.

واستغلت ثروات الشعوب، مثل المياه كسلاح للحصار والتهديد، ودفعت الدول لحبس الأنهار الدولية مثل دجلة والفرات عن سورية والعراق، وتحرش الدول الإفريقية بواسطة القواعد العسكرية في تلك الدول لقطع مياه النيل عن مصر والسودان.

ورغم أن حلم الشرعية جعل العالم واحدا موحدًا، إلا أنها تغذي النعرات الطائفية، وتدفع الطوائف للاستقلال، وباتت مصطلح الشيوعي والسني والقبطي والأمازيغي والهوايي مترادفا مستعملة في القاموس السياسي، بل تعمل جاهدة لاستغلال بعض الحوادث، لإقامة وطن قومي مسيحي في لبنان. وكرد في شمال العراق وشمالي جنوبيه

ثالثا : أما التدخل في الشؤون الداخلية للدول فقد قررت وزارة الخارجية الأمريكية جعل سفارات الولايات المتحدة الأمريكية في الدول التي تتناقض سياساتها الشمولية مع أمان شعوبها ملاذا لتلك الشعوب التي تستطيع الاتصال مع السفارة والتنسيق وتلقي الدعم المادي والمعنوي لتمكين تلك الشعوب من الخلاص من تلك الأنظمة وإقامة الديمقراطية والمجتمع المدني وحقوق الإنسان على الطريقة الأمريكية وآخر قرار إتخذته أن تقوم قوات المارينز التي تجوب البحار بتفتيش أي ميناء دولي والتأكد من خلو حاوياته من تخزين أسلحة محرمة دوليا ..

ثالثا : أما من ناحية آثار النظام الدولي على البيئة، فمنذ مؤتمر ستوكهولم إلى ريدوجانيرو إلى جوهانسبرغ، عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية للحفاظ على البيئة نظيفة من التلوث والتجارب النووية والبكتيرية والجرثومية، واليورانيوم المخصب، لكن أهل العولمة يتحفظون على أبسط الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية كيوتو لأنها تضر بمصالح الولايات المتحدة وإعتبرتها تنم عن جهل، وتحملهم أعباء المسؤولية الموضوعية التعاونية المشتركة في الحفاظ على البيئة.

رابعا : إن الشعارات المطروحة مثل الديمقراطية وحقوق الإنسان تدفعنا للتساؤل، ماهو نوع الديمقراطية التي يوغرها اقتصاد السوق، هل هي الديمقراطية التي توفر للإنسان حرية وكرامته، في الوقت الذي يعمل اقتصاد السوق لصالح الأغنياء كأقلية ويُلغِي دور الأكثرية الفقيرة والطبقة الوسطى، أم هي الديمقراطية العسكرية التي شهدنا

نماذجها في العديد من دول العالم الثالث، أنها ديمقراطية انتقائية تتسامح مع البعض وتتشدد مع البعض الآخر.^[76]

لقد انتقصت سيادة الدول، وانتهت سيادة بعض الدول، ويرى البعض أنها قدر لارده. لكننا نسجل لها إزالة الأنظمة الشمولية والسلطوية وقيدت من صلاحياتها وأجبرتها على السماح بالنقابات وإشراك المرأة في حياة المجتمع، وسمحت بالتعددية السياسية. لكنها ستجرد الإنسان من حقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وستسلب كرامته وأمنه.

بل أن بعض الدول في طريقها إلى الإضمحلال، بعدما تحولت وظيفتها، فأصبحت الدولة الخادمة والحامية والدولة الأمنية، بعدما كانت الدولة المستقلة ذات السيادة. وتشير دراسات المؤسسات الدولية أن الفجوة تزداد بين الفقراء والأغنياء، وعادت الأمراض السارية والمستوطنة، وازداد الفقر والجهل والمرض والامية وانهارت القيم في المجتمعات، وربما يعود الرقيق والاستعباد والاستلاب والإذلال، بعد أن تجاوزه الزمن منذ عشرات السنين.

مراجع البحث :

- [1] - معجم العلوم الاجتماعية ، اعداد نخبة من الأساتذة العرب المتخصصين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة 1975 ص 269 .
- [2] - باتريك هارمن ، بربارة ديليكور ، لوليفيه كورتن وآخرون القانون الدولي وسياسة المكيالين ، تقديم بول دولار جورس تعريب د أنور مغيث ، سلسلة النظام العالمي الجديد رقم 1 الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان ، الجماهيرية العظمى الطبعة الأولى 1995 ص 7 وما بعدها
- [3] صلاح الدين عامر ، نظرة على المستقبل ملف النظام القانوني الدولي في مفترق الطرق سلسلة الدراسات القانونية مالطا 1993 ص 219 [4] - صلاح الدين عامر : النظام الدولي في وضع مضطرب ، السياسة الدولية سنة 2004 .
- [5] - صلاح الدين عامر ، النظام الدولي في وضع مضطرب ، السياسة الدولية العدد السنة 2004 .
- [6] - بطرس بطرس غالي ، تقرير الأمين العام للأمم المتحدة الى الجمعية العامة للأمم المتحدة حول وضعية المجتمع الدولي سنة 1995 خطة للتنمية ، خطة السلام
- [7] - د عبد العزيز سرحان : النظام الدولي الجديد والشرعية الدولية دار النهضة العربية القاهرة 1993 .
- [8] - صلاح الدين عامر ، نظرة على المستقبل ملف النظام القانوني الدولي في مفترق الطرق سلسلة الدراسات القانونية مالطا 1993 ص 219
- [9] - صلاح الدين عامر : النظام الدولي في وضع مضطرب ، السياسة الدولية سنة 2004
- [10] - صلاح الدين عامر ، النظام الدولي في وضع مضطرب ، السياسة الدولية العدد السنة 2004
- [11] - بطرس بطرس غالي ، تقرير الأمين العام للأمم المتحدة الى الجمعية العامة للأمم المتحدة حول وضعية المجتمع الدولي سنة 1995 خطة للتنمية ، خطة السلام
- [12] - د عبد العزيز سرحان : النظام الدولي الجديد والشرعية الدولية دار النهضة العربية القاهرة 1993
- [13] - د ويصا صالح : مبررات استخدام القوة في القانون الدولي م . م . ق د . 1976 د
- [14] - د زياد حافظ : مضمون واتجاه التغيير في البيئة العامة على الصعيد الدولي وفي المنطقة العربية ص 43 مرمز دراسات الوحدة العربية وبيروت لبنان
- [15] - جورج سعد : حين تغدو العدالة الدولية محرضا للفوضى ، الوفاق العربي السنة 3 العدد 35 مايو 2002 ص 46 .
- [16] - عبد الوهاب المسيري : النظام العالمي الجديد ، عولمة الالتفاف بدلا من المواجهة ، مجلة المعرفة الرياض العدد 46 ابريل ماي 1999 ص 1918 .
- [17] مورتر سيلرز : النظام العالمي الجديد : حدود السيادة ، حقوق الانسان ، مصير الشعوب ، ترجمة ابراهيم صادق عودة بيروت المؤسسة العربية للدراسات والنشر سنة 2001 .

- [18] - د زياد حافظ : مضمون وإتجاه التغيير في البيئة العامة على الصعيد الدولي وفي المنطقة العربية
ص 43 مرمز دراسات الوحدة العربية وبيروت لبنان
- [19] - جورج سعد : حين تغدو العدالة الدولية محرضاً للفضوى ، الوفاق العربي السنة 3 العدد 35 مايو
2002 ص 46
- [20] - عبد الوهاب المسيري : النظام العالمي الجديد ، عولمة الالتفاف بدلا من المواجهة ، مجلة المعرفة
الرياض العدد 46 ابريل ماي 199 ص 1918 .
- [21] لواء دكتور محمد صلاح سالم : العراق ماذا جرى واحتمالات المستقبل ، عين للدراسات والبحوث
الانسانية والاجتماعية سنة 2003 ص 98 .
- [22] - محمد عاشور مهدي : ميثاق الأمم المتحدة بين التأويل والتسخير ، مجلة مستقبل العالم الاسلامي
ماطا عدد 6 / 1992 ص 9 .
- [23] - محمد عاشور مهدي : ميثاق الأمم المتحدة بين التأويل والتسخير ، مجلة مستقبل العالم الاسلامي
ماطا عدد 6 / 1992 ص 10
- [24] - محمد عاشور مهدي : ميثاق الأمم المتحدة بين التأويل والتسخير ، مجلة مستقبل العالم الاسلامي
ماطا عدد 6 / 1992 ص 11 .
- [25] - محمد عاشور مهدي : ميثاق الأمم المتحدة بين التأويل والتسخير ، مجلة مستقبل العالم الاسلامي
ماطا عدد 6 / 1992 ص 12
- [26] - د. سمير أمين ، « العولمة ومفهوم الدولة الوطنية » ، الدولة الوطنية وتحديات العولمة ،
(القاهرة: مكتبة مدبولي ، 2004) ، ص 8.
- [27] - د. سمير أمين ، « العولمة ومفهوم الدولة الوطنية » ، الدولة الوطنية وتحديات العولمة ،
(القاهرة: مكتبة مدبولي ، 2004) ، ص 9 .
- [28] - د. سمير أمين ، « العولمة ومفهوم الدولة الوطنية » ، الدولة الوطنية وتحديات العولمة ،
(القاهرة: مكتبة مدبولي ، 2004) ، ص 10 .
- [29] سيد ابراهيم الدسوقي : الاحتلال المريكي للعراق ، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2005 ص 117.
- [30] سيد ابراهيم الدسوقي : الاحتلال الأمريكي للعراق ، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2005 ص 118.
- [31] مورتر سيلرز : النظام العالمي الجديد : حدود السيادة ، حقوق الانسان ، مصير الشعوب ، ترجمة
ابراهيم صادق عودة بيروت المؤسسة العربية للدراسات والنشر سنة 2001
- [32] مورتر سيلرز : النظام العالمي الجديد : حدود السيادة ، حقوق الانسان ، مصير الشعوب ، ترجمة
ابراهيم صادق عودة بيروت المؤسسة العربية للدراسات والنشر سنة 2001 .

- [33] - لواء دكتور محمد صلاح سالم : العراق ماذا جرى واحتمالات المستقبل ، عين للدراسات والبحوث الانسانية والاجتماعية سنة 2003 ص95
- [34] - لواء دكتور محمد صلاح سالم : العراق ماذا جرى واحتمالات المستقبل ، عين للدراسات والبحوث الانسانية والاجتماعية سنة 2003 ص95 .
- نتائج التدخل الانساني
- [35] - د حسام أحمد محمد هنداوي : التدخل الدولي الانساني ، دار النهضة العربية القاهرة
- [36] - د محمد مصطفى يونس : النظرية العامة لعدم التدخل في الشؤون الداخلية ، رسالة دكتوراة مقدمة لحقوق القاهرة 1985 .
- [37] - د فائنة عبد العال أحمد : العقوبات الاقتصادية ط 1 سنة 2000 الناشر دار النهضة العربية القاهرة ص 66 .
- [38] - د منى محمود مصطفى ، القانون الدولي لحقوق الانسان ، دار النهضة العربية القاهرة 1989 .
- [39] - د محمد مصطفى يونس : النظرية العامة لعدم التدخل في الشؤون الداخلية ، رسالة دكتوراة مقدمة لحقوق القاهرة 1985 .
- [40] - د نجوى أمين الفوال ، انهيار الدولة في الصومال ، مجلة السياسة الدولية القاهرة 1993 ابريل
- [41] - د وائل أحمد علام ، حماية حقوق الأقليات في القانون العام ، دار النهضة العربية القاهرة 1994
- [42] - د ويصا صالح : مبررات استخدام القوة في القانون الدولي م . م . ق د . 1976 د
- [43] - د حسام أحمد محمد هنداوي : التدخل الدولي الانساني ، دار النهضة العربية القاهرة ص190
- [44] - د حسام أحمد محمد هنداوي : التدخل الدولي الانساني ، دار النهضة العربية القاهرة ص 200 .
- [45] - هانس بيتر مارتين وهارالد شومان : فخ العولمة الاعتداء على الديمقراطية والرفاهية ، ترجمة عدنان على ، مراجعة وتقديم رمزي زكي ، عالم المعرفة 238 الكويت 1998 ص 238 .
- [46] - هانس بيتر مارتين وهارالد شومان : فخ العولمة الاعتداء على الديمقراطية والرفاهية ، ترجمة عدنان على ، مراجعة وتقديم رمزي زكي ، عالم المعرفة 238 الكويت 1998 ص 238 .
- [47] - سعد الركراكي : حق التدخل تسييس للانساني ، ورقة قدمت الى الانساني القانون والممارسة أشغال الندوة الدولية المنظمة ما بين 14 و 20 مارس 2002 بكلية الحقوق مراكش جامعة القاضي عياض كلية الحقوق 2003 ص99.
- [48] - سعد الركراكي : حق التدخل تسييس للانساني ، ورقة قدمت الى الانساني القانون والممارسة أشغال الندوة الدولية المنظمة ما بين 14 و 20 مارس 2002 بكلية الحقوق مراكش جامعة القاضي عياض كلية الحقوق 2003 ص 99

- [49] - إدريس لكريني: التدخل في الممارسات الدولية بين الحظر القانوني والواقع الدولي المعتبر دار دراسات الوحدة العربية بيروت لبنان سنة 2004 ص 57 .
- [50] - إدريس لكريني: التدخل في الممارسات الدولية بين الحظر القانوني والواقع الدولي المعتبر دار دراسات الوحدة العربية بيروت لبنان سنة 2004 ص 57 .
- [51] - هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [52] د عبد الله العروي العروي : حق التدخل ودوره في تطور الاستعمار خلال القرن التاسع عشر ص 21
- هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [53]- د عبد الهادي أبو طالب : أوربا القرن التاسع عشر من حق التدخل الى رسالة الاستعمار ص 31- 37 هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992 .
- [54]- ناصر الدين الأسد : ص 9- 43
- هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [55] - هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [56] - هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [57] حكم محكمة العدل الدولية م س ن 246 126f rec p في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية بنيكاراغوا بين الوام / نيكاراغوا
- [58] - هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [59]- انظر في هذا الخصوص نص قرار محكمة العدل الدولية الصادر في 9 أبريل 1949 في قضية مضيق كورفو 1949 p 35 . c.i.j . recueil
- [60] - د محمد تاج الدين الحسيني ، التدخل وأزمة الشرعية الدولية ص 92.
- هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.

- [61] - هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [62] - محمد ميكو ، المنتظم الدولي وحقوق الانسجام المنتظم الدولي والتدخل ص 101- 114 هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- وانظر كذلك : د عبد المجيد مزيان ، حق التدخل من أجل السلم العالمي باعتبار حقوق الشعوب ص 115 - 125 هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [63] - د أحمد صدقي الدجاني ، قراءة للقرارات الأممية بشأن اجتياح العراق للكويت ص 127 - 142 ، هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [64] - د عبد الكريم غلاب ، الحفاظ على السيادة الوطنية والتدخل الدولي ص 145 - 158 . هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [65] - ادريس السلاوي ، حق التدخل ومنطق الأقوى ص 161 - هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [66] - ماريو بيطاتي ، هل يعتبر العمل الانساني الخيري تدخلا أم مساعدة ؟ هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [67] - د محمد بجاوي ، بعض التساؤلات حول الهدف المريب من وراء المفهوم الجديد لواجب التدخل في عالم غير مستقر . هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.
- [68] - د عبد الحميد الوالي ، حق التدخل فكرة لا يستسيغها القانون الدولي ص 166 - 167 هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992 .
- [69] - رجا غارودي ، حق التدخل والنظام العالمي الجديد ص 167- 168 هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية- ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992.

- [70] - جورج ماطي ، حق تدخل الاستعمار بعد نهاية الاستعمار ص 169 - 170 .
هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [71] - كوام كواسي ، حق التدخل بإفريقيا الجنوبية من الواجب المقدس الى التضحية المثالية ص 171 - 172 .
هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992 .
- [72] - محمد علال سيناو ، ص 172 - 173 .
هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [73] دي أرنتيس أ . أولقيرا ، ميثاق نيقوسيا : نموذج التدخل المراقب
هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [74] - روني-جان دييوي ، من منع التدخل الى تكريس المساعدة الانسانية ص 176 - 177 .
هل يعطي حق التدخل شرعية جديدة للاستعمار- ندوة دولية - ، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية ، سلسلة الدورات ، الرباط 1992
- [75] - مورتر سيلرز : النظام العالمي الجديد : حدود السيادة ، حقوق الانسان ، مصير الشعوب ، ترجمة ابراهيم صادق عودة بيروت المؤسسة العربية للدراسات والنشر سنة 2001 .
- [76] - مورتر سيلرز : النظام العالمي الجديد : حدود السيادة ، حقوق الانسان ، مصير الشعوب ، ترجمة ابراهيم صادق عودة بيروت المؤسسة العربية للدراسات والنشر سنة 2001 .

عولمة الفساد : الشكل الآخر للعولمة*

بقلم: محمد حليم ليمام**

عولمة الفساد : الشكل الآخر للعولمة

نناقش في هذه الورقة مسألة تأثير العولمة على ظاهرة الفساد التي اكتست طابعاً عالمياً مع ازدياد عمليات تحرير التجارة، والتطور الباهر الذي تشهده الصناعة والتكنولوجيا في عصر السرعة والتقنية العالية، في ظل العولمة تراجعت قدرة الدولة ولم يعد بإمكانها الإمساك بخيوط الحركة، بعد أن تطور وضع جديد لا يعترف بالحدود في المبادلات والاتصالات والمعلومات؛ ومن ثمة إذا كانت ظاهرة الفساد مشكلة قديمة وتعاني منها جل الدول، فقد تحولت اليوم إلى ظاهرة كونية، بالنظر إلى التغيرات التي أفرزتها العولمة، خاصة من حيث نشر قيم السوق، وازدياد التحرير والتدويل والاندماج السياسي والاقتصادي. وعليه صار تفسير نمو الفساد في دولة ما يشير إلى أثر المتغيرات الدولية على بيئة النشاط السياسي والاقتصادي المحلية.

* في الأصل قدمت هذه الورقة للملتقى الدولي الذي نظمه قسم الفلسفة بكلية العلوم الاجتماعية، جامعة

وهران بين 26 و27 يونيو/ جوان 2004.

** سيصدر للباحث قريباً مؤلف حول ظاهرة الفساد السياسي في الجزائر.

Globalisation de la Corruption: Un autre forme du globalisation

Dans ce papier, nous discutons de la question de l'impact de la globalisation sur le phénomène de la corruption qui a pris un caractère global à l'accroissement de la libéralisation des échanges, et assisté par le remarquable développement de l'industrie et de la technologie dans l'ère de la vitesse, de haute technologie, ? la lumière de la mondialisation se sont repliés capacité de l'Etat ne pouvait plus tenir les morceaux mouvement, après l'élaboration d'une nouvelle ne reconnaît pas les frontières, en échange, de communication et d'information, s'il ya le phénomène de la corruption et le vieux problème qui se pose à la plupart des nations, A tourné aujourd'hui au phénomène de la vision cosmique de l'évolution de la mondialisation, notamment en termes de diffusion des valeurs du marché, l'accroissement de la libéralisation et de l'internationalisation et de l'intégration politique et économique. C'est l'interprétation de la croissance de la corruption dans l'Etat fait référence à l'impact des développements internationaux sur l'environnement de l'activité politique et économique des communautés.

كلمات مفتاحية: فساد، عولمة، تحرير، فساد عالمي، إصلاح

مقدمة

لا تزال ظاهرة العولمة تثير نقاشاً متزايداً بين المفكرين والباحثين، ولا يستمر البحث متواصلًا لفهم جوانبها وأبعادها، باعتبار العولمة تطور تاريخي حملت معها من التغيرات والتحولات العالمية، بما وفرته من وسائل وأدوات تمثل عربة لنظام وحضارة العولمة. وباعتبارها عملية ونظام أحدثها الابتكار التكنولوجي في مجال تقنية المعلومات والاتصالات أساساً، وسيطرة الليبرالية الجديدة، أو إعادة هندسة الرأسمالية، تقوم الديمقراطية في هذا الإطار كتوأم لاقتصاد السوق. ومن أجل استيعاب دينامية العولمة يجب دراسته أبعادها وفهم آثارها والتي تتلخص في تراجع الدولة الوطنية، وازدياد التدويل، والتحرير، والاندماج، في ظل ثورة تقنية ومعلوماتية. من أجل ذلك، عديدة هي الدراسات التي حاولت التعرف على مزايا العولمة، وعديدة هي أيضاً الدراسات التي تناولت مساوئها⁽¹⁾. لكن يبدو أن نقاط الضعف الموجودة في نظام العولمة، بمثابة الخطر الذي يتهدد القرن العشرين، بفضل إفرازاته ونمط السلوك المسيطر السائد في شتى المجتمعات الإنسانية. واحدة من المظاهر السلبية اليوم، ظاهرة الفساد، والتي امتدت وانتشرت في مختلف دول العالم.

لقد نجم عن التطور الكبير في الاتصالات وسرعة انتقال الأموال والأفراد، وهشاشة الكثير من نظم الحكم، إلى نمو طفق الفساد، الذي صار يهز جميع المناطق في العلم، بغض النظر عن تطورها السياسي أو ناتجها القومي، مع الاختلاف في مسبباته، ومستوياته، لكن الكل صار يتكلم اليوم عن عالمية مكافحة الفساد، وهذا بفعل التكاليف التي تترتب عن

1 - من أبرز الأدبيات النقدية الموفرة باللغة العربية: عبد الحي زلوم، نذر العولمة (بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2000)، وانظر أيضاً: سيرج لاتوش، «العولمة ضد الأخلاق»، شؤون الأوسط، العدد 71 (نيسان/ أبريل 1998)، ص 63.

إساءة استخدام الموارد العامة، والتي من شأنها هدر إمكانات النمو، وتشجيع مختلف أساليب النهب. إذا وفي سياق تفسير استشراف الفساد في دول العالم وخاصة في الدول المتخلفة، يتم التركيز على أثر العولمة في زيادة حجم الممارسات غير المشروعة، وما يعبر عنه بعولمة الفساد، تماماً مثلما عرّف الكثير من المهتمين العولمة بعولمة الفقر مثل ميشيل شوسودوفسكي (M.Chossudovsky)⁽²⁾، عولمة يميزها تعاظم الفساد وتداخل أشكاله، وتعد مظاهره إلى درجة يصب فيه التعرف على الفاسدين والمفسدين.

تهدف هذه الورقة أساساً إلى التعريف بموضوع الفساد، حيث يهتم الباحث منذ سنوات بفهم آليات الظاهرة وأسبابه، وقد يوقف عند دور التحولات العامية، وإفرازات التنظيم الاقتصادي العالمي ودورها في تطوير شبكات الفساد وممارسته على المستوى الوطني. حيث يلاحظ في بعض الدول أن العلاقة بين العولمة والفساد فعلية، وقد تتجاوز العوامل الخارجية أحياناً دور البيئة الداخلية في نمو الفساد. وبالتالي، سنحاول اكتشاف الوجه الآخر للعولمة، ولا سيما بعد التغييرات التي طرأت على العالم بعد أحداث 11 أيلول/سبتمبر 2001، وانعكاساتها السلبية.

أولاً: الفساد والعولمة: نظرة في الأدبيات

ليس هناك موضوع حضي بالاهتمام الكبير في السنوات الماضية مثل موضوع الفساد، فقد تراكمت مؤلفات لا حصر لها، ودراسات متنوعة، وصفية، كمية، ركزت على تفسير الظاهرة، وقياس مستوياتها، وتكالييفها. وفي المقابل، أخذت العولمة قسطاً كبيراً من الاهتمام في شتى مجالات المعرفة، حيث تركّز البحث حول إفرازاتها ومختلف جوانبها. لكن ما يلاحظ في جل الأدبيات التي عالجت كلا الموضوعين، هو استعراضها للإشكاليات التي يطرحها المصطلح بداية. ولهذا هناك تباين واضح، وعدم التوصل إلى تعريف واحد للظاهرتين العولمة والفساد.

2- زلوم، نذر العولمة، ص 13. وهو عنوان لكتابه الشهير: عولمة الفقر (Globalisation of poverty 2002) وقد نشر بعدة لغات واحتل مرتبة على قوائم أوسع الكتب مبيعاً.

إذا نظرنا في تعريف الفساد، نجد أن هناك صعوبات عديدة لا تجعل الاتفاق على مفهوم واحد، فبقدر ما تزايد الاهتمام بمسألة قياس الفساد، زاد أيضاً تضارب الآراء حول درجة الفساد وحجمه، فهناك من يرى بأن الظاهرة أخذت أبعاداً جديدة ومعها انتشرت معها أشكال من السلوك لم يسبق وأن أضر بالمحيط العام مثل المحيط الخاص، فالمرحلة الحالية يميزها تداعي الفساد وعموم ممارسته. لكن في المقابل هناك من يعتقد بأن الفساد سلوك قديم جداً، إنه ملازم لأفعال البشر، ومن ثمة لا داعي للقول بأنه ظاهرة جديدة، بل اتساع الأضرار التي أصابت القيم والأخلاق، ثم المبالغة فيها من قبل وسائل الإعلام هي الشيء الجديد، ثم الاتجاه إلى استغلال القضية، واستثمار فضائح الفساد سياسياً⁽³⁾.

كلمة فساد تشكل صعوبة قائمة، وتظل كذلك، هذا بالرغم من تعدد المحاولات التي ترمي إلى ضبط مصطلح الفساد. لكن يبقى في الواقع أن التعريف يخضع لمكان وزمان تداوله، طبعاً، فالأمر يتعلق بالثقافة السائدة في كل مجتمع والنظرة الأخلاقية للفاعل. وفي هذا الصدد يمكن القول إن التطور الحاصل في المجال السياسي مثلاً فرض إعادة النظر في كيفية تمويل النشاط السياسي، وعدم القيام بأعمال من شأنها أن تدفع إلى الاستخدام السيئ للمناصب المنتخبة، أو الوكالات الانتخابية. ولدين مثلاً قضية تمويل الأحزاب السياسية، ففي بداية تطور النشاط الحزبي لم يكن هناك اعتراض على تمويل الأحزاب من طرف رجال الأعمال، أو التمويل الخفي، غير أنه مع تطور الممارسة والتشريع، تم اعتبار التمويل السياسي غير المشروع للأحزاب أو الجمعيات، فساداً سياسياً. في بعض البلدان وخاصة الإفريقية أو الدول التي لا تزال تحتكم إلى الأعراف والتقاليد، تسود ثقافات تشجع تقديم الهدايا لأعوان الدولة، هذا في الوقت الذي تواجه فيه الدول المتقدمة الأسباب التي تدفع المواطن إلى تقديم إعطية للموظف لقاء مصالحه⁽⁴⁾.

3- أنظر: Yves Meny, 'Corruption «fin de siècle»: changement, crise et transformation des valeurs,' Revue Internationale des Sciences Sociales, no.149 (Septembre 1996), p.359.

4- Jean-Luis Rocca, La corruption (Paris: Syros, 1993), p.108.

هيئة الأمم المتحدة، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، «مكافحة الفساد لتحسين إدارة الحكم،» برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (نيويورك، تشرين الثاني/ نوفمبر 1998)، ص90.

عناصر أخرى تشوش على الاتفاق على مفهوم للفساد⁽⁵⁾، منها عدم وضوح الحدود بين ممارسة الفساد وأنشطة أخرى في كثير من المجالات، وخاصة في النشاط السياسي، حيث تتلاشى كفاءات معرفة الحد الفاصل بين التمويل المشروع وغي المشروع للحملات الانتخابية مثلاً. ثم أن مادام هناك تداخل بين شتى أنماط النشاط الإنساني، يستحيل تمييز الفعل المشروع من غيره. كما أن الحدود الفاصلة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة غير واضحة وقارة، فعلى الرغم من وجود التشريعات التي تقيد ما هو من المصلحة المشتركة، هناك تباين في احتواء مظاهر الاعتداء على المصلحة العامة في الدولة. زيادة على ذلك، فإن نظرة الرأي العام للرشوة مثلاً أو لمختلف أشكال الفساد الأخرى، تتباين مع نظرة النخب الحاكمة، حيث لا ينفك المواطنون ينددون بالفساد وبالأطراف المتورطة في الفضائح المالية، بينما تتجاهل القيادات السياسية ذلك، وتعتبر بأن الفساد موضوع ليست له أهمية ولا يشكل أي خطر على الدولة. وأخيراً، فإن ما يصعب من وجود تعريف واحد لظاهرة الفساد، هو سيطرة الأفكار المسبقة في طرح الموضوع وفي معالجته، والمسألة تتعلق هنا بالأفكار الغربية التي لا تزال طاغية على أساليب التفكير ومنهجية البحث في دول العالم الأخرى. وهذا ما دفع مؤخراً إلى التفكير في الموضوع بقول تفكير محلية، تهتم تحديد التعريف انطلاقاً من التعرف على طبيعة الفساد السائد في كل دولة وفي كل مجتمع، ومن ثمة فالتعريف لا بد وأن ينطلق من الخصوصيات، لا يتم القبول بأي من المصطلحات قد لا تنسجم مع الواقع المدروس.

5- أنظر: Omar Azfar, Young Lee, Anand Swamy, «La Corruption: un mal nécessaire?» Problèmes Economique, no.2722 (18 Juillet 2003), p.14; Meny, «Corruption fin de siècle,» p.360.

1.1 تعريف الفساد :

تتعدد المفاهيم وتختلف جهات النظر لمصطلح الفساد، لذا هناك اتجاهات نظرية عديدة حاولت تعريف الظاهرة، من بينها التعريف الذي قدمه جوزيف ناي (J.S.Nye) في إطار مقارنة قانونية «الفساد سلوك يخالف الواجبات الرسمية للمنصب العام تطلعا إلى مكاسب خاصة أو معنوية. أو هو سلوك مناطه انتهاك القواعد القانونية بممارسة أنواع معينة من التأثير تستهدف تحقيق منفعة خاصة، تتمثل أبرز تجليات هذا السلوك في الرشوة (تقديم العطايا لشاغل المنصب العام بهدف تلوّث ضميره وذمته، والمحسوبية (أولوية القرابة والصداقة أو الانتماء الديني والجغرافي. الخ، على الكفاءة والاستحقاق في إسباغ النعم وأداء الخدمات) ونهب المال أو استخدامه بصورة غير مشروعة جرياً وراء منافع ذاتية»⁽⁶⁾. فالفساد هو كل فعل غير مشروع بنظر قانون العقوبات، أو أديبات الشغل. حيث أن التشريع هو الذي يرسم الحدود والمجال الذي يسمح للموظف العام أو في القطاع الخاص بإتيان تصرفات ويمنعه عن أخرى، على أساس أن كل تصرف يتعارض مع المصلحة العامة، هو تصرف محظور.

ومن بين المفاهيم المعتمدة حالياً من طرف المنظمات المناهضة للفساد: إساءة استخدام المنصب العام لخدمة مصلحة خاصة. فهو كل سلوك قائم على استخدام الموارد العامة، المناصب، الوكالات الانتخابية، الأموال وغيرها، استغلالاً سيئاً، بحيث تنتهك القوانين، ويتم الاعتداء على المصلحة العامة، وهذا سواء في القطاع العام أو الخاص. هناك أشكال وصور مختلفة يأخذها الفساد. في البداية من الباحثين من يرى أن الفساد يختلف باختلاف ميادين ممارسته، فهناك الفساد السياسي الذي يشير إلى إساءة استخدام السلطة السياسية من خلال التعسف واستغلال الوكالات الانتخابية، أو كل ما يتعلق بالتمويل السياسي غير المشروع، وتزوير العملية الانتخابية. أما الفساد القضائي

6 - محمد محمود ربيع، إسماعيل صبري مقلد [وآخرون]، موسوعة العلوم السياسية، الجزء الأول (الكويت: جامعة الكويت مؤسسة التقدم العلمي، 1994)، ص 489.

فيتعلق بكل الممارسات التي يتم بها الاعتداء على نزاهة القضاء، من خلال الخطأ العمدي في إصدار الأحكام، أو الضغط على أجهزة القضاء، وكذلك سوء استخدام سلطة القاضي. والفساد الإداري رشوة الموظف أو العون الإداري، وكل سلوك قائم على إساءة استخدام المنصب الإداري. والفساد المالي يتعلق بسوء صرف الموارد المالية العامة، من خلال ممارسات يعتبرها القانون جرائم مالية. ولهذا، وانطلاقاً من تعريف الفساد بأنه إساءة استخدام السلطة والنصب العامين، يمكن تقسيم أشكال الفساد بحسب نطاقه، والمستوى الذي يسود فيه، ثم صورة فعل الفساد. يأخذ من حيث نطاق انتشاره ثلاثة أشكال: الفساد العرضي (corruption Incidental) الفساد البيروقراطي أو الفردي، حجمه محدود، تقتصر ممارسته على عدد قليل الأفراد، أي يمارسه صغار الموظفين أو بعض الأشخاص المنعزلين. الفساد المؤسسي (Systematic corruption) أو النظامي، الفساد ميزة الهيئات الحكومية السياسية، والإدارية، والأمنية، والمؤسسات غير الحكومية كالأحزاب السياسية، وتنظيمات المجتمع المدني. تعد آثاره كبيرة مقارنة بالنمط الأول، مواجهته ذات تكاليف باهظة. الفساد النسقي (Systemic corruption) عندما يسود الفساد في الدولة والمجتمع، حيث الجميع يستخدم الوسائل والطرق غير المشروعة للنهب وجمع الثروة، وتحقيق المكاسب الشخصية. المؤسسات تخضع لأشخاص فاسدين، والعكس صحيح. هذه الوضعية تجعل محاولات الإصلاح نوعاً من المغامرة، لأن الفساد يعيد إنتاج نفسه، نظراً لأن المؤسسات الفاسدة تتعامل مع الأشخاص الفاسدين، وعادة ما تغري المؤسسات الأخرى على خرق القانون، وتشكيل تحالفات بين العناصر الفاسدة⁽⁷⁾.

ويمكن تقسيم الفساد بالنظر إلى مستوى ارتكاب الفعل أو الفاعل، وصفة أو شكل الفعل؛ حيث يصنف إلى فساد القيادة السياسية وشاغلي المناصب السامية في الدولة،

7- Michael Johnston, «Fighting systemic corruption: Social foundations for institutional reform,» in: Mark Robinson (Editor), «Corruption and development,» The European Journal of Development Research, vol.10, no.1 (June 1998), p.89.

ويسمى الفساد الكبير. وعند مستوى الأشخاص الذين يشغلون وكالة انتخابية ويسمى بالفساد التشريعي، وأخيراً عند مستوى أعوان الوظيفة العامة ويسمى بالفساد الصغير. أما الأشكال التي يأخذها الفساد فهي عديدة، وتعكس كل عمل يخالف القانون، وبه يتم الاعتداء على المصلحة العامة. مثل الرشوة الرشوة (Bribery) : تقديم شيء له قيمة (مادية أو معنوية) أو الاتفاق على جعل أو فائدة مقابل القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفة المرشحي، وتأخذ الرشوة صفة سياسية عندما يكون الهدف من دفعها أو تلقيها خدمة أهداف، والاستفادة من فوائد سياسية⁽⁸⁾. الزبونية (Clientelisme) : منظومة علاقات اجتماعية شخصية وغير متكافئة في آن واحد ويهيمن عليها تبادل الإعانات المفيدة لكلا الطرفين. تمثل علاقة تبعية شخصية تقوم على تبادل مشترك للمنافع بين الرئيس والزبون، اللذان يسيطران على موارد غير متساوية⁽⁹⁾. المحسوبية (Nepotisme) : اختيار الأفراد للوظائف العامة (السياسة أو الإدارية) لمعايير أخرى غير الجدارة والكفاءة، حيث تدخل اعتبارات الصداقة والقرابة وكافة أشكال التمييز بين الأفراد، وكذا الالتزامات السياسية والاجتماعية. التأثير واستغلال النفوذ: استخدام الموارد السياسية، والسلطة المنتدبة المخولة لصاحب المنصب العام للقيام بأعمال غير مشروعة، قصد التأثير ولخدمة أغراض خاصة. الاختلاس ونهب المال العام: تحويل المال العام لخدمة مصالح شخصية، بطرق غير قانونية، ويدخل ضمنه كافة أشكال النهب. التزوير: كفساد سياسي لما يتعلق بالتلاعب الانتخابي، تزوير العملية الانتخابية قبل وبعد إجرائها، من الضغط على المرشحين والناخبين، وتزوير النتائج⁽¹⁰⁾. التعسف في استخدام

8 - الموسوعة العربية العالمية، المجلد 11 (الرياض: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، 1999)، ص 288.

9 - أنظر: برو، علم الاجتماع السياسي، ص 574.

Transparency International, Combattre la corruption, p.15 ;

Jean-François Medard, 'Clientélisme politique et corruption',^a Revue Tiers Monde, no.161 (Janvier- Mars 2000), pp.75-85.

10 - أنظر : موريس دوفرجة، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري، ترجمة: جورج سعد (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992)، ص 85-90.

السلطة: استعمال السلطة بصفة غير قانونية، وتجاوز الحدود التي رسمها القانون لاستخدامها، ضد الأفراد أو ضد الأشياء العمومية.

يعد الفساد ظاهرة معقدة، فلا يأخذ السلوك الفاسد وجهاً واحداً، كما أن الظاهرة تتطور وتنمو من مستوى محدود إلى نطاق واسع ومعقد. وفي الواقع تعتبر الحالة التي يكون فيها الفساد عرضياً حالة استثنائية، لأن جل الدول تتراكم فيها مظاهر الفساد، ولكن بدرجات متفاوتة. فالدول التي يجري فيها احترام القانون، ومعايير الحكم الديمقراطي، يتقلص حجم الفساد فيه، عكس الدول التي لا يتقيد فيها الحكم بالقانون، وتعمها مظاهر الانحراف والتسلط. لذا، ينحصر التفكير حالياً في الكيفية التي يمكن بها ضبط الفساد وخاصة في الأنظمة التي توظف ماكينات الفساد للمحافظة على استقرارها ومعالجة الاختلالات الاقتصادية والاجتماعية التي تعاني منها. وفي هذا الإطار توصلت العديد من الأبحاث والدراسات إلى حصر مجموعة من العوامل التي تسهل انتشار الفساد، وهذا من منطلق الوقائع في الدول المتقدمة، وحالات العديد من البلدان المتخلفة. إن للفساد بيئة سياسية، واقتصادية ومجتمعية، وثقافية، تساعد على انتشار أشكال إساءة استخدام الموارد العامة.

1-2 بيئة الفساد :

تتلخص أهم أسباب الفساد فيما يمكن وصفه بمحيط الفساد، الذي يستجمع خليطاً من العناصر تشجع التصرفات غير المشروعة. وبقدر ما هناك من تباين في تحديدها، إلا أن هناك إجماع على أنه بقدر ما كانت الدولة ضعيفة، ومستوى النمو بطيء، تزيد إمكانيات دفع الرشوة، واللجوء إلى الوساطة، وغيرها من أشكال إساءة استخدام المنصب العام. وفي العقود الأخيرة، تبلور اتجاه علمي يرفض التفسير التاريخي، والأخلاقي للظاهرة، وصار يرتبط انتشار الفساد بنمط الحكم السائد، ومستوى التنمية.

وعموماً، فإن التراكم العلمي سمح بتقديم تفسيرات أكثر ملائمة لواقع الكثير من البلدان التي ينخرها الفساد. من العوامل السياسية التي تشجع على الفساد، ضعف مشروعية

النظام السياسي، حيث توصلت العديد من الدراسات إلى تأكيد العلاقة الإيجابية بين أزمة المشروعات السياسية ونمو الفساد، إذ أن فقدان النظام الحاكم مشروعيته التي يقوم عليها كل نظام سياسي حديث، أي أن الشعب هو مصدر الحكم ومنه تستمد القيادة شرعيتها. فكلما وقع الانفراد بالحكم، واجتمعت السلطات في يد رجل واحد أو حزب واحد، يظهر التسلط وينتشر الفساد. وأزمة الاستقرار السياسي حيث تسمح حالة الاضطراب والفوضى بنشر الفساد، لأن مؤسسات الدولة تكون ضعيفة، وتغيب القنوات الشرعية للتعبير والحصول على الحاجيات، كما تصبح وضعية عدم الاستقرار فرصة مناسبة للثراء والكسب غير المشروع. وغياب المشاركة السياسية فالدول التي تكون فيها المشاركة فعالة وذات قاعدة واسعة تعرف فساداً سياسياً محدوداً، باعتبار أن المشاركة تهدف إلى التأثير في العملية السياسية وتعد أداة رئيسية وحقيقية لمحاسبة السلطة. أما ضعف المشاركة السياسية، فإنه يؤدي حتماً إلى ارتفاع كبير في ممارسة الفساد السياسي، فالدول التي تعرف أزمة مشاركة سياسية، كضعف القنوات الرسمية للمشاركة، وتقييد منظمات المجتمع المدني، والتلاعب بنتائج الانتخاب، وطفغان أعمال الاحتجاج الجماعي والعنف كشكلين غير تقليديين للمشاركة السياسية... هذه الدول تشهد انتشاراً واسعاً للفساد في المؤسسات السياسية الحكومية وغير الحكومية⁽¹¹⁾ وتخلّف الأحزاب السياسية وهشاشة المجتمع المدني إن عدم الانسجام والصراعات الإثنية وصراعات الأجنحة داخل الأحزاب السياسية عادة ما يشجع الفساد فيها، كما أن الحاجات المتداخلة للأحزاب السياسية وتكلفة العمل السياسي والانتخابي، عادة ما يجعل موارد تمويل الأحزاب متداخلة، ويلاحظ ذلك في لجوئها إلى طرق غير مشروعة لممارسة عملها. كما

11 - حول العوامل السياسية، أنظر: صموئيل هانتنتون، النظام السياسي لمجتمعات متغيرة، ترجمة سمية فلو عبيد (بيروت: دار الساقى، 1993)، ص 201،

Jean-François Medard, «La Crise de l'état neopatrimonial et l'évolution de la Corruption en Afrique Sub-saharienne» Monde en Développement, vol. 26, no.102 (1998), pp.56-58; Hyacinth Sarassoro, La corruption du fonctionnaires en Afrique (Paris: Economica, 1979), pp.20-25.

أن ضعف العمل الأهلي وعدم قدرة التنظيمات الجماهيرية على فرض مكانتها، لا يساعد على التقليل من فرص الفساد. وعدم التكامل السياسي حيث تظهر العلاقة بالفساد من خلال أثر الانقسامات على المصلحة الوطنية، خاصة لما تستفحل ظاهرة الولاءات القبلية، مثلما تعرفه الدول العربية التي ما تزال تسيطر عليها البنى التقليدية، وكذا الدول الإفريقية. واختلال الأجهزة البيروقراطية الحكومية فقد ذهب تلمان (Tilman) إلى التأكيد على أن الفساد يمكن أن يأخذ مكانه في بيئة توفر فيها الحكومة الرسمية النسق البيروقراطي الحديث، الذي يعاني من ازدواجية الشخصية، التي ما تزال متمسك بالمعايير التقليدية في الإدارة الحديثة، وبذلك نجد الرشوة وتشغيل الأقارب غير المؤهلين؛ كما أن ضعف أجور مستخدم القطاع العام، يشجع عمليات النهب وقبول الرشاوى⁽¹²⁾.

وتتمثل العوامل الاقتصادية في أثر مستوى التنمية الاقتصادية مثلا نجد أن ضعف معدل التنمية الاقتصادية ينعكس سلبياً على الأفراد بشكل عام، حيث أن انخفاض الدخل الفردية (أي استهلاك الفرد من الطاقة) قد يقود المواطن إلى عن العزوف عن المشاركة السياسية واللامبالاة بممارسة الرقابة الشعبية ثم اللجوء إلى ممارسة العنف. ودور الاقتصاد الريعي حيث أن هذا النمط الاقتصادي ينشئ وظيفة أو سلوكاً اجتماعياً، أي البحث عن الربح، لصالح النخب المسيرة، أو فئة صغيرة أو محدودة تعيد توزيع أو استخدام هذه الثروة الريعية على الغالبية من السكان، تلك الفئة الموزعة غير المنتجة، تحصل بشكل مباشر على عناصر الثروة. فالبحث عن الربح يصبح سلوكاً لدى تلك الفئة، وهو سلوك فاسد، باعتبار أنه يفتقد النظرة الإنتاجية، ويكاد ينعزل عن دورة الإنتاج وما يتطلب من جهود وتحمل المخاط. وأثر التبعية الاقتصادية حيث أن زيادة الاعتماد على الخارج يعني إن الدولة في تبعية كبيرة للدول الأخرى، والتي هي بدورها دول ينتشر فيها الفساد، ما دام أن الفساد قد تحول إلى ظاهرة عالمية، مرتبط بالتطور الاقتصادي الذي

12 - علي شتا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل (القاهرة: مطبعة الإشعاع الفنية)، 1999، ص 46.

حصل في الدول المتقدمة. وتكاليف التحول الاقتصادي فقد أثبتت العديد من التجارب في كثير من الدول أن الإصلاحات الاقتصادية تعد سبباً من أسباب نمو وانتشار الفساد، وهذا في البلدان التي تحاول تطبيق تلك الإصلاحات للانتقال من نمط الاقتصاد الموجه إلى نمط اقتصاد السوق والخصخصة، فأثناء بيع شركات القطاع العام، تكون الرشوة حاضرة بقوة⁽¹³⁾.

أما العوامل الاجتماعية والثقافية، تتجلى في عدم العدالة التوزيعية، إذ أن الدول التي تعاني من تفاوت كبير في توزيع المداخيل والثروة الوطنية، فإن ذلك يساعد على نشر الفساد فيها. وانتشار حالة الاغتراب في المجتمع لأن الاغتراب يفضي عند مستويات منه للسلوك الإجرامي، خاصة ممارسة الرشوة، ما دام أنها تمثل له وسيلة لإزالة الغبن عنه وتحسين الأوضاع المتدهورة. واختلال القيم الاجتماعية إذا كان العلماء قد برروا ظاهرة الفساد، بتقهقر القيم الأخلاقية، فإن البعد الأخلاقي يعد ضرورياً لفهم نمو الظاهرة، ما دامت تلك القيم تعد المقياس الرئيسي للسلوك الفردي والجماعي، فالفساد يظهر من خلال إطار من القيم المسماة بالقيم المنحرفة أو الفاسدة. طبيعة الثقافة السياسية السائدة، تصبح الثقافة السياسية مشجعة على الفساد السياسي لما تكون ثقافة سياسية سلبية، غير قادرة على التأثير والتفعيل، وبالتالي عدم القدرة على ضبط السلوك الفردي والجماعي معاً، وعندما تتحول تلك الثقافة إلى ثقافة لتبرير السلوك الشاذ والمنحرف، فإنها تساهم في تعميم ذلك السلوك⁽¹⁴⁾.

13 - حول العوامل الاقتصادية، أنظر: «L'Analyse des coûts économiques de la corruption», Cartier-Bresson, Revue Française de Finances Publiques, no.69 (Mars 2000), pp.23-27; Michael Johnston, «Corruption et démocratie: Menaces pour le développement possibilités de réforme», Revue Tiers Monde, no. 161, (Janvier-Mars, 2000), p.129; Patricia Vornetti, «Recherche de rente, efficacité économique et stabilité politique», Mondes en Développement, vol.26, no.102 (1998), pp.13-14†; Marie Mendras, «Enrichissement et clientélisme en Russie», Mondes en développement, vol.26, no.102 (1998), p.89.

14 - وحول العوامل الاجتماعية، أنظر: جلال عبد الله معوض، «الفساد السياسي في الدول النامية»، دراسات عربية، السنة 23، العدد 4 (شباط/ فبراير 1987)، ص 4. لاري دايموند، «الثقافة السياسية والديمقراطية»، في كتاب لاري دايموند (معد)، مصادر الديمقراطية: ثقافة المجموع أم دور النخبة (بيروت: دار الساقي، 1994)، ص 16.

هذه بعض أسباب الفساد، وهناك عوامل أخرى ترتبط بطبيعة كل نظام سياسي، والظروف السائدة في كل بلد. حيث أن النظم الديمقراطية والبلدان المتقدمة لا ينعدم فيها الفساد، بل هناك درجة من الفساد بسبب قصور آليات الرقابة في مجال العمل السياسي والاقتصادي، وكذا بسبب استمرار المحافظة على ذلك القدر من الممارسات غير المشروعة في تلك البلدان. وعليه، تعتبر النظم الانتخابية، والسياسات العامة مثلاً إحدى المتغيرات التي يتم الاعتماد عليها لفهم آليات الفساد في دول الشمال، إلى جانب العولمة التي تعتبر اليوم مدخلاً رئيساً لفهم الظاهرة.

2. العولمة: المفهوم، الخصائص والأبعاد

لعولمة مفهوم آخر آثار ولا يزال جدلاً كبيراً بين المفكرين والباحثين، ونتيجة للاهتمام المتزايد بالظاهرة، وكثرة الأبحاث والكتابات حول العولمة، فقد تعددت التعاريف، وتبلورت على إثرها اتجاهات نظرية عدة، وهذا أمام الصعوبات التي يطرحها المفهوم.

في البدء، تعتبر كلمة العولمة (globalisation) ذات الأصل الانجليزي مفردة دخلت في التداول في نهاية التسعينات برعاية الكندي مارشال ماكلوهان (M. Macluhan)، وزيغنيو بريجنسكي (Z. Brizinski). حيث ابتكر الأول مفهوم "القرية العالمية"، أما الثاني فكان يرى في ظهور الثورة الإلكترونية ترسيخاً للقوة العظمى للولايات المتحدة الأمريكية كأول مجتمع معلوم في التاريخ⁽¹⁵⁾. ويعد كل من رايزر (Rizier) وديفيد (David)، أول من نحت فعل يُعولم وذلك في أربعينات القرن العشرين، وتشير كلمة عالمية إلى كل ما هو عالمي أو كوني، وإلى عملية نشر الخبرات والمعارف عبر الشعوب.

15 - جان زيغلر، سادة العلم الجدد: العولمة. النهابون - المرتزقة. الفجر، ترجمة: محمد زكرياء إسماعيل (بيروت: مركز دراسات الحدة العربية: 2003)، ص 26.

هناك من يرى بأنها **تكثيف للعلاقات الدولية** وازدياد التفاعل بين أطراف المجتمع الدولي، وفي هذا الإطار يرى كل من سورنسن (Sorensen) ، وهولم (Holm) أن العولمة تكثيف العلاقات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية عبر الحدود. وهي بهذا المعنى تشير إلى فكرة التدويل، تدويل العلاقات والتفاعلات الاجتماعية بحيث لا تعد مقصورة على المحلي بل تمتد إلى ما وراء الحدود⁽¹⁶⁾. ويذهب فريق آخر إلى القول بأنها تعني محو الإقليمية والاتجاه نحو ما يسمى بـ فوق الإقليمية، وبالتالي النظر إلى العولمة كعملية إعادة تصوير لخريطة العالم بحيث لا يبدو مقسماً إلى أقاليم متميزة تفصل بينها حدود إقليمية. وفيه اتجاه آخر ينظر إلى العولمة بمعنى الكونية، أي اعتبار كوكب الأرض أو الكون كوحدة واحدة، ومن ثم فالعولمة من وجهة نظر هؤلاء هي محاولة لتحقيق ما يشبه الوحدة الكونية (Universalisation) وهناك اتجاه آخر يرى في العولمة أنها تعني التحرير، أو النزوع نحو الليبرالية، بمعنى التحرير وإزالة القيود والمعوقات التي تفرضها الحكومات على كافة الأنشطة السياسية والاقتصادية. وفي هذا الصدد تندرج عملية الديمقراطية وانتهاج آليات اقتصاد السوق. ولقد تطور تيار فكري يعكس وجهة نظر دول الجنوب للعولمة واعتبرها إذن شكل حديث للاستعمار أو الهيمنة، وهي صورة من صور الامبريالية. كما تعني التغريب والأمركة، إذ يرى كل من بايبي (Bibi) وتايلور (Taylor) أنها عملية حركية يتم بواسطتها فرض الهياكل الاجتماعية للحداثة من المنظور الغربي عبر العالم.

ويرى محمد عابد الجابري أن العولمة التي يجري الحديث عنها الآن، هي نظام ذو أبعاد تتجاوز نطاق الاقتصاد لتشمل مجالات السياسة والفكر وهي تشير إلى محاولة تعميم نمط حضاري يخص بلداً بعينه (الولايات المتحدة الأميركية) على بلدان العالم أجمع... فهي ليست تطور تلقائي للنظام الرأسمالي بل إنها دعوة إلى تبني نموذج معين... إنها إيديولوجية تعكس الإرادة الأمريكية للهيمنة على العالم وأمركته⁽¹⁷⁾.

16 - ممدوح محمد منصور، العولمة: دراسة في المفهوم والظاهرة والأبعاد (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003)، ص 11.

17 - نبيل علي، الثقافة العربية في عصر المعلومات (الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 2001)، ص 39

العولمة كعملية وكنظام تعني التدويل، التحرير، الكونية، التحديث والميل للغرب، ومحو الإقليمية. فهي ظاهرة متعددة الأبعاد. لكن ينبغي التفرقة بين العولمة والعالمية، العولمة هي إرادة أو محاولة لقمع الخصوصيات القومية واختراق الآخر وسلب خصوصياته. أما العالمية فهي الارتقاء بالخصوصية إلى المستوى العالمي، أو بعبارة أخرى انفتاح المحلي على ما هو عالمي. ويعد مفهوم العولمة مفهوماً جديداً برز بشدة في أوائل التسعينات مع ازدهار تكنولوجيا الاتصالات (خاصة الرقمية)، بحيث صار مفهوم الكونية يبدو قابلاً للتحقق لأول مرة في تاريخ البشرية. فقد ساهم التطور الذي شهده مجال الإعلام الآلي والبرمجيات، في تقريب المسافات وتسهيل الاتصالات إلى الحد الذي جعل العالم أشبه بقرية متشابهة⁽¹⁸⁾.

إن ما يفسر العولمة مجموعة من العوامل، حيث يشير برودال في معرض حديثه العولمة إلى دور المتغيرات التاريخية، وهي نوعان: طويلة المدى: تلك العوامل التي ترتب آثاراً تراكمية على امتداد مراحل زمنية طويلة. إن أن ازدياد وتكاثر التفاعلات الدولية وتطور وسائل الاتصال، أوجد النزعة إلى العالمية أو الكونية. والمتغيرات الطارئة أو الحديثة: المرتبطة بوقوع حدث معين من شأنه أن يرتب آثاراً جوهرية سريعة خلال فترة زمنية قصيرة، وهي الآثار التي ترتبط عادة بالتحويلات التاريخية الكبرى، مثل انتهاء الحرب الباردة. وفي هذا السياق شهد العالم عقب سقوط الاتحاد السوفيتي تحولاً جذرياً، كيفياً وفجائياً في أنماط التفاعل وموازين القوى، ولم يعد الأمر متعلقاً بكثافة التفاعلات، بل أصبحت الاعتبارات العالمية ذات أولوية على الاعتبارات المحلية، وصار نموذج واحد يغلب على بقية النماذج الأخرى؛ وبالتالي شهدت الإنسانية انتقالاً من العالمية إلى العولمة، من أبرز سماتها تتجلى في الأبعاد الآتية:

18 - أنظر: محمد منصور، العولمة: دراسة في المفهوم والظاهرة والأبعاد، ص17؛ هانس بتر مارتين، هارولد شومان، فخ العولمة، ترجمة: رمزي زكي (الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 1998)، ص57.

* سياسياً : الدولة الوطنية من بين التغيرات التي طرأت على التنظيم الدولي، تلك التي مست الدولة الوطنية، إذ تقلصت سيادة الدولة، بفعل التغيرات العلمية الحاصلة، إذ يرى بول كندي أن التغيرات الدولية وضعت الدولة القومية نفسها على بساط البحث، وقد بدأ أهم ممثل على المسرح السياسي والدولي يفقد على ما يبدو قدرته على التحكم والتماسك، لا بل أيضاً على مجابهة الظروف الجديدة⁽¹⁹⁾. إن إعادة النظر في سيادة الدولة اليوم، فرضه تعاضم الفواعل الأخرى مثل الشركات متعددة الجنسيات، وترسخ نظام اتصالي عالمي منفلت إلى حد بعيد من قبضة الحكومات، وكذا ما تظلم به بعض المنظمات الدولية غير الحكومية من دور متزايد، كل هذا أدى إلى تهميش دور الدولة، مما دفع البعض إلى القول بأن العالم يشهد حالياً ما يمكن تسميته بأفول السيادة؛ وفيه من يرى أن العالم انتقل إلى مرحلة ما بعد السيادة، بل هناك من ذهب إلى القول بمرحلة موت الدولة، نظراً لتراجع القدرة التنظيمية للدولة، وأمام ما باتت تفرضه العولمة من معايير تضع البرلمانات والحكومات تحت الوصاية⁽²⁰⁾. والحكم كبديل للحكومة، حيث برز مفهوم الحكم، وأضحى متناسباً مع حقائق الواقع السياسي الوطني والدولي، إذ لم يعد بمقدور الحكومة إدارة الشؤون العامة بمفردها، بل صارت تشاركها فواعل متعددة داخلية (المجتمع المدني - القطاع الخاص...)، وأخرى خارجية (المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، الشركات متعددة الجنسيات...). وفي ما يخص الاندماج السياسي، فإن إحدى السمات الرئيسية لظاهرة العولمة، ازدياد التكامل السياسي بين الدول المتقدمة، وهنا يمثل الاتحاد الأوروبي أبرز عملية اندماجية ناجحة في العالم، حيث وصل إلى مرحلة متقدمة جداً من التكامل الاقتصادي، ويبقى تحقيق التكامل السياسي من خلال سعي التجمع الأوروبي لاعتماد دستور الاتحاد⁽²¹⁾. لقد صارت الوحدات السياسية المندمجة، أكثر تأثيراً في

19 - بول كندي، الإعداد للقرن الواحد والعشرين، الجزء الأول: التحولات الإقليمية، ترجمة: نظير جاهل (بيروت: دار الأمانة الحديثة، 1998)، ص 225.

20 - زيغلر، سادة العلم الجدد: العولمة - النهايون - المرتزقة. الفجر، ص 89.

21 - كندي، الإعداد للقرن الواحد والعشرين، الجزء الثاني: الرابعون والخاسرون، ص 117، وما بعدها.

الساحة الدولية، وأكثر تجاوباً مع المعطيات التي تفرضها العولمة. وعليه، ما يلاحظ الاتجاه نحو الاندماج في الدول المتقدمة، وازدياد التفتت والانقسام في الدول المتخلفة، وانتشار نزعات التفكك والصراعات العرقية الداخلية.

* اقتصادياً : ازدياد الاندماج الاقتصادي شهد القرن العشرين تزايد الاندماج والتكتل الاقتصادي، إذ تم إبرام ما يقارب 109 اتفاقية للتعاون الاقتصادي الإقليمي خلال الفترة 1948 وحتى 1994⁽²²⁾. وبرز الاتحاد الأوربي ومجموعة الدول الآسيوية ككتل اقتصادية ذات تأثير بالغ على الاقتصاد العالمي. وتغير بنية النظام الاقتصادي العالمي : تراجع قدرة الحكومات الوطنية على توجيه النشاط الاقتصادي، أدى إلى تحول مركز الثقل الاقتصادي العالمي إلى صالح القوى والمؤسسات عبر القومية، والتي أصبحت متحكمة فيه. لذا أضحت الاقتصاد معلوماً، بمعنى تغير هيكله في طبيعة البنية الرأسمالية العالمية، كما أن الكيان الرئيسي هو الاقتصاد الكوني، وهو اقتصاد يعمل من أعلى إلى أسفل بشكل مستقل عن الاقتصاديات القومية. ونتيجة لعولمة الأسواق، تحول النظام الاقتصادي الدولي الذي بداخله ترسم الدول الحدود بين التجارة الداخلية والتجارة الخارجية إلى اقتصاد متعدد الجنسيات، والمهم في هذا المجال تسريع حركة الرساميل في جميع أنحاء العالم وإجراء التقييم النهائي لأماكن الإنتاج الوطني من قبل الأسواق المالية المنظمة على شكل شبكة على مستوى العالم حسب يورغن هابرماس⁽²³⁾ (J. Habermas). وتزايد دور المؤسسات والمنظمات الاقتصادية العالمية: بفضل تزايد النزعة نحو الحكم على المستوى في المجال الاقتصادي، وهو ما تضطلع به المؤسسات الدولية المالية (البنك الدولي - صندوق النقد الدولي)، والمنظمات الاقتصادية الدولية وأبرزها منظمة التجارة الدولية. والتخصص وتقسيم العمل على المستوى الدولي في ظل عولمة الإنتاج : فقد نتج عن إزالة الحواجز الإقليمية، وتحرير التجارة وحرية انتقال رؤوس الأموال والسلع

22- محمد منصور، العولمة: دراسة في المفهوم والظاهرة والأبعاد، ص 59.

23- زيغلر، سادة العلم الجدد: العولمة- النهايون- المرتزقة- الفجر، ص 81.

والأفراد، زيادة كفاءة استثمار الموارد على المستوى العالمي، من خلال الاستفادة من مزايا التخصص وتقسيم العمل. وازدياد قدرة الشركات متعددة الجنسيات: حيث سمحت التطورات الحاصلة بتقوية دور هذه الشركات، وتساعد تأثيرها الوطني والعالمي. إنها تقوم اليوم أساساً بخلق التقنيات والتحكم بها، وباتت تهتم بحقل نشاطها أكثر مما تهتم بمسؤولياتها⁽²⁴⁾. ثم إن المحيط الاقتصادي الدولي يشهد تزايد عمليات الاندماج بين الشركات العملاقة قصد تحجيم المنافسة، وزيادة الكفاءة، واقتسام الأسواق. لذا تلعب الثورة التقنية والاتصالية دوراً كبيراً لتسريع التحولات التي يعرفها النشاط الاقتصادي، إن العالم يعيش عصر التكنولوجيا الفائقة، ساهمت في ازدهار الرأسمالية، وأثمرت نقلة كمية ونوعية في أسلوب ونمط الإنتاج.

* اجتماعياً وثقافياً : حال الطبقة الوسطى من بين الإفرازات السلبية للعولمة زيادة التفاوت الطبقي، وتآكل الطبقة الوسطى في العديد من المجتمعات. وهذا نتيجة الآثار السلبية للتحولات الجارية، والتي ساهمت في تفاقم مشاكل هذه الطبقة، خاصة معاناتها من الاغتراب السياسي والاجتماعي والثقافي. وتراجع الدور الاجتماعي للدولة بعد أن تراجع سياسياً واقتصادياً. ويتجلى ذلك في تقلص الإنفاق الحكومي على الخدمات العامة، وبرامج الرعاية الاجتماعية، إذ أن احتدام المنافسة الاقتصادية دولياً جعل الدولة مضطرة إلى منح العديد من الامتيازات للمستثمرين مما أنقص من الموارد المالية للدولة. وغلبة النزعة المادية: بمعنى سيطرة الجانب المادي على الجانب الروحي والقيمي، بفضل ما أتاحتها العولمة من قيم مشجعة ومركزة على الاستهلاك. ومحو الخصوصيات نتيجة محو الإقليمية والتدويل، والتوجه نحو تبني فكرة الثقافة العالمية الواحدة.

24- كندي، الإعداد للقرن الواحد والعشرين، الجزء الأول، ص 83.

ثانياً : عولمة الفساد : تأثير العولمة على الفساد

لدراسة تأثير العولمة على ظاهرة الفساد، نتعرض في الجزء الثاني لدراسة تطور الظاهرة خلال فترة ما بعد الحرب الباردة، ثم في فترة ما بعد أحداث 11 أيلول/سبتمبر 2001؛ باعتبار أن الفترة الأولى تعد نهاية مرحلة تاريخية، وبداية مرحلة تاريخية جديدة. في حين تعتبر الفترة الثانية مجموعة من التحولات طرأت على النظام العالمي، برهنت على مدى تأثير العولمة. لكن ما يهم بيانه في هذه الورقة، هو رصد مدى مساهمة العولمة في نشر الفساد، وإعطائه صبغة عالمية.

1 - ظاهرة الفساد ما بعد الحرب الباردة :

يعد الفساد في الغرب واحداً من المنتجات الفرعية للحرب الباردة بنظر م. ليدن⁽²⁵⁾. إذ أنه و نتيجة لعدم تداول السلطة في دول المعسكر الشرقي ، فقد انتشر الفساد في الأنظمة التسلطية، وصار فساداً نسقياً برز بشكل جلي عقب انهيار الاتحاد السوفيتي ، وانحلال جمهورياته، وتفككها بسبب الفساد الذي ظل ينخرها. إذ صار يغذي الأزمة المركبة التي تشهدها تلك الجمهوريات. نجد أيضاً أن الغرب الرأسمالي عانى خلال الحرب الباردة وبعدها من استفحال الفساد السياسي، ولاسيما الولايات المتحدة الأمريكية، وإيطاليا، واليابان، والعديد من الدول الأوروبية. فمع فتح التحقيقات وانتشار التحريات ، تم الكشف عن الفساد المؤسسي في كثير من الدول، وعموم الفساد الحزبي والتشريعي⁽²⁶⁾. إن الفساد في فترة الحرب الباردة قد تجاوز انقسامات الأنصار، كما عبر أيضاً الحدود

25 - ليكن روبرت، « وباء الفساد الكوني،» ترجمة: شهرت العالم، الثقافة العالمية، عدد 85، (تشرين الثاني/نوفمبر- كانون الأول/ديسمبر 1997)، ص 109.

26 - أنظر: Meny, «Corruption «fin de siècle»: changement, crise et transformation des valeurs,» p.365.

الوطنية. ومن بين تلك الأدلة على نمو الفساد السياسي، شبكة الفساد التي حيكت على طريقة أحزاب اليسار الحاكمة في فرنسا وإيطاليا وإسبانيا⁽²⁷⁾.

وقد لعبت منظمة الشفافية الدولية دوراً بارزاً في كشف الستار عن الفساد في العالم ككل، وفي الديمقراطيات الغربية، وهذا منذ تأسيسها عام 1993، عبر تقاريرها السنوية، إذ أكدت على انتشار الفساد في مختلف دول العالم، ونهت لمخاطر استفحال الظاهرة. ومن خلال مقياس الشفافية الذي تضعه المنظمة، تصنف الدول الصناعية المتقدمة في مراكز الدول الأكثر فساداً⁽²⁸⁾. إن تعاطم الفساد في مرحلة ما بعد الحرب الباردة، يوضح مدى الأزمة الأزمة الأخلاقية التي أصابت الديمقراطيات الغربية، فلم يعد الفساد بمختلف أشكاله (ولاسيما الرشوة) خلافاً وظيفياً يتعذر تجنبه، بل أصبح من مؤشرات الأزمة التي أصابت العديد من الأنظمة، وأضحى يغذي عدم الثقة الجماهيرية المتصاعدة ضد الساسة. في الدول الانتقالية التي عرفت عمليات تحول سياسي، واقتصادي مطلع التسعينات، شهدت تنافساً مؤسسياً وثقافياً داخلياً؛ وكان الصراع بين النخب والمؤسسات المتنافسة عبر فترات من الفساد. ولا يعد الفساد ظاهرة جديدة في هذه الدول، فهي في الأصل ذات أنظمة فاسدة، يقوم الحكم فيها على أساس الفساد السياسي، واعتماده آلية من آليات إدارة الحكم التسلطي. ولذا تصنف الدول الانتقالية وخاصة الدول الإفريقية دول رائدة في ممارسة الفساد. سبق وأن أكدت مسوح الرأي العام نشرتها وكالة الإعلام الأمريكية عام 1995، أن الفساد قد تزايد منذ انهيار الشيوعية، وهو ما أثبتته العديد من الدراسات التي قامت ببحث أزمات الأنظمة التسلطية. وبعد تأسيس منظمة الشفافية الدولية (Transparency International) أضحى بالإمكان التعرف على حجم الفساد في العالم، وهذا بفضل الفهرس السنوي الذي تصدره المنظمة منذ 1995، حيث يجري إعداده

27- روبرت، « وباء الفساد الكوني، » ص 109.

28- يمكن الاطلاع على تقارير المنظمة المنشورة على موقعها الإلكتروني: www.transparency.org

بطرق علمية تعتمد على عمليات سبر الآراء، والأبحاث الميدانية. وتصنف الدول المتقدمة سياسياً واقتصادياً بين الدول الأقل فساداً، بينما تحتل الدول المتخلفة والمجتمعات الفقيرة مرتبة سيئة. ولذا تشير تقارير المنظمة، ومعها البنك الدولي، إلى تنامي الفساد بشكل واضح في العديد من الدول التي باشرت الإصلاحات الاقتصادية غداة سقوط جدار برلين.

دور العولمة : إن ما أصبحت تثيره الثورة الصناعية الثالثة، ومختلف التغيرات التي أفرزتها العولمة بعد نهاية الحرب الباردة، جعل المؤسسة السياسية والاقتصادية تحت الاختبار في كل أنظمة العالم. العولمة بخصائصها وأبعادها، التحرير، التدويل، الاندماج، زيادة على أهم خاصة والمتمثلة في الثورة التقنية والمعلوماتية، كلها عوامل ساهمت في نمو الفساد وعولمته. لقد خلقت العولمة مناخاً سمح بتغيير طبيعة الفساد، لتتحول من ظاهرة تتم في اتجاه واحد، من الشمال إلى الجنوب، ولم تعد مشكلة وطنية، بل صارت وباءاً عالمياً. صاحب استفحاله مجموعة من الاعتبارات والعوامل المساعدة، خاصة السرعة والفورية اللتان تميزان العولمة.

وحسب بطرس بطرس غالي الأمين العام السابق لهيئة الأمم المتحدة فإنه ليست هناك عولمة واحدة بل ثمة عولمات عديدة ... هناك عولمة في مجال المعلومات والمخدرات والأوبئة والبيئة وطبعاً، وقبل هذا وذاك في مجال المال أيضاً، ومما يزيد الأمر تعقيداً أن العولمة قد صارت تتعاضد في المجالات المختلفة بصورة متباينة... إن كثرة التحولات التي تعصف بالعالم وعدم تحقق هذه التحولات في كل أرجاء المعمورة في آن واحد بسبب تعقيد المشكلات على نحو بالغ، فإنها يمكن أن تفضي إلى توترات وخيمة⁽²⁹⁾.

قادت العولمة بما فرضته من تغيرات، إلى حدوث آثار سلبية كبرى، خاصة أثر العولمة الاقتصادية، إذ أن تعاضد دور الشركات متعددة الجنسيات، وتحجيم دور الدولة، وتسهيل تدفق الأفراد ورؤوس الأموال، والمعلومات وما أصبحت تثيره التجارة الإلكترونية، عوامل

29- بتر مارتين، شومان، فخ العولمة، ص 324، وص 328.

شجعت نمو الفساد. حيث ساهمت الشركات متعددة الجنسيات في عولمة الفساد، لأنه ومنذ نشأتها (القرن السادس عشر)، استخدمت الفساد، بالضغط على الحكومات والنخب لتعديل سياساتها بما يخدم أغراضها الاستثمارية، وفي إطار المنافسة مع الشركات الأخرى . ولقد سهلت الثورة التقنية والمعلوماتية، واللذان تتميزان بالتصغير والسرعة والتسارع، من ممارسة الفساد بفاعلية أكبر، وازداد حجم التغطية على الجرائم المالية لتلك الشركات، وتعاضم نفوذها السياسي، والمالي والإعلامي. وهكذا تعتمد العولمة على التجارة الحرة لتمكين الشركات المعولمة من ضمان أسواق عالمية مما يجعل الفرص غير متكافئة للشركات الوطنية إطلاق يد المؤسسات المالية المعولمة للمضاربة، أو الاستثمار في اقتصاديات الشعوب الإنتاجية⁽³⁰⁾.

لقد سمحت التحولات التي طرأت على النظام الدولي بعد أفول المعسكر الشرقي، سمحت بعولمة الفساد، وعليه عرف القرن الواحد والعشرين انفجاراً عالمياً للظاهرة، وقد أرجع أحد الباحثين انتشار الفساد إلى: نهاية الحرب الباردة وبداية مرحلة جديدة، حملت معها تغيرات هيكلية، وبنوية في النظام العالمي. واستمرار نمو الفساد، على الرغم من عدم وجود مبرر لرشوة الديكتاتوريات لمواجهة الاتحاد السوفيتي من طرف الديمقراطيات الغربية. وبرز أسواق معولمة. وأخيراً، تزايد الجريمة المنظمة⁽³¹⁾.

2 - الفساد المعولم بعد أحداث 11 أيلول / سبتمبر 2001

مثلت أحداث 11 سبتمبر حدثاً تاريخياً بارزاً، كان لها تداعيات مهمة على النظام الدولي، ونجم عنها ردود فعل وتغيرات كبيرة ترتبت عن الهجمات التي تعرضت لها الولايات المتحدة الأميركية. تغيرات برزت في توجه الدول الغربية إلى الدخول في حرب على

30- زلوم، نذر العولمة، ص 338.

31- Miriam Kroster A Golden, «Does globalization reduce corruption? Some political consequences of economic integration.» Workshop in Comparative and Historic Analyses, Stanford University, October,28,2002, p.3.

الإرهاب، وهذا باعتماد استراتيجيات أمنية من خلال تطبيق إجراءات أمنية وتشريع قوانين في الداخل، واللجوء إلى انتهاج أسلوب القوة والحرب الوقائية، خاصة من طرف أميركا، وكذا انتهاج سياسة خارجية من بين أهدافها نشر الديمقراطية، وتعميم اقتصاد السوق في أغلب دول العالم، ولاسيما في العالم العربي. لقد دفعت تداعيات الأحداث وما نجم عنها من ردود فعل، بعض المهتمين يذهب إلى القول بأنها زادت من الدعوة إلى ضرورة عولمة العولمة، انطلاقاً من أنه إذا كان العالم كله سيدفع ما جرى لأميركا بحكم قوانين العولمة، سيستجيب لمطالبتها له بالمشاركة في الحرب ضد الإرهاب⁽³²⁾. لذا نشهد حقيقة الانتقال من من العالمية إلى العولمة، وتحديداً الأمركة، حيث يجري تطبيق الإستراتيجية المذكورة أعلاه بما يخدم مصلحة أميركا.

ما هي انعكاسات الأحداث على ظاهرة الفساد؟

تسارعت الجهود الرامية للحد من الفساد منذ منتصف العقد الأخير، وتركزت تلك الجهود في إطار السياسات التي أطلقتها المؤسسات المالية الدولية (صندوق النقد والبنك الدوليين)، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، والمنظمات غير الحكومية (الشفافية الدولية)، والدعوة علانية إلى شن حملة دولية ووطنية ضد الفساد، وهذا بسبب التكاليف الباهظة للفساد في العالم المتقدم والعالم النامي. وتتمحور تلك الاستراتيجيات حول تبني الشفافية في العمل السياسي والاقتصادي، من خلال تعزيز آليات الرقابة، والمحاسبة. وتستند تلك الآليات على ركيزة أساسية وهي توفير المعلومات، لذا تعمل المنظمات المناهضة للفساد على القيام بحملات للمطالبة بحيازة المعلومات، وضرورة الاطلاع على ما تقوم به الحكومات والشركات الخاصة.

32- وليد عيسى سليمان، «قراءة لكتاب: إبراهيم نافع، انفجار سبتمبر بين العولمة والأمركة»، السياسة الدولية عدد 148، (نيسان/ أبريل 2002)، ص 226.

غير أن أحداث سبتمبر وما انجر عنها من آثار انعكست سلباً على جهود مكافحة الفساد. لقد كانت مبرراً للاستمرار في إحاطة العمليات السياسية والأمنية بالسرية والكتمان. وفي هذا الصدد سجل تقرير منظمة الشفافية لعام 2003، أن أحداث أيلول/ سبتمبر دعمت استعداد الحكومات على مناقضة طلب الشفافية. إذ كان رد الولايات المتحدة الأميركية باتخاذ تدابير صارمة لإلغاء المعلومات على موقع شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، والتي قد تساعد الإرهابيين في التخطيط لشن اعتداءات ارهابية. لقد اتخذت الوكالات الفيدرالية بما في ذلك وكالة حماية البيئة، ووكالات تنظيم الطاقة النووية، بالإضافة الى عدد من حكومات الولايات المتحدة، مجموعة من التدابير التي تقف في طريق حيازة المعلومات؛ وحتى فرقاء المجتمع المدني تعاطفوا مع سياسة إخفاء المعلومات⁽³³⁾.

العديد من الحكومات في العالم سارت على نهج أميركا، وبادرت بتنفيذ إجراءات أمنية، وتدابير وقائية حجت المعلومات، وغطت على ممارسات الفساد، بحجة مكافحة الإرهاب، ولاسيما النظم السياسية غير الاستبدادية التي وفرت لها تلك الأحداث المشروعية للاستمرار في احتكار السلطة، وممارسة الفساد، ونهب ثروات شعوبها. لذا هناك غياب تام لمسامي حكومية من شأنها الزيادة في تدفق المعلومات أو الحصول عليها، ويلاحظ بالمقابل تشديد الرقابة على حيازة المعلومات، مما هدد بالحد من حرية الإعلام⁽³⁴⁾.

قبل سنوات، تعالت الأصوات المطالبة بالمزيد من الشفافية في العمل السياسي والاقتصادي على الصعيد الدولي، قصد تجفيف منابع الجريمة المنظمة، باعتبار أن الفساد يشجع نمو الأنشطة غير المشروعة، ولاسيما أنشطة غسيل الأموال التي يقوم بها المسؤولين الفاسدين، بتحويل ما يحصلون عليه من ثروات مصدرها ممارسة الفساد، إلى

33. انظر : جيرمي بوب، «حيازة المعلومات، منظمة الشفافية الدولية»، التقرير العالمي للفساد 2003:

www.globalcorruptionreport.org.gcr2003.htm

34. انظر: بيتينا بيترز، «دور وسائل الإعلام في تغطية أو كشف الفساد»، المصدر نفسه.

استثمارات، أو استغلال تلك الأموال في تمويل الجريمة المنظمة. حيث قدر صندوق النقد الدولي مجموع الأموال التي تغسل سنوياً بما يعادل 3 إلى 5 بالمائة من الناتج المحلي الإجمالي العالمي، وهو مبلغ يتراوح ما بين 300 بليون و 1.8 تريليون دولار، ونسبة كبيرة من نشاط غسل الأموال تتعلق بأموال متأتية من الفساد⁽³⁵⁾. ويقدر حجم الأموال التي استولى عليها في العقود الماضية بأساليب فاسدة وغير مشروعة من بعض أفقر بلدان العالم، ومعظمها في إفريقيا من جانب سياسيين وعسكريين ورجال أعمال وأودعت خارج بلدانها في شكل عقود وأسهم وسندات وعقارات وموجودات أخرى بنحو 20 - 40 بليون دولار⁽³⁶⁾. أما التقرير الأخير لمنظمة الشفافية، فيقدم صورة واضحة عن الفساد السياسي المعولم، من خلال تحقيقات شملت أكثر من ثلاثين دولة. في القارة الإفريقية يستمر نمو الفساد، إذ لا يزال الغموض يكتنف النشاط السياسي والحزبي في أكثر من دولة، بالرغم من اتخاذ بعض الحكومات تدبير لمواجهة الفساد. أما في آسيا، فقد صارت عمليات شراء الأصوات الانتخابية ظاهرة مألوفة. وفي اليابان مثلاً ما زال التلاعب من أجل الحصول على العطاءات أمراً منتشراً خصوصاً في قطاع البناء. في القارة الأوروبية يزدهر الفساد السياسي في معظم دول أوروبا الشرقية، إذ تعرف فساداً نسقياً ضمن شبكات فساد متجددة. كما تعرف دول الاتحاد الأوروبي فساداً تشريعياً وحزبياً، بفعل تدني النقاش حول مصادر تمويل الأحزاب. وسجل التقرير أن الحكومات والشركات الأوروبية لعبت دوراً بارزاً في فضائح الفساد في مختلف أنحاء العالم، خصوصاً في مجال الأسلحة، والصناعات النفطية. محاكمة شركة ألف (ELF) أظهرت النفوذ السياسي للحكومات الغربية الذي تمارسه في الدول النامية الغنية بالنفط، من أجل الحصول على عقود لها مردودات مالية هائلة. توضح الجوانب التسليحية في قضية

35 - الأمم المتحدة، اللجنة المخصصة للتفاوض بشأن اتفاقية مكافحة الفساد، «دراسة علمية عن حالة الأموال ذات المنشأ غير المشروع»، الدورة الرابعة، فيينا، (23-24 كانون الثاني/يناير 2003).

36 - المصدر نفسه.

“ألف” كيف أن السياسيين المتورطين في تجارة الأسلحة سيئون استخدام السرية تحت نريعة حماية الأمن الوطني⁽³⁷⁾. في أميركا يزداد تأثير الشركات العملاقة على النشاط السياسي ، إذ يعتبر نفوذها على هيئة التشريع هائل جداً، وهو ما أكدته نتيجة الاستطلاع التنفيذي الذي أجراه المنتدى الاقتصادي العالمي للعام 2003، وأبرز الدور غير العادل الذي تلعبه الشركات الأميركية من خلال تدخلاتها في العملية السياسية. وبذلك يستمر دورها في التأثير والضغط على السياسة الخارجية الأميركية.

37- راجع التقرير العالمي للفساد 2004 : www.globalcorruptionreport.org.gcr.2004.htm

الخاتمة

من خلال ما تقدم، يظهر وجود علاقة ارتباطية بين أبعاد العولمة، وبين تداعي الفساد في العالم، وهذا بفضل ما جاءت به العولمة من أدوات، وما أحدثته من تحولات، وتغيرات على الصعيدين الوطني والعالمي. إن التدويل، والتحرير، والكونية، وتجاوز الإقليمية، تمثل الجوانب الأساسية للعولمة، التي تتخذ من التقنية والمعلوماتية، الوسائل لديناميتها. هذا الواقع ولدّ وردود فعل متباينة، ومحاسن ومساوئ، ومؤيد ومعارض، ورايح وخاسر. إلا أن التركيز اليوم يقع على الجوانب السلبية مثل قضية الفساد، لأن مخاطره كبيرة جداً، فهو قادر على إفراغ أي نظام سياسي، وأي عملية سياسية من محتواها، ويرهن التنافس السياسي، والاقتصادي، ويشجع الاحتكار، ويقضي على التكافؤ، وعلى الكفاءة. إنه يسلب الحرية، ويؤدي إلى الاغتراب والاستبداد. الفساد يحقق العولمة في جانبها السلبي، ويحول دون تحقق العالمية. الحل يكمن في القيام بالإصلاح الداخلي للحد من الفساد، الإصلاح السياسي لتجاوز حالة الانحلال والترهل ولاسيما في الأنظمة التسلطية، أما دولياً فإن مواجهة الفساد المعولم تتطلب التنفيذ العاجل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي تم الإعلان عنها في ديسمبر/ كانون الأول 2003، كأول آلية دولية، تساعد على زيادة التعاون الدولي في مجال الحد من الوباء.

طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية

وحدة الرعاية، الجزائر

2008

*Achévé d'Imprimer sur les Presses
ENAG, Réghaïa
Algérie*

Bp. 75 Z.I. Réghaïa

Tél. : 021 84 85 98/84 86 11

المجلة الجزائرية

للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية

في هذا العدد :

- تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر .
- التوجه التشريعي الحديث نحو إنقاذ المؤسسات المتعثرة مالياً .
- التحرش الجنسي في مكان العمل .
- مقابلة بين مركز المرأة ومركز الرجل في الميراث
- التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة
- عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة .
- الاقتصاد التضامني: الزكاة ودورها في التخفيف من حدة الفقر
- النظام القانوني للرخصة وممارسة الأنشطة التجارية
- عقد تحويل الفاتورة في التشريع التجاري الجزائري
- عرض الدواء للتداول في السوق في قانون الاستهلاك
- إختصاص الجهات القضائية الادارية: تغيير مستمر
- رد الإدارة بين الواجب والخيار، الرفض والقبول
- مكانة نظام عاصمة الجمهورية في النصوص القانونية الجزائرية
- الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية
- الحماية القانونية لبرامج الحاسوب في ظل قانون الملكية الفكرية .
- مستقبل الشرعية الدولية .
- عولمة الفساد : الشكل الآخر للعولمة