



MÂAREF

معارف

Revue académique مجلة علمية محكمة

تصدر عن جامعة ألكلي محند أولحاج بالبويرة (UAMOB)

Section: Sciences Juridiques قسم: العلوم القانونية

Numéro: 21

العدد: الواحد والعشرون 21

Décembre / 2016

شهر: ديسمبر/ 2016

11^{eme} Année

السنة الحادية عشر

Éditeur en chef: رئيس التحرير:

Dr. CHIHANI Samir

د. شيهاني سمير

Membres de Rédaction: أعضاء هيئة التحرير:

Dr. SI YOUCEF Kaci

د. سي يوسف قاسي

Dr. AISSAOUI Mohamed

د. عيساوي محمد

Dr. LOUNICI Ali

د. لونيس علي

Dr. GATTAL Hamza

د. قتال حمزة

Dépôt Légal:

2006-1369

الإيداع القانوني:

ISSN

1112-7007

ر. د. م. د.:

جامعة ألكلي محند أولحاج

البويرة - الجزائر

Université Akli Mohand Oulhaj (UAMOB)

BOUIRA- ALGERIE

معايير النشر في المجلة

يشترط في البحوث والمقالات التي تنشر في مجلة معارف ما يأتي:

- 1- أن يكون البحث مبتكراً أو أصيلاً، ويشكل إضافة نوعية في اختصاصه.
 - 2- أن تتوفر فيه الأصالة والعمق وصحة الأسلوب.
 - 3- ألا يكون قد سبق نشره، أو أرسل للنشر في مجلة أخرى.
 - 4- أن يلتزم بالقيم الإنسانية وبمعايير البحث العلمي وبخاصة ما يلي:
أ- الابتعاد عن التجريح والإسفاف في القول، والتعريض بالآخرين.
ب- مراعاة البنية المنهجية.
 - ج- ترقية الهوامش والإحالات تكون إما أسفل النص في نفس الصفحة، أو في آخر المقال، مستقلة عن قائمة المصادر والمراجع.
 - د- إعداد قائمة بمصادر البحث ومراجعته.
 - 5- أن تكون مكملات البحث من خرائط أو جداول في صورتها الأصلية.
 - 6- أن يكون البحث المترجم مصحوباً بأصله المترجم عنه.
 - 7- أن يقدم لإدارة المجلة مسحوباً على ورق ومخزناً في قرص مدجج / CD أو وسيلة من وسائل استقباله في جهاز الحاسوب.
 - 8- أن تقدم سيرة ذاتية للباحث في ورقة مستقلة عن البحث.
 - 9- أن لا تقل عدد الكلمات بالمقال عن 3000 كلمة.
 - 10- أن يرفق المقال بملخص وبكلمات مفتاحية باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الإنجليزية).
- مع ملاحظة أن البحوث والمقالات:
- تخضع للتقويم العلمي واللغوي، ويعلم الباحث بالنتيجة، كما أنها تخزن في أرشيف المجلة، ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
 - وهي تعبر عن آراء كتابها وحدهم، وهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، ولا تتحمل الإدارة أي مسؤولية في ذلك.

الهيئة الاستشارية للمجلة

د/ محمد سرور (البويرة)	د/ محمد آيت المكي (المغرب)
د/ عمر صدوق (تيزي وزو)	د/ محمد الحيدروسي (الأردن)
د/ رداق أحمد (البويرة)	د/ برهان النفاثي (تونس)
د/ قاسي سي يوسف (البويرة)	د/ محمد محمد أبو العلا (مصر)

اللجنة العلمية/ لجنة القراءة

د/ سي يوسف قاسي (البويرة)	أ/ معزوز علي (البويرة)
د/ محمد عيساوي (البويرة)	د/ بوزيان عليان (تيارت)
د/ كمال الدين قاري (البويرة)	د/ عبد القادر بوراس (تيارت)
د/ ناصر حمودي (البويرة)	د/ أحمد سي علي (الشلف)
د/ حمزة قتال (البويرة)	د/ نور الدين دخان (المسيلة)
د/ علي لونيسي (البويرة)	د/ نور الدين القمي (المغرب)
د/ امير خمري (البويرة)	د/ المختار أعمر (المغرب)
د/ ليندة بلحارث (البويرة)	د/ عبد المنعم الكداري (المغرب)
د/ فتيحة بشور (البويرة)	د/ زيد محمود العقابلية (الأردن)
د/ كمال مخلوف (البويرة)	د/ شاكر المزوغي (تونس)
د/ خدوجة خلوفي (البويرة)	د/ نجيب عوينات (تونس)
د/ دليلة معزوز (البويرة)	د/ أسماء أكلي (ماليزيا)
د/ الصادق ضريفي (البويرة)	د/ هشام عبد السيد الصافي (مصر)
د/ بركات كريمة (البويرة)	

التلقيق اللغوي: د/ سمير شيباني

فهرس الموضوعات

كلمة التحرير

الموضوعات

تفعيل نهج المسؤولية عن الحماية في وقف انتهاكات حقوق الإنسان

1 بقلم: د/ خالدي فتحة

التشريع بالأوامر في دستور 2016 حق دستوري أصيل لرئيس الجمهورية

25 بقلم: د/ محمدي حميد

قراءة للنصوص القانونية الجزائرية المعنية بمكافحة الإرهاب

51 بقلم: د/ لوئيسي علي

النظام القانوني للثانورة الالكترونية

78 بقلم: د/ قارة مولود بن عيسى

المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص

107 بقلم: د/ عشوش كرم

ملكية العلامة في التشريع الجزائري بين التسجيل والاستعمال

123 بقلم: د/ بن قوبة المختار

القانون الإداري الجنائي وأزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

141 بقلم: أ/ فارح عصام

إشكالية تحديد مفهوم المقاتل الشرعي في النزاعات المسلحة غير المتكافئة

169 بقلم: أ/ رواجي عمر

دور مفتشية العمل في تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة في التشريع الجزائري

196 بقلم: أ/ مزناد صبرينة

دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة

222 بقلم: د/ بلحارث ليندة

Les relations entre l'Union Européenne et la Turquie

العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وتركيا

252 بقلم: د/ كسير سليم

كلمة التحرير

بقلم: د/ سمير شيباني
رئيس تحرير قسم العلوم القانونية

قال بعض السلف: «إِذَا مُنِعَ الْعِلْمُ عَنِ الْعَامَّةِ لَمْ تَنْتَفِعْ بِهِ الْخَاصَّةُ».

«السفاري، غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب»

إنّ من مهام أهل العلم تأدية واجبهم نحو طلبة العلم خصوصا، وعامة الناس عموما، وهذا هو الدور المنوط به في هذه الحياة، فإن أدوه فقد عتقوا رقابهم، وإن قصروا فيه لا زال في عنقهم إلى أن يؤخذ الحق منهم. ولا شك أن أهل العلم الصادقين مع ربهم ومع أنفسهم لا يؤلون جهدا في تأدية ما عليهم وزيادة. ولا أدلّ على ذلك من هذه البحوث التي ينشرونها، هنا وهناك، ليبينوا للناس، خاصهم وعامهم، ما يجهلون، أو ما يعتقدون أنهم يعلمون به وهم ليسوا كذلك.

وقد حوى هذا العدد مجموعة من البحوث القانونية، تنوعت بين القانون العام والقانون الخاص؛ تناولت ما يتعلق بحقوق الإنسان عموما، والقانون الدستوري، والعلاقات الدولية، والقانون التجاري، وقانون العمل، والملكية الفكرية، والمسؤولية؛ قام الباحثون فيها بتناول جزئيات معينة في كل مجال من هذه المجالات، فكانت بحوثهم أصيلة وزاخرة بالأفكار والمعلومات الجديدة، التي تفيد غيرهم من طلبة وباحثين في دراستهم.

تفعيل نهج المسؤولية عن الحماية في وقف انتهاكات حقوق الإنسان

بقلم: د/ خالد فتيحة*

الملخص:

انعكس التطور الذي مرت به قواعد القانون الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان، على التحول التدريجي من التدخل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان إلى مسؤولية عن هذه الحماية تتضمن عدة محطات وقائية وعلاجية.

ويقتضي تفعيل مبدأ المسؤولية عن الحماية، تدخل المجتمع الدولي لوقف انتهاكات حقوق الإنسان عندما ترقى إلى جرائم إبادة جماعية أو جرائم حرب أو تطهير عرقي وجرائم ضد الإنسانية، في حالة فشل الدولة نفسها أو عدم قدرتها على توفير تلك الحماية.

وبناءً عليه عاجلنا على امتداد صفحات هذا المقال، تفعيل مبدأ المسؤولية عن الحماية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان، من خلال التطرق إلى تطبيق هذا المبدأ عبر التدرج في المسؤوليات، من الوقاية إلى الرد عن الانتهاكات وأخيراً بناء ومتابعة الدولة المنهارة، غير أن الواقع أثبت توظيف هذا المفهوم بشكل انتقائي، عبر تطبيقه في حالات دون أخرى رغم التماثل بينها.

الكلمات المفتاحية: مسؤولية الحماية، حماية حقوق الإنسان، مسؤولية الوقاية.

Résumé:

L'évolution vécue par les règles du droit international dans le domaine de la protection des droits de l'homme a influencé sur le passage progressif d'une intervention pour fournir une protection humanitaire aux peuples à une responsabilité de cette protection portant plusieurs arrêts préventifs et curatifs.

L'activation du principe de la responsabilité de protéger implique

* أستاذة محاضرة قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة.

l'intervention de la communauté internationale pour mettre fin aux violations des droits de l'homme lorsqu'elles atteignent des génocides, des crimes de guerre ou une épuration ethnique et des crimes contre l'humanité au cas d'échec de l'État lui-même ou son incapacité de fournir cette protection.

En conséquence, nous avons traité, au long des pages cet article, l'activation du principe de «responsabilité de protéger» pour mettre fin les violations des droits de l'homme évoquant l'application de ce principe tout en évoquant ce principe à la riposte de ces violations et enfin la construction et le suivi de l'État affaibli, cependant la réalité confirme l'usage de ce concept d'une façon éclectique à travers son application dans certains cas et non pas dans d'autres malgré leurs similitudes.

Mots clés: la responsabilité de protéger, protection de droits de l'homme, la responsabilité de prévention.

Abstract:

The evolution of the rules of international law in the field of the protection of human rights has influenced on the gradual shift from an intervention to provide human protection to the peoples to a responsibility of this protection bearing several preventive and curative arrests.

The activation of the principle of protection responsibility involves the intervention of the international community to put an end to human rights violations when they reach genocide, war crimes or ethnic cleansing and crimes against humanity, humanity to the failure of the state itself or its inability to provide such protection.

Consequently, throughout the pages of this paper, we have dealt with the activation of the principle of "responsibility for protection" in order to put an end to the violations of human rights evoking the application of this principle while evoking this principle through the hierarchy in the responsibilities of prevention to the response of these violations and finally the construction and follow-up of the collapsed state, however reality confirms the use of this concept in an eclectic way through its application in some cases and not in others despite their similarities.

Keywords: Responsibility for protection, protection of human rights, responsibility for prevention.

مقدمة:

ساهم الوعي الدولي بضرورة احترام حقوق الإنسان، التي أصبحت شأنًا دوليًا، يهم المجتمع الدولي برمته، في التفكير في انتقال الحماية من الدولة كممثل شرعي لشعبها إلى المجتمع الدولي، سيما أمام ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان من طرف الدول ذاتها.

وقد تجسد ذلك في إنشاء لجنة دولية معنية بالتدخل والسيادة (ICISS)، مهمتها إيجاد علاقة بين التدخل من جهة وسيادة الدول من جهة ثانية، ومن ثمة التوفيق بين واجب المجتمع الدولي في التدخل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان وبين ضرورة احترام السيادة الوطنية، وانتهت في ديسمبر 2001 إلى نشر تقريرها المعنون بـ "مسؤولية الحماية"⁽¹⁾.

وبناءً عليه قرر المجتمع الدولي ممثلًا في الجمعية العامة من خلال الوثيقة الختامية لمؤتمر قمة الأمم المتحدة العالمي لسنة 2005، تجسيد مضمون مسؤولية المجتمع الدولي في الحماية عند تقاعس أو امتناع الدولة ذاتها⁽²⁾. ليصاغ تنفيذ هذه المسؤولية بعد ذلك في تقارير الأمين العام للأمم المتحدة⁽³⁾، ولوائح الجمعية العامة وقرارات مجلس الأمن التي ساهمت في تطوير هذا المفهوم⁽⁴⁾.

(1) تقرير اللجنة الدولية للتدخل وسيادة الدول ICISS، في ديسمبر 2001، فقرة 2-32، منشور على الموقع:

<http://tolerance.tavaana.org/ar/content>.

(2) لائحة الجمعية العامة رقم 1/60 بتاريخ 2005/09/16 حول اعتماد الوثيقة النهائية لنتائج مؤتمر القمة العالمي، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 60، بتاريخ 2005/10/24، وثيقة رقم: A/RES/60/1.

(3) تقرير الأمين العام بعنوان "تنفيذ مسؤولية الحماية"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 63، بتاريخ 2009/01/12 وثيقة رقم: A/63/677.

(4) لائحة الجمعية العامة رقم 308/63 حول المسؤولية عن الحماية، الجلسة العامة رقم 105، بتاريخ 2009/10/07، وثيقة رقم: A/RES/63/308؛ قرار مجلس الأمن رقم 1674 (2006) المتعلق بحماية المدنيين في النزاعات المسلحة الصادر في 2006/04/28.

أما من الناحية العملية، ورغم حداثة هذا المبدأ كآلية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان، فقد وجدت بعض التطبيقات للمسؤوليات المرتبطة به في شكل مسؤولية الوقاية من وقوع الانتهاكات، أو مسؤولية المواجهة عن طريق الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، أو مسؤولية المساعدة على بناء القدرات بعد وقوع الانتهاك⁽¹⁾.

وبالمقابل تعثر تطبيق ذات المبدأ في دول أخرى لوقف انتهاكات مماثلة، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مدى تفعيل مبدأ المسؤولية عن الحماية بشكل صحيح وحققيقي لوقف انتهاكات حقوق الإنسان بعيداً عن سياسة الكيل بمكيالين؟ وهو التساؤل الذي نسعى للإجابة عنه من خلال مبحثين متتاليين؛ نتناول في الأول تطبيقات مبدأ المسؤولية عن الحماية في وقف انتهاكات حقوق الإنسان، أما في المبحث الثاني فنبين الانتقائية في تفعيل مبدأ مسؤولية الحماية في وقف انتهاكات حقوق الإنسان.

المبحث الأول

تطبيقات مبدأ المسؤولية عن الحماية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان

يتحقق تفعيل مبدأ المسؤولية عن الحماية من خلال الحيلولة دون وقوع ارتكاب جرائم الإبادة الجماعية⁽²⁾ أو جرائم الحرب⁽³⁾ أو التطهير العرقي⁽⁴⁾ وكذا الجرائم

(1) Agnes Gautier-Audebert, La responsabilité de protéger, Revue Ubuntu, N1, 2013 p 50.

(2) نص المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، الوثيقة رقم A/CONF.183/9 المؤرخة في 17/07/1998، والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 01/07/2002. لتفاصيل أكثر حول جرائم الإبادة الجماعية راجع: أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، دار هومة للنشر، ط2، الجزائر، 2010، ص161-167.

(3) نص المادة الثامنة من نظام روما الأساسي، مرجع سابق. لتفاصيل أكثر حول جرائم الحرب راجع: نزار العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 573 وما بعدها؛ عمر محمود الخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2008، ص 239 وما بعدها؛ أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 168-175.

(4) يعني التطهير العرقي "تطهير أو تنظيف جماعة عرقية بواسطة انتهاج عدة وسائل كالإرهاب أو الاغتصاب أو القتل أو منع التناسل بين أفراد الجماعة، أو خطف الأطفال وإخفائهم وإبعادهم، وهذا

==

المرتكبة ضد الإنسانية⁽¹⁾، عبر التدرج في تطبيق الإجراءات الوقائية لمنع وقوع الانتهاكات (المطلب الأول) ثم الرد بشكل حاسم عند فشل هذه الإجراءات (المطلب الثاني)، بالإضافة إلى مسؤولية متابعة وإعادة بناء القدرات منعا لتكرار ارتكاب الجرائم السابقة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المسؤولية عن الوقاية ومنع ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان

تقوم المسؤولية عن الحماية قبل التدخل لوقف الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان منع وقوعها من خلال الوقاية ومعالجة الأسباب المباشرة والجزرية للنزاع، وعليه يعد منع نشوب النزاعات البعد الأكثر أهمية لمسؤولية الحماية، الذي يقع على عاتق الدول⁽²⁾، من خلال إيجاد حلول للمشاكل الاجتماعية والاقتصادية والصحية، وتعزيز التعاون الدولي في كل المجالات، والاحترام العالمي لحقوق الإنسان، من أجل تحقيق الاستقرار والرفاهية⁽³⁾.

كما يجب اتخاذ تدابير سياسية داخلية، كإحلال الديمقراطية وتقسام السلطة الدستورية والتناوب عليها، وفتح باب الحريات العامة وسيادة القانون، وكذلك تدابير دولية يمكن أن يتخذها الأمين العام للأمم المتحدة، كالوساطة والمسامحة الحميدة وتقصي الحقائق والتوفيق، والتهديد بفرض جزاءات سياسية وتعليق العضوية في المنظمات

لإجبار السكان عن الرحيل". مارتن غريفيس واوكالاها، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، ترجمة مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص ص 135-136.

(1) نص المادة السابعة من نظام روما الأساسي، مرجع سابق. لتفاصيل أكثر حول الجرائم ضد الإنسانية راجع: سوسن تمر خان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2006، ص 205 وما بعدها.

(2) Sandra Szurek, La responsabilité de Protéger: Mauvaises querelle et vraies questions, Anuario Colombiano de Derecho internacional, N°4, 2011, p58.

(3) ايف ماسينغهام، التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية؟، مختارات من مجلة الصليب الأحمر الدولية، العدد 876، المجلد 91، 2009، ص 161.

الدولية، وتجميد الأصول المالية للأشخاص المستهدفين وفرض قيود على سفرهم⁽¹⁾.

بالإضافة إلى التدابير الاقتصادية المتمثلة في تقديم المساعدات الإنمائية من طرف الدولة وتشجيع النمو الاقتصادي والإصلاح الهيكلي الضروري وغيرها، أما على المستوى الدولي فيمكن إعطاء وعود للتمويل أو الاستثمار، كما قد تشمل الجانب القسري كالتهديد بجزاءات تجارية ومالية، أو سحب الاستثمارات والدعم المالي المقدم من المؤسسات المالية الدولية كصندوق النقد الدولي⁽²⁾.

وبخصوص التدابير القانونية والأمنية فإنها تشمل في الداخل تعزيز سيادة القانون واستقلالية القضاء، وتنفيذ القوانين، أما دولياً فتشمل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الدولي لتسوية الصراعات الداخلية، في حين تمثل التدابير الأمنية في إصلاح المؤسسات العسكرية والأمنية للدول ومساءلتها لضمان عملها في إطار القانون، أما على المستوى الدولي فيمكن اتخاذ بعض التدابير العسكرية منها مثلاً الانتشار الوقائي للقوات المسلحة⁽³⁾.

تطبيقاً للإجراءات الوقائية المذكورة، تعد أزمة كينيا سنة 2007 مثالاً ناجحاً لتطبيق مسؤولية الحماية في شقها الوقائي عندما اتسعت أعمال العنف في البلاد بعد إعلان نتيجة الانتخابات الرئاسية، تحولت إلى ارتكاب انتهاكات واسعة لحقوق الإنسان شملت القتل والعنف الجنسي والتعذيب وتجنيد الأطفال وغيرها⁽⁴⁾.

(1) قران مصطفى، مبدأ مسؤولية الحماية وتطبيقاته في ظل مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 107.

(2) تقرير الأمين العام، وثيقة رقم S2015/730 بتاريخ 2015/09/25، دور الأمم المتحدة في منع نشوب النزاعات، تحديد الالتزام الجماعي.

(3) منال محمود صالح، مفهوم سيادة الدولة في ضوء التطورات الدولية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011، ص 197.

(4) تعود أسباب النزاع الكيني إلى القطيعة السياسية عقب الانتخابات الرئاسية بتاريخ 2007/12/27 بين المرشحين كيباكي واودينجا، والذي فاز فيها كيباكي بـ 4.584 مليون صوت مقابل 4.352 مليون لودينجا، وهو ما رفضه هذا الأخير وإتباعه معتبرين ذلك تزويراً فاضحاً في نتيجة الانتخابات. قران مصطفى، مرجع سابق، ص 353-354.

- وقد تركزت معالم المسؤولية عن الحماية في شقها الوقائي في القيام بالجهود الدولية الآتية⁽¹⁾:
- تشكيل لجنة تحقيق من طرف المفوضية السامية لحقوق الإنسان من 6 إلى 28 فيفري 2008، التي توصلت من خلال زيارتها لمناطق النزاع والاستماع إلى الشهود إلى ارتكاب انتهاكات جسيمة بحقوق الإنسان.
 - التوسط لحل الأزمة الكينية من طرف المجتمع الدولي ممثلا في الأمين العام للأمم المتحدة والرئيس الغاني والمبعوثة الأمريكية جنداي فريزر.

المطلب الثاني

مسؤولية الرد عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان

تضمنت الوثيقة النهائية لمؤتمر القمة العالمي لسنة 2005، في فقرتها 138 و139 ما يشير إلى مسؤولية الرد⁽²⁾، حيث يجب القيام برد فعل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان، عندما تصبح الدولة غير قادرة أو غير راغبة في معالجة الأوضاع، ومن بين التدابير التي يمكن للمجتمع الدولي اتخاذها، نجد التدابير القسرية غير العسكرية أو الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، وأخيرا التدخل العسكري⁽³⁾.

فبالنسبة للتدابير القسرية دون استخدام القوة، تتمثل في إجراءات عقابية مختلفة كالتدابير الدبلوماسية مثل قطع العلاقات أو تخفيضها، أو سياسية مثل تأجيل الزيارات الرسمية بين قادة البلدين أو حتى إلغائها وإطلاق تصريحات عن واقع حقوق الإنسان؛ مما يتسبب في النيل من مكانة الدولة عالميا مثلما كان عليه الأمر في ليبيا سنة 2011، أو جزاءات اقتصادية تفرض قيود على المبادلات التجارية

(1) مرجع نفسه، ص ص358-360.

(2) لائحة الجمعية العامة رقم 1/60 بتاريخ 2005/09/16 حول اعتماد الوثيقة النهائية لنتائج مؤتمر القمة العالمي، وثيقة رقم: A/RES/60/1.

(3) Laurence Boisson de chazournes et Luigi condorelli, De la "Responsabilité de protéger" ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie, revue générale de droit international public Tom CX- paris, 2006, p 12.

ووقف تدفق الاستثمارات الأجنبية وحظر الواردات وتوقيف منح القروض، مع استثناء المواد الغذائية والمستلزمات الطبية لجعل هذه الجزاءات موجهة للنظام أكثر من توجيهها للسكان المدنيين، وعسكريا وضع حد للتعاون العسكري وبرامج التدريب والتوقف عن بيع الأسلحة⁽¹⁾.

كما يمكن تختيار ثانٍ، اللجوء إلى المحاكم الجنائية الدولية لبطس الولاية القضائية على سلسلة من الجرائم المرتكبة، ومثلها متابعة المتورطين في جرائم دارفور بالسودان وليبيا⁽²⁾. وأخيراً اللجوء إلى القوة العسكرية تختيار أخير، في حالة عدم فاعلية الجزاءات السابقة أو حينما يبلغ الصراع حداً من الجسامه لا يمكن وقفه بالوسائل السابقة⁽³⁾، كحالة التدخل العسكري في ليبيا سنة 2011، التي تعتبر حسب الكثيرين تطبيقاً جيداً للمسؤولية عن الحماية.

المطلب الثالث

مسؤولية المتابعة وإعادة بناء القدرات

يقصد بمسؤولية المتابعة وإعادة البناء مجموعة الإجراءات والترتيبات التي تنفذ في مرحلة ما بعد انتهاء النزاعات بهدف ضمان عدم النكوص أو الانزلاق مجدداً، وذلك بإحداث تغيير في بعض عناصر البيئة التي شهدت النزاع وتعزيز عوامل الثقة بين أطرافه وتعزيز القدرات الوطنية على مستوى الدولة من أجل إدارة نتائج النزاع ولوضع أسس التنمية⁽⁴⁾.

ويعني ذلك تقديم المساعدة للدول المنهارة خاصة بعد التدخل العسكري،

(1) تقرير الأمين العام حول "المسؤولية عن الحماية: مسؤولية الدولة والمنع" لسنة 2013، الجمعية العامة،

الدورة 67، بتاريخ 2013/07/09. الوثيقة رقم A/67/929-S/2013/399

(2) Raphael van Steenberghe, Responsabilité de protéger et protection des civils dans les conflits armes : un rapprochement au détriment du droit international humanitaire ?, Revue québécoise de droit international, 2013, p 158.

(3) Sandra Szurek, op cit, p59.

(4) قران مصطفى، مرجع سابق، ص 122.

كإعادة التعمير ومعالجة الأضرار، وحسن الإدارة ودوام التنمية، أي تقديم مساعدة متكاملة بعد الانتهاء من التدخل العسكري، فيما يتعلق بالتعمير وتهيئة الظروف الملائمة لإعادة بناء النظام العام من طرف موظفين دوليين وبالتعاون مع السلطات المحلية⁽¹⁾.

ويتحقق تجسيد مسؤولية إعادة البناء، بتوفير الأمن والحماية للمدنيين، وكذا العدل من خلال تعزيز حكم القانون في الدولة، بالإضافة إلى تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة⁽²⁾.
ومن نماذج مسؤولية إعادة البناء نجد العديد من التطبيقات لها⁽³⁾ نذكر منها:

- تطبيق مسؤولية إعادة البناء في العراق: لقد طبقت الأمم المتحدة مسؤولية إعادة البناء بعد احتلال العراق من خلال إصدار مجلس الأمن حزمة من القرارات، تتضمن البناء السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة؛ حيث قدم القرار 1483 الصادر بتاريخ 2003/05/22⁽⁴⁾، إطاراً دولياً لعملية إعمار العراق برفع العقوبات المفروضة عليه وإيجاد حلول للديون الخارجية، كما ناشد الدول الأعضاء والمنظمات المعنية بتقديم المساعدة لشعب العراق في جهوده الرامية إلى إصلاح مؤسساته وإعادة بناء بلده، وتعزيز وحماية حقوق الإنسان⁽⁵⁾.

أما القرار 1500 (2003) فقد أنشأ بعثة الأمم المتحدة (يونامي)، لتولى تقديم المشورة والمساعدة إلى الحكومة والشعب العراقي في العديد من المجالات، منها دفع الحوار السياسي والمصالحة الوطنية والمساعدة على إجراء الانتخابات وتعزيز حماية حقوق الإنسان والإصلاح القضائي والقانوني، بالإضافة إلى تسهيل الحوار الإقليمي

(1) تقرير اللجنة الدولية للتدخل وسيادة الدول ICISS، مرجع سابق، فقرة 2/5-3.

(2) تقرير اللجنة الدولية للتدخل وسيادة الدول ICISS، مرجع سابق، فقرة 12/5 و13 و20.

(3) Mario Bettati, Du droit d'ingérence à la Responsabilité de protéger, Revue outre terre, N°20, 2007/3, P 384-386.

(4) S/RES/1483(2003).

(5) مارتن زواننبورج، حوارات إنسانية في القانون والسياسات والعمل الإنساني (الوجودية في العراق): قرار مجلس الأمن 1483 وقانون الاحتلال)، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، أعداد سنة 2004، ص 37.

فيما يتعلق بأمن الحدود والطاقة واللاجئين⁽¹⁾.

ومن جهته أكد القرار 1511 (2003) احترام السيادة الوطنية للعراق وسلامة أراضيه وشدد على ضرورة اطلاع سلطة التحالف بالمسؤوليات والسلطات المحددة بموجب القانون الدولي بشكل مؤقت تطبيقاً للقرار 1483 (2003)، مشيراً إلى ضرورة تعزيز المساعدات الإنسانية والإعمار الاقتصادي للعراق، وتهيئة الظروف لتنمية مستدامة وإعادة إنشاء المؤسسات الوطنية والمحلية للحكومة العراقية⁽²⁾.

كما أصدر مجلس الأمن القرار 1546 (2004) الذي حدّد جدولاً زمنياً مناسباً لانتقال العراق إلى الحكم الديمقراطي⁽³⁾، أما القراران 1618 و1637 لسنة 2005 فقد أشارا إلى معطيات أخرى تتعلق بالحماية تتمثل في⁽⁴⁾:

- إدانة الأعمال الإرهابية.
 - إعادة تأكيد الالتزامات المنوطة بالدول الأعضاء.
 - تقديم الدعم الكامل إلى الحكومة العراقية من طرف المجتمع الدولي.
- إضافة إلى ما سبق، أصدر مجلس الأمن في إطار إعادة بناء الدولة العراقية عدة قرارات لمتابعة الوضع الأمني والاجتماعي في العراق، أين أعرب من خلالها على ارتياحه لتحسن الأوضاع الأمنية وتعزيز الديمقراطية وسيادة القانون والتصدي للإرهاب والعنف الطائفي⁽⁵⁾.

(1) أنشئت "اليونامي" بموجب قرار مجلس الأمن رقم 1500 الصادر بتاريخ 2003/08/14 ووسع دورها بموجب القرار 1770 (2007)، وقد تم تمديد تفويضها بقرار مجلس الأمن رقم 2299 الصادر بتاريخ 2016/07/25 حتى 2017/07/31.

(2) القرار 1511 الصادر عن مجلس الأمن في جلسته 4844 المنعقدة بتاريخ 2003/10/16.

(3) انظر القرار 1546 الصادر عن مجلس الأمن في جلسته 4987 المنعقدة بتاريخ 2004/06/08.

(4) القرار 1618 المتخذ من طرف مجلس الأمن في جلسته رقم 5646 بتاريخ 2005/08/04، والقرار 1637 الصادر عن مجلس الأمن في جلسته رقم 5300 بتاريخ 2005/11/08.

(5) القرار 1830 الصادر بتاريخ 2008/08/07، والقرار رقم 1883 الصادر بتاريخ 2009/08/07،

- تطبيق مسؤولية إعادة البناء في مالي: توسعت التهديدات الأمنية في مالي مع بداية سنة 2013؛ نتيجة النزاع القائم بين "حركة أنصار الدين" بالتعاون مع "التوحيد والجهاد في غرب إفريقيا" من جهة، والقوات الحكومية من جهة أخرى، الأمر الذي أدى إلى وقوع انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان في شمال البلاد أدت إلى التدخل العسكري الفرنسي في مالي⁽¹⁾.

نتيجة لهذه الأوضاع؛ أنشأ مجلس الأمن بعثة الأمم المتحدة لتحقيق الاستقرار في مالي بموجب القرار رقم 2085 التي تحولت إلى بعثة الأمم المتحدة المتكاملة المتعددة الأبعاد Minusma بموجب القرار 2100، لتولى مهمة دعم الجهود الوطنية والدولية من أجل إعادة بناء قطاع الأمن في مالي، والعمل على استقرار المناطق المالية، خاصة الشمال، بتوفير المساعدات التقنية وبناء القدرات، والعمل على ضمان سيادة القانون والعدالة وتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها، وقد مددت ولاية البعثة حتى تاريخ 2017/06/30⁽²⁾.

كما عملت البعثة على دعم ورصد والإشراف على تنفيذ ترتيبات وقف إطلاق النار، وتنفيذ اتفاق السلام والمصالحة في مالي، بالإضافة إلى تعزيز وحماية حقوق الإنسان من خلال حماية المدنيين المتضررين من النزاع المسلح، سيما الأطفال والنساء، ومساعدة السلطات المالية على مساءلة المتورطين في ارتكاب انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان لا سيما جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية⁽³⁾.

والقرار رقم 1936 الصادر بتاريخ 2010/08/05، والقرار رقم 1958 الصادر بتاريخ 2010/09/15، والقرار رقم 2001 الصادر بتاريخ 2011/07/28.

(1) غضبان مبروك، التدخل العسكري في مالي ومدى شرعيته، دفاقر السياسة والقانون، العدد 11، 2014، ص 68-70.

(2) القرار 2085 الصادر بتاريخ 2012/12/20، والقرار 2100 الصادر بتاريخ 2013/04/25، والقرار 2295 الصادر بتاريخ 2016/06/29.

(3) "مينوسما" ولاية بعثة الأمم المتحدة المتكاملة المتعددة الأبعاد لتحقيق الاستقرار في مالي، منشورة على

وتخلاصة نشير إلى محدودية التدرج في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية بين الرد السريع أحيانا والامتناع أحيانا أخرى؛ لذلك فإن تفعيل مسؤولية الحماية يقتضي كما جاء في مبادرة رئيسة البرازيل⁽¹⁾، التحلي بالمسؤولية أثناء توفير الحماية من خلال التركيز على تحديد الأماكن التي توجد بها تهديدات كبيرة لحقوق الإنسان، وكذا وجود أدلة على التحريض وتعبئة أجزاء من السكان ضد أجزاء أخرى، والتي قد تكون مؤشرا على نية ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان⁽²⁾.

المبحث الثاني

الانتقائية في تفعيل مبدأ المسؤولية عن الحماية

لقد أثبت الواقع الدولي تطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية بنوع من الانتقائية والازدواجية حينما يتعلق الأمر بوقف انتهاكات حقوق الإنسان، كما كان عليه الحال في النزاع الليبي سنة 2011، الذي أُعتبر حسب الكثيرين أسرع سابقة في تطبيق المبدأ (المطلب الأول)، وتعثُر وعرقلة تطبيق هذه المسؤولية لوقف ارتكاب جرائم دولية لحد الآن في سوريا رغم التشابه بين الحالتين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سرعة تطبيق المبدأ لوقف انتهاكات حقوق الإنسان في ليبيا

بدأت الاحتجاجات الشعبية في ليبيا أواخر سنة 2010 للمطالبة بتغيير النظام السياسي والانفتاح في مجال الحريات العامة والحقوق وتحسين الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمواطن الليبي. تحولت فيما بعد إلى نزاع مسلح بين المعارضة من جهة

الموقع: www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minusma/mandate.shtml

(1) تقرير الأمين العام بعنوان "مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة" بتاريخ 2012/07/25، وثيقة رقم: A/66/874-S/2012/578

(2) تقرير الأمين العام بعنوان "مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة" بتاريخ 2012/07/25، وثيقة رقم: A/66/874-S/2012/578

والمولين للنظام القائم من جهة أخرى، نتج عنه ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، الأمر الذي وجد فيه المجتمع الدولي مجالاً خصباً لتطبيق مبدأ المسؤولية عن الحماية بموجب قرار مجلس الأمن رقم 1970 (الفرع الأول)، وكذا قراره رقم 1973 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق المسؤولية عن الحماية في ليبيا بموجب القرار 1970 (2011)

اتخذ المجتمع الدولي، ممثلاً في جامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي ومنظمة المؤتمر الإسلامي إجراءات منددة لما حدث في ليبيا من انتهاكات، وتم تعليق عضويتها، كما اتخذت الجمعية العامة إجراءات مماثلة بتعليق عضوية ليبيا في مجلس حقوق الإنسان بسبب انتهاكاتها واعتدائها على حقوق السكان المدنيين، وازداد تضيق الخناق على نظام هذا البلد من طرف الهيئات والدول والتجمعات الدولية⁽¹⁾.

من جهة أخرى قرر مجلس حقوق الإنسان بتاريخ 2011/02/25 إيفاد لجنة إلى ليبيا للتحقيق في انتهاكات القانون الدولي الإنساني المرتكبة في ليبيا، والمسؤولين عن ارتكابها، ليقوم مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بعدها بعقد اجتماع طارئ مغلق بتاريخ 2011/02/26، لمناقشة الأوضاع في ليبيا، أين أسفر الاجتماع عن إصدار المجلس لقراره رقم 1970 الذي تأسف من خلاله عما يجري من انتهاكات في ليبيا⁽²⁾.

وقد أعرب مجلس الأمن من خلال القرار 1970 الصادر بتاريخ 2011/02/27⁽³⁾، عن قلقه إزاء الوضع في الجماهيرية العربية الليبية، بالقول: "وإذ يُعرب عن قلقه البالغ إزاء الوضع في الجماهيرية الليبية ويدين العنف ضد المدنيين... ويشجب الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان، بما في ذلك قمع

(1) Bantchin Napakou, De la Souveraineté Nationale à la Responsabilité de protéger, Revue international de philosophie en ligne avec Peer review, N°17, 2014, P 60.

(2) Julien Flagothier, L'intervention militaire en Libye et ses implications pour l'Europe de la défense, Institut royal supérieur de défense centre d'études de sécurité et défense, Bruxelles, 2012, P 11.

(3) القرار رقم 1970 (2011)، الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته 6491 المنعقدة بتاريخ 2011/02/27.

المتظاهرين المسلمين...⁽¹⁾.

وبناءً عليه حذر المجلس من أن ترقى الهجمات واسعة النطاق ضد المدنيين إلى مرتبة الجرائم ضد الإنسانية. كما ذُكر بمسؤولية السلطات الليبية عن توفير الحماية لسكانها، والتزامه القومي بسيادة الجماهيرية العربية الليبية وسلامة أراضيها ووحدة ترابها⁽²⁾.

وفي هذا الصدد دعا إلى وقف العنف في البلد واتخاذ التدابير اللازمة للاستجابة لتطلعات الليبيين، وضمان سلامة الرعايا الأجانب وممتلكاتهم. بالإضافة إلى ضبط النفس واحترام حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، بالسماح بمرور الإمدادات الإنسانية للسكان⁽³⁾.

من جانب آخر تمثلت مسؤولية الحماية في الرد عن انتهاكات حقوق الإنسان في ليبيا من خلال فرض القرار المذكور عقوبات على الدولة الليبية، بداية بإحالة الوضع في ليبيا منذ 2011/02/15 إلى المحكمة الجنائية الدولية، التي بدأت إجراءات التحقيق لأول مرة في وقت قياسي ضد حاكم دولة وأتباعه لاحتمال ارتكابهم جرائم تدخل في اختصاص المحكمة⁽⁴⁾، إضافة إلى حظر توريد جميع أنواع الأسلحة إلى ليبيا أو بيعها لها أو نقلها إليها بشكل مباشر أو غير مباشر، كما حظر تصدير الأسلحة من الجماهيرية إلى الخارج، وسمح للدول المجاورة بتفتيش السفن المتجهة إلى ليبيا⁽⁵⁾.

وزيادة على ذلك، منع ستة عشر مسؤولاً ليبيا من السفر، أغلبهم من أفراد أسرة الرئيس معمر القذافي⁽⁶⁾، وكذا تجريد الأموال والأصول المالية المملوكة

(1) الفقرة 1 و2 و3 من دياجة القرار رقم 1970 (2011).

(2) لقد تطرق المجلس لأول مرة وبشكل علني لمصطلح "مسؤولية الحماية"، إذ ذكر الجماهيرية الليبية بمسؤوليتها الأساسية في حماية المدنيين، في الفقرة التاسعة من دياجة القرار 1970 (2011).

(3) الفقرات الأولى والثانية والثالثة، والسادسة والعشرون من القرار رقم 1970 (2011).

(4) الفقرات 4، 5، 6، 7، 8 من القرار رقم 1970 (2011).

(5) الفقرات 9، 10 من القرار رقم 1970 (2011).

(6) أحالت الفقرة 15 من القرار رقم 1970 (2011)، أسماء المسؤولين الليبيين ممنوعين من السفر إلى الملحق الأول المرفق بهذا القرار.

للمسؤولين الليبيين الموجودة في الخارج، على أن تُتاح لشعب الجماهيرية الليبية في مرحلة لاحقة هذه الأصول المجمدة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تطبيق المسؤولية عن الحماية في ليبيا بموجب القرار 1973(2011)

أمام استمرار العنف في ليبيا وعدم الامتثال لمحتوى القرار 1970، قام مجلس الأمن بعقد اجتماع آخر بتاريخ 2011/03/17، تخض عنه صدور القرار 1973 بأغلبية عشرة أصوات مؤيدة وامتناع خمسة⁽²⁾.

وقد أعرب مجلس الأمن من خلال هذا القرار عن استيائه لتدهور الوضع وتصاعد العنف في ليبيا بسبب عدم الامتثال للقرار 1970(2011)، مذكرا بإدانة الجامعة العربية والاتحاد الإفريقي والأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي للانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والمبادئ الإنسانية المرتكبة في ليبيا⁽³⁾.

وباعتبار أن المسؤولية الأولى على حماية السكان تقع على السلطات الليبية، تتحمل هذه الأخيرة الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان المرتكبة ضد المدنيين، بما فيها الاحتجاز التعسفي والاختفاء القسري والتعذيب والإعدام، وأيضا أعمال العنف والتخويف المرتكبة ضد الصحفيين والعاملين في وسائل الإعلام، كما استنكر استخدام السلطات الليبية للمرتزقة⁽⁴⁾.

وتبعاً لذلك قرر أن الحالة في ليبيا تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، "...

(1) أحالت الفقرة 17 من القرار رقم 1970(2011)، أسماء الأفراد والكيانات الذين يتحكمون في هذه الأرصدة إلى الملحق الثاني المرفق بهذا القرار.

(2) القرار رقم 1973(2011)، الذي اتخذ مجلس الأمن في جلسته 6498 المنعقدة بتاريخ 2011/03/17.

(3) طالبت جامعة الدول العربية مجلس الأمن تحمل مسؤولياته بشأن تدهور الأوضاع في ليبيا واتخاذ الإجراءات الكفيلة بذلك، عن طريق فرض منطقة حظر جوي على حركة الطيران العسكري الليبي وإقامة مناطق آمنة في الأماكن التي تتعرض للقصف، وهذا بموجب قرارها رقم (7298) الصادر في مارس 2011.

(4) ديباجة القرار رقم 1973(2011).

لذلك يأذن بموجب الفصل السابع من الميثاق، للدول الأعضاء بالتصرف على الصعيد الوطني أو عن طريق منظمات أو ترتيبات إقليمية، بالتعاون مع الأمين العام لاتخاذ ما يلزم من تدابير لحماية المدنيين والمناطق الآهلة بالسكان المعرضين لخطر الهجمات، مع استبعاد أي قوة احتلال أجنبية أيا كان شكلها وعلى أي جزء من الأراضي الليبية...⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد قرر فرض منطقة حظر للطيران على كل الرحلات الجوية ماعدا الرحلات الجوية التي يكون غرضها إيصال المساعدات الإنسانية أو تسهيل وصولها بالإضافة إلى إنفاذ حظر الأسلحة المفروض بموجب الفقرتين التاسعة والعاشر من القرار 1970، حيث طلب من الدول الأعضاء، سيما دول المنطقة أن تقوم داخل أراضيها في الموانئ والمطارات وفي أعالي البحار بتفتيش السفن والطائرات المتجهة إلى ليبيا أو القادمة منها⁽²⁾.

كما أدخل القرار 1973 تعديلا على إجرائي حظر السفر وتجميد الأرصدة بتوسيع قائمة المشمولين بحظر السفر وفقا للمرفق الأول، وقائمة الذين جمدت أرصدهم بموجب المرفق الثاني⁽³⁾.

من جانب آخر، أعطى القرار 1973 (2011) الضوء الأخضر للدول باتخاذ التدابير اللازمة لحماية الشعب الليبي، بعدما ذُكر المجلس بتطبيق مسؤولية الحماية التي عجزت السلطات الليبية عن توفيرها؛ حيث وجدت هذه الدول ذريعة لاستخدام القوة بطريقتها الخاصة مثلما كان عليه الأمر في التدخلات السابقة.

والنتيجة رغم التسارع في تطبيق مبدأ مسؤولية عن الحماية في ليبيا من خلال القرارين المذكورين، إلا أن الخلط بين مسؤولية المجتمع الدولي في الحماية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان والاعتبارات السياسية كان واضحا، عبر توجيه استخدام

(1) الفقرة الرابعة والسابعة والحادية عشر من القرار رقم 1973 (2011).

(2) الفقرات 6، 7، 13، 14، 15 من القرار رقم 1973 (2011).

(3) الفقرات 19، 20، 21 من القرار رقم 1973 (2011).

القوة ضد النظام الليبي ومساعدة المعارضة على الإطاحة به، دون الاكتراث بمصير المدنيين، حيث وجهت ضربات عسكرية لمدن ليبية مأهولة بالسكان أدت إلى وفاة وإصابة الكثير من المدنيين، وهو ما يتنافى وقواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بتسيير النزاعات المسلحة غير الدولية⁽¹⁾.

ليتجاوز حلف الناتو أهداف مبدأ المسؤولية عن الحماية، خاصة الحياد وعدم التحيز وتحقيق الهدف الإنساني، في ظل الانتهاكات المرتكبة ضد المدنيين بسبب الأساليب العسكرية العشوائية التي لم تكن كافية لتجنيد المدنيين للخطر، وكذلك التركيز على الإطاحة بالنظام الحاكم دون الاكتراث بمصير المدنيين، وهو ما اعترف به "مارسيل بوازار" المساعد الأسبق للأمين العام للأمم المتحدة بالقول: "لم تجر مفاوضات حقيقية في سبيل التوصل إلى وقف لإطلاق النار، واستخدمت السيطرة على المجال الجوي كلياً لدعم الثوار، وكانت حماية المدنيين الذريعة لتبرير أية عملية... ولم تعد المسألة بعد ذلك مسألة حماية ولكن مسألة تغيير نظام... واختفى في ليبيا مبدأ المسؤولية عن توفير الحماية تماماً كما اختفى التدخل الإنساني في الصومال سنة 1992"⁽²⁾.

المطلب الثاني

عرقلة تطبيق المبدأ لوقف انتهاكات حقوق الإنسان في سوريا

تعود بدايات الأزمة السورية إلى سنة 2011، عندما حاول الشعب الاحتجاج ضد الفساد والمطالبة بحقوقه السياسية كاملة دون قيد، والذي سرعان ما تصدى له النظام الحاكم بالقمع وكبت للحريات، لتتحول بعد ذلك إلى هجمات ممنهجة واسعة

(1) الجوزي عز الدين، حماية حقوق الإنسان عن طريق حق التدخل الإنساني: استرجاع للقانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2015، ص 294؛ أمينة مصطفى دلة، جدلية أولوية "الدولة الحارسة" مقابل المسؤولية الدولية: تحقيق مبدأ التضامن مع مراعاة الخصوصية العربية، مجلة سياسات عربية، العدد 20، 2016، ص 28.

(2) برونو بومييه، مرجع سابق، ص 17.

النطاق وانتهاكات لحقوق الإنسان راح ضحيتها الكثير من المدنيين السوريين، وتزايد عدد اللاجئين والمشردين داخليا وخارجيا، رغم استنفاد الطرق السلمية لحل النزاع الممثلة في جهودات كل من "كوفي عنان" و"الأخضر الإبراهيمي" كبعوثين للأمم المتحدة وجامعة الدول العربية لحل النزاع وتقريب وجهات النظر⁽¹⁾.

كما لم تكثر الأطراف المتنازعة بقرارات مجلس الأمن الدولي ونداءاته المتكررة لوقف انتهاكات حقوق الإنسان، التي لم يشر من خلالها إلى التدخل كما لاذ أخير بعد فشل التسوية السلمية للنزاع، إعمالا لمبدأ المسؤولية عن الحماية⁽²⁾.

وعلى صعيد آخر، فإن المجتمع الدولي يملك صلاحية الرد وبشكل حاسم عبر مجموعة من الإجراءات السلمية التي تم استنفادها، أو العسكرية التي لم تطبق، وهذا في إطار مسؤوليته عن توفير الحماية، باعتبار أن النظام السوري فشل في حماية شعبه، بسبب الانتهاكات المرتكبة على نطاق واسع وبشكل ممنهج وجماعي، من خلال استخدام الأسلحة الثقيلة عشوائيا ضد المدنيين، وقصف المناطق المأهولة بالسكان، وتعذيب المتظاهرين والجرحى في المستشفيات، وهذا يعد جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية⁽³⁾.

والنتيجة فشل المجتمع الدولي ممثلا في مجلس الأمن الدولي في استخدام

(1) راجي نخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 329-333.

(2) أصدر مجلس الأمن بخصوص النزاع السوري حزمة من القرارات عاجلت في مجملها مسائل تقنية لوجستية ضمن النزاع السوري، كإيصال المساعدات الإنسانية وإتلاف مخزون الأسلحة الكيماوية ومكافحة الإرهاب، وهي على التوالي: القرار رقم 2042 (2012) في جلسته رقم 6751 بتاريخ 2012/04/14؛ القرار رقم 2043 (2012) في جلسته رقم 6756 بتاريخ 2012/04/21؛ القرار رقم 2118 (2013) في جلسته رقم 7038 بتاريخ 2013/09/27؛ القرار رقم 2139 (2014) في جلسته رقم 7116 بتاريخ 2014/02/22؛ القرار رقم 2165 (2014) في جلسته رقم 7216 بتاريخ 2014/07/14؛ القرار رقم 2170 (2015)؛ القرار رقم 2209 (2015)؛ القرار رقم 2235 (2016).

(3) مذكرة قانونية أعدت من طرف مجموعة السياسات والقانون الدولي العام PILPG، الوضع القانوني للحالة الإنسانية في سوريا تحت مبدأ مسؤولية الحماية، منشورة بتاريخ 2012/05/15 على موقع:

www.alwaref.org/arabic/component/content/article/42-syria/237-responsability-to-protect

مسؤوليته في الحماية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان التي يمارسها النظام الحاكم ضد الشعب السوري بالرغم من تقرير لجنة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق في سوريا، الذي أثبت ارتكاب انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان من قِبَل الأطراف المتحاربة، وهذا بسبب عدم اتفاق الدول الخمس دائمة العضوية في مجلس الأمن على إصدار قرار يقضي بالتدخل الدولي لوقف تلك المجازر⁽¹⁾.

وعموماً تعامل مجلس الأمن والمجتمع الدولي بنوع من الانتقائية حيال تطبيق مسؤوليته عن الحماية في ليبيا، وتقايس وأحجم عن ذلك ضد الانتهاكات المماثلة في سوريا، أين فشل مجلس الأمن في إدانة النظام بحرق القانون الدولي وانتهاك حقوق الإنسان بالإضافة إلى انتهاك كل القواعد الإنسانية في غزوة من طرف سلطات الاحتلال دون حسيب ولا رقيب، وكأن تطبيق مفهوم الحماية مرهون بطائفة بشرية دون غيرها.

خاتمة

في ختام هذا المقال نشير إلى أن مسؤولية الحماية تقع على عاتق الدولة في المقام الأول، وتنتقل إلى المجتمع الدولي عندما تفشل أو تتقايس أو لا ترغب الدولة في توفير الحماية لمواطنيها ضد الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة التطهير العرقي.

ويشمل تطبيق المسؤولية عن الحماية عدة خيارات؛ فمن الوقاية التي تعتبر أهم بُعدٍ من أبعاد هذا المبدأ، إلى منع وقوع الانتهاكات من خلال الرد في الوقت المناسب بتطبيق تدابير أقل اقتحاما وأقل قسرا قبل التدابير الأكثر قسرا واقتحاما، وأخيراً تطبيق مسؤولية البناء من خلال المساعدة وتوفير الجو المناسب لذلك.

انطلاقاً مما سبق، نخلص إلى أن مبدأ مسؤولية الحماية لم يتم تفعيله بالمعنى الصحيح، بسبب عدم احترام إجراءاته وعدم ضبطها لوقف انتهاكات حقوق

(1) الجوزي عزالدين، مرجع سابق، ص ص 299-300.

الإنسان فقط، والدليل على ذلك التناقض بين المبادئ والممارسات الذي نشهده في الواقع الناجم عن تعدد المعايير والضوابط في وقف انتهاكات حقوق الإنسان أثناء النزاعات المتماثلة.

لذلك ينبغي على الجهات الفاعلة تطوير آليات الحماية، سيما ما تعلق بالآليات الوقائية، كالإنذار المبكر، وتقديم العون الاقتصادي وغيره، بالإضافة إلى استخدام الوسائل السلمية وفقاً للفصلين السادس والثامن من الميثاق لوقف الانتهاكات، لكي يتم الاستجابة لمعالجة الوضع قبل تفاقمه.

وعلى صعيد آخر، إذا كانت المسؤولية عن الحماية مبدأً موظفاً لحماية حقوق الإنسان فينبغي تطبيقه بالتساوي ودون أية معايير انتقائية، بعيداً عن المصالح السياسية والاقتصادية للدول، لكي لا يكون مصيره الفشل.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب:

- أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، دار هومة، ط2، الجزائر، 2010.
- سوسن تمر خان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2006.
- عمر محمود الخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2008.
- مارتن غريفيثس واوكالاها، المفاهيم الأساسية في العلاقات الدولية، ترجمة مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- نزار العنبيكي، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر، عمان، 2010.

2- الرسائل الجامعية:

- الجوزي عز الدين، حماية حقوق الإنسان عن طريق حق التدخل الإنساني: استرجاع للقانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2015.

- راجي نخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015.
- قززان مصطفى، مبدأ مسؤولية الحماية وتطبيقاته في ظل مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014.
- منال محمود صالح، مفهوم سيادة الدولة في ضوء التطورات الدولية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011.

3- المقالات:

- أمينة مصطفي دلة، جدلية أولوية "الدولة الحارسة" مقابل المسؤولية الدولية: تحقيق مبدأ التضامن مع مراعاة الخصوصية العربية، مجلة سياسات عربية، العدد 20، 2016.
- ايف ماسينغهام، التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية؟، مختارات من مجلة الصليب الأحمر الدولية، العدد 876، المجلد 91، 2009.
- برونو يومية، استخدام القوة لحماية المدنيين والعمل الإنساني: حالة ليبيا وما بعدها، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 93، العدد 884، 2011.
- غضبان مبروك، التدخل العسكري في مالي ومدى شرعيته، دفاتر السياسة والقانون، العدد 11، 2014.
- مارتن زواننبورج، حوارات إنسانية في القانون والسياسات والعمل الإنساني (الوجودية في العراق: قرار مجلس الأمن 1483 وقانون الاحتلال)، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، أعداد سنة 2004.
- "مينوسما" ولاية بعثة الأمم المتحدة المتكاملة المتعددة الأبعاد لتحقيق الاستقرار في مالي، منشورة على الموقع:

www.un.org/ar/peacekeeping/missions/minusma/mandate.shtml

- مذكرة قانونية أعدت من طرف مجموعة السياسات والقانون الدولي العام PILPG الوضع القانوني للحالة الإنسانية في سوريا تحت مبدأ مسؤولية الحماية، منشورة بتاريخ 2012/05/15 على موقع:

www.alwaref.org/arabic/component/content/article/42-syria/237-responsability-to-protect

4- الوثائق الدولية:

- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، الوثيقة رقم A/CONF.183/9 المؤرخة في 17/07/1998، والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 01/07/2002.
- تقرير اللجنة الدولية للتدخل وسيادة الدول ICISS، في ديسمبر 2001، منشور على الموقع: <http://tolerance.tavaana.org/ar/content>

5- القرارات واللوائح الدولية:

أ- قرارات مجلس الأمن الدولي:

- القرار 1511 الصادر عن مجلس الأمن في جلسته 4844 المنعقدة بتاريخ 16/10/2003.
- القرار 1546 الصادر عن مجلس الأمن في جلسته 4987 المنعقدة بتاريخ 08/06/2004.
- قرار مجلس الأمن رقم 1674 (2006)، المتعلق بحماية المدنيين في النزاعات المسلحة، في الجلسة رقم 5430 بتاريخ في 28/04/2006.
- قرار مجلس الأمن رقم 1970 (2011)، بشأن الوضع في الجماهيرية الليبية، اعتمد في الجلسة رقم 6491، مؤرخ في 26/02/2011.
- قرار مجلس الأمن رقم 1973 (2011)، بشأن الوضع في الجماهيرية الليبية، اعتمد في الجلسة رقم 6498، مؤرخ في 17/03/2011.
- القرار رقم 2085 الصادر بتاريخ 20/12/2012.
- القرار رقم 2100 الصادر بتاريخ 25/04/2013.

ب- لوائح الجمعية العامة:

- لائحة الجمعية العامة رقم 1/60 بتاريخ 16/09/2005 حول اعتماد الوثيقة النهائية لنتائج مؤتمر القمة العالمي، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 60، بتاريخ

A/RES/60/1، وثيقة رقم: 2005/10/24

- لائحة الجمعية العامة رقم 308/63 حول المسؤولية عن الحماية، الجلسة العامة رقم 105، بتاريخ 2009/10/07، وثيقة رقم: A/RES/63/308.

ج- تقارير الأمين العام:

- تقرير الأمين العام بعنوان "تنفيذ مسؤولية الحماية"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 63، بتاريخ 2009/01/12، وثيقة رقم A/63/677.

- تقرير الأمين العام بعنوان "مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة" بتاريخ 2012/07/25، وثيقة رقم: A/66/874-S/2012/578.

- تقرير الأمين العام حول "المسؤولية عن الحماية: مسؤولية الدولة والمنع" لسنة 2013، الجمعية العامة، الدورة 67، بتاريخ 2013/07/09، وثيقة رقم: A/67/929-S/2013/399

- تقرير الأمين العام حول "الوفاء بمسؤوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية والمسؤولية عن الحماية"، الجمعية العامة، الدورة 68، بتاريخ 2014/07/11، وثيقة رقم A/68/947-S/2014/449

- تقرير الأمين العام، وثيقة رقم S2015/730 بتاريخ 2015/09/25، دور الأمم المتحدة في منع نشوب النزاعات، تحديد الالتزام الجماعي.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- Agnes Gautier-Audebert, La responsabilité de protéger, Revue Ubuntu, N1,2013.
- Bantchin Napakou, De la Souveraineté Nationale à la Responsabilité de protéger, Revue international de philosophie en ligne avec Peer review, N°17,2014.
- Julien Flagothier, L'intervention militaire en Libye et ses implications pour l'Europe de la défense, Institut royal supérieur de défense centre d'études de sécurité et défense, Bruxelles, 2012.
- Laurence Boisson de chazournes et Luigi condorelli, De la "Responsabilité de protéger" ou d'une nouvelle parure pour une

- notion déjà bien établie, revue générale de droit international public Tom CX- paris, 2006.
- Mario Bettati, Du droit d'ingérence à la Responsabilité de protéger, Revue outre terre, N°20,2007/3.
 - Michel Goya, Les enseignements militaires de la guerre en libye(mars- octobre 2011) , Réflexions sur la crise libyenne, études de l'institut de recherche stratégique de l'école militaire (IRSEM),N°27, paris, 2013.
 - Raphael van Steenberghe, Responsabilité de protéger et protection des civils dans les conflits armes : un rapprochement au détriment du droit international humanitaire ?, Revue québécoise de droit international, 2013.
 - Sandra Szurek, La responsabilité de Protéger :Mauvaises querelle et vraies questions, Anuario Colombiano de Derecho international,N°4,2011.

التشريع بالأوامر في دستور 2016 حق دستوري أصيل لرئيس الجمهورية

بقلم: د/ محمّد حميد*

الملخص

تبرز هاته الدراسة أن التشريع بالأوامر في ظل المادة 142 من دستور 2016 هو حق دستوري لرئيس الجمهورية يستمده مباشرة من الدستور بدون تفويض من السلطة التشريعية؛ مما يؤدي به إلى ممارسة اختصاص أصيل مستمد من الدستور، في حين لا يتمتع الوزير الأول بهذا الحق، حيث يكون التشريع بالأوامر من اختصاص الرئيس وبمبادرة منه، ويمنع عليه الدستور تفويض هذا الحق لأي شخص أو لأي هيئة كانت طبقاً للمادة 101 من دستور 2016.

كما أن اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء هو إجراء شكلي، حيث إن رئيس الجمهورية هو الذي يترأس مجلس الوزراء، كما أن أعضاء مجلس الوزراء هم تابعين لرئيس الجمهورية، ويتجلى ذلك خاصة في التعيين والعزل طبقاً لنص المادة 93 من الدستور 2016، كما أن لهم دور استشاري فقط.

Résumé:

Cette étude met en évidence que les ordonnances de la législation en vertu de l'article 142 de la constitution de 2016 est un droit constitutionnel du président de la république qui relève directement de la constitution sans l'autorisation du pouvoir législatif, ce qui amène à exercer la compétence initiale et constitutionnel, et que le premier ministre est interdit d'utiliser ce droit de légiférer par ordonnance.

La législation par ordonnance également est la prérogative du président et de sa propre initiative empêche ce dernier de déléguer ce droit à toute personne ou pouvoir d'après l'article 101 de la constitution 2016.

La législation par ordonnance faite en conseil des ministres, s'est

* أستاذ محاضر قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة.

une formalité puisque le président de la république c'est lui qui dirige le conseil de ministre, et les ministres appartenant au président de la république dans la nomination et la révocation d'après l'article 93 de la constitution 2016, ils ont seulement le droit consultatif.

Abstract:

This study shows that the ordinances of the legislation under article 142 of the 2016 constitution are a constitutional right of the president of the republic who is directly subject to the constitution without the authorization of the legislative power, exercise the original and constitutional jurisdiction, and that the prime minister and prohibits the use of this right to legislate by order.

Legislation by order is also the prerogative of the president and his own initiative prevents the president from delegating this right to any person or power under article 101 of the 2016 constitution.

Legislation by order in the council of ministers is a formality since the president of the republic is the one who direct the minister's council and the ministers belonging to the president of the republic in the appointment and dismissal after article 93 of the 2016 constitution, they have only the right to consult.

مقدمة:

لقد ساد الفكر السياسي ابتداءً من أواخر القرن 18 تقسيم سلطات الدولة إلى سلطة التشريع وسلطة التنفيذ والقضاء، وهو تقسيم يستند في أصوله الأولى إلى كتابات أرسطو، والذي يعهد بمقتضاه لكل سلطة من السلطات إلى هيئة مختلفة، لا أن تتمركز في يد هيئة واحدة حتى لا يؤدي انفرادها بها إلى فسادها وسيطرتها، وهكذا أقيم مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾، إلا أن أرسطو لم يشر في مؤلفاته السياسية إلى فكرة الفصل بين السلطات إلا بشكل عارض وموجز دون أن يصوغها في نظرية

(1) - يرجع الفضل في ظهور مبدأ الفصل بين السلطات إلى أرسطو، وكان ذلك في القرن الرابع قبل الميلاد، والذي قرّر في مؤلفاته أن السلطة لا تنبع إلا من الجماعة... انظر في ذلك: محمد كامل ليلة، النظم السياسية: الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 281.

دقيقة ومتكاملة إلى أن جاء مونتسكيو بعد ذلك بقرون طويلة- القرن 17 بعد الميلاد- والتقط فكرة الفصل بين السلطات من أقوال أرسطو، وصاغ منها نظرية جديدة ومتكاملة ووضعتها في كتابه "روح القانون" بصورة مفصلة وشاملة عاشت حتى يومنا هذا، ويعتبر هذا المبدأ أحد الركائز الأساسية التي تسند إليها فكرة الدولة القانونية والمشروعية، وبذلك تم فصل السلطة عن شخص الحاكم مع ضرورة التزامه بقواعد الدستور والقانون⁽¹⁾.

ذلك أن تجميع تلك السلطات في قبضة واحدة من شأنه أن يؤدي الحرية، فالسلطة المطلقة مفسدة مطلقة، ولا يقصد بهذا المبدأ أن تستقل كل سلطة مباشرة اختصاصها استقلالاً تاماً، فبدأ الفصل بين السلطات في معناه الحقيقي لا يكون إلا نسبياً يسمح بعلاقات تعاون وتداخل بين تلك السلطات المختلفة، تفتاوت قوة وضعفاً بحسب النظام السياسي. ويميل الدارسون حتى في ظل النظام الرئاسي الأمريكي إلى تأكيد اقتسام السلطات أكثر من تأكيد مبدأ الفصل بين السلطات. وكما قال ريتشارد نوستات: إن المؤتمر الدستوري لعام 1787 يفترض أنه قد أوجد حكومة ذات سلطات منفصلة لكنه لم ينجز شيئاً من هذا القبيل، وبدلاً من ذلك أوجد حكومة مؤسسات منفصلة تتقاسم السلطات⁽²⁾.

وفي الحقيقة فإن اعتماد سياسة التداخل -لأسباب لا مجال لذكرها- فرضت التعاون والتنسيق والتكامل بين تلك السلطات لاسيما التنفيذية والتشريعية لتجسيد

(1) - انظر في ذلك:

BURDEAUX George, droit constitutionnel et institution politique, 14 édition, Paris 1969, p.p 104-105.

(2) - لقد كتب "ولدر وويلسن" عام 1855 قائلاً: "إنه من المستحيل لواضعي الدستور، أن يعتقدوا بإمكان إقامة تعاون وثيق وإرساء ثقة متبادلة بين الهيئتين التنفيذية والتشريعية دون أن يتعرضوا لإغواء الصدام بينهما بل حتى السعي إليه".

انظر في ذلك: لويس فيشر، سياسات تقاسم القوى: الكونغرس والسلطة التنفيذية، ترجمة مازن حماد، الطبعة الثالثة، عمان الأهلية للنشر والتوزيع، 1994، ص 11.

مشروع سياسي مقترح أو معتمد، ولهذا أصبحت السلطة التنفيذية تمارس بعض مهام السلطة التشريعية؛ لأنّ الأنظمة الحديثة كقاعدة عامة تقوم في حكمها على الإرادة الشعبية حيث نجد إلى جانب البرلمان رئيس الجمهورية أيضا منتخب بطريقة مباشرة، بل إنّ الكفة رحّت لصالح السلطة التنفيذية نظرا للمركز الذي أصبح يتميّز به رئيسها أي رئيس الجمهورية كونه منتخبا من طرف الشعب⁽¹⁾.

فضلا عن المهام المتنوعة والتي أسندت لها والتي تستدعي تخصيص وسائل عديدة لإنجازها قد تصل إلى حد تمكينها من مشاركة السلطة التشريعية، وذلك عن طريق حقها في التشريع إلى جانب البرلمان؛ لذلك أثبتت غالبية الفقه - بغض النظر عن طبيعة النظام السياسي المعمول به- الدور التشريعي لرئيس الدولة، حيث أصبح يساهم في الإجراءات التشريعية، ويشارك النواب في سن التشريعات عن طريق المبادرة بمشاريع القوانين إلى جانب الحكومة والاعتراض على ما وافق عليه البرلمان من نصوص تشريعية، إلى جانب كونه يتمتع بالسلطة التنظيمية وأيضا التشريع بالأوامر⁽²⁾.

وبهذا يمكن القول إن الدور التشريعي لرئيس الجمهورية في الظروف العادية في تزايد مستمر نتيجة الاتجاه الحديث الداعي لتقوية السلطة التنفيذية والاستفادة من خبرتها، خاصة فيما يخص إعداد مشاريع القوانين، كما أن سلطة التشريع بالأوامر التي جاءت بها المراجعة الأخيرة لدستور 03 مارس 2016 عززت هاته المكانة، خاصة وأنها صلاحية دستورية يتمتع بها رئيس الجمهورية من الدستور مباشرة من دون الحاجة إلى تفويض من البرلمان، ولا ينازعه فيها الوزير الأول، كما أن تقريرها في مجلس الوزراء أمر شكلي كما سنراه في الفقرات التالية في هذا المقال.

(1) - لقد ساعد انتخاب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع المباشر من طرف الشعب وتمثيله للأمة، في إبراز دوره القيادي على السلطة التشريعية، وانتخابه من طرف الشعب يعطيه المكانة والنفوذ لمواجهتها.

(2) - انظر:

Tahar TALAB, du monocéphalisme de l'exécutif dans le régime politique Algérien, R.A.S.J.E.P. n: 04, décembre 1990, p.705.

أولاً: استعمال الأوامر حق دستوري لرئيس الجمهورية

كانت الأوامر في النظام السياسي الجزائري هي الأداة الوحيدة للتشريع⁽¹⁾، حيث نجد مصدرها في دستور 1963 في المادة 58، ثم استعملت إثر حركة 19 جوان 1965، حيث كانت الأداة الوحيدة لإنتاج العمل بها حتى في ظل دستور 1976 الذي أوكل مهمة سنّها إلى رئيس الجمهورية لكن في أوقات محدّدة تنحصر فيما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني⁽²⁾، وقد غاب التشريع بالأوامر في دستور 1989، ثم أعيد النص عليها في المادة 124 من دستور 1996 وفي المادة 142 من المراجعة الأخيرة لدستور 03 مارس 2016⁽³⁾.

لكن إذا رجعنا إلى المادة 124 من دستور 1996 والمادة 142 من المراجعة الأخيرة لدستور 2016، نجد أنّها أعطت لرئيس الجمهورية صلاحية التشريع

(1) - انظر: سعيد بو الشعير، التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد رقم 01، مارس 1988، ص 346.

(2) - تنص المادة 58 من دستور 1963 على ما يلي: لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس التفويض له لمدة محدودة حتى اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في مجلس الوزراء وتعرض على مصادقة المجلس الوطني في أجل 03 أشهر.

وتنص المادة 153 من دستور 1976 على ما يلي: "الرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".

(3) - تنص المادة 124 من دستور 1996 على ما يلي: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد لائحة الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

وتنص المادة 142 من دستور 2016 على ما يلي: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة، ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد لائحة الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

بالأوامر من دون الحاجة إلى التفويض أو النص عليه مثلما هو الحال في الدستور الفرنسي في المادة 38 الفقرة الأولى أو الدستور الجزائري لسنة 1963 في المادة 58 والتي سبق الإشارة إليها، كما أنّها خوّلت هذه الصلاحية لرئيس الجمهورية وأعطت له الحق وحده في اتخاذ الأوامر، وأنّها لم تعترف لرئيس الحكومة أي الوزير الأول حالياً بهذا الحق.

1- عدم وجود تفويض من السلطة التشريعية:

إن صياغة المادة 142 توحى لنا بأن رئيس الجمهورية يمارس اختصاص التشريع بالأوامر من دون تفويض، كما أن صياغة المادة 142 توحى لنا أيضاً بأن ممارسة هذا الاختصاص التشريعي من قبل رئيس الجمهورية هو عمل اختياري لا وجوباً، أي إنّ لرئيس الجمهورية أن يشرع إذا أراد وأن لا يشرع إذا لم يرغب في ذلك، أمّا الأدوات التشريعية التي يستعملها الرئيس فإنّها تتمثل في الأوامر التي يصدرها الرئيس، والتي بعد أن تحدث آثارها على مستوى المجتمع ومؤسساته وبعد أن تُرتب مراكز قانونية على مستوى الأفراد والهيئات، تُعرض على موافقة البرلمان بغرفتيه في أول دورة تشريعية مقبلة له.

إنّ هذه الأوامر التشريعية التي جاءت بها المادة 142 حلّت محلّ القانون بمفهومه وشكلياته الدستورية وأصبحت الأداة المفضلة في إنتاج القانون وسنّ التشريع. ليست هذه الوضعية خاصة بالجزائر فحسب، بل عرفتها أنظمة دستورية أخرى، مثل النظام الدستوري الفرنسي في ظل أحكام دستور 1958، حتى ولو أن الالتجاء إلى هذه الأداة وهذا الأسلوب في فرنسا يكون إجراءً استثنائياً تضمّنه الدستور، حيث بمقتضاه يمكن للسلطة التشريعية، صاحبة الاختصاص الأصلي المتمثل في البرلمان الفرنسي، أن تمنح للسلطة التنفيذية -بمقتضى تفويض منصوص عليه صراحة- صلاحيات سن القوانين وإصدارها في إطار أحكام وقيود منصوص عليها في المادة 38⁽¹⁾.

(1) - المادة 38 من دستور 1958 تنص على أحكام وقيود منها: طلب قانون التفويض أي التفويض

وهو ما أخذ به الدستور الجزائري لسنة 1963 في المادة 58. وقد عُرِفَتْ باسم أوامر تفويضية، وتعرف بأنها أوامر ذات صبغة تشريعية يتولى إصدارها رئيس الدولة أو الحكومة بناء على تفويض من البرلمان، وإن كان رئيس الجمهورية في ظل دستور 1963 مخوّلاً قانوناً بتنظيم بعض المسائل التي تدخل أصلاً في اختصاص التشريع، وهي تنظم أساساً بقوانين تصدرها السلطة التشريعية، على إثر تفويض من هاته الأخيرة⁽¹⁾، وبناءً عليه اعتمد مبدأ الأوامر التفويضية من بعض الدساتير الحديثة بوصفه أسلوباً احتياطياً. غير أنّه لا يجوز أن تبادر به السلطة التنفيذية كلما تريد ذلك⁽²⁾.

غير أنّ الأوامر التي تنص عليها المادة 142 من الدستور الجزائري لسنة 2016 تختلف عن تلك الأوامر التشريعية التي تعرفها بعض الدساتير الغربية مثل الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة 1958 في المادة 38 سالفة الذكر، بل إنها أوامر تكوّن ظاهرة خاصة يتميز بها النظام الدستوري الجزائري والممارسات التشريعية في ظل هذا النظام.

إنّ رئيس الجمهورية في ظل المراجعة الأخيرة التي جاء بها دستور 2016 غير مفوّض في اختصاصه التشريعي من قبل البرلمان، فهو يمارس هذا الاختصاص بوصفه اختصاصاً أصيلاً ممنوحاً له بشكل دائم لا يحتاج فيه أي تفويض، خلافاً لرئيس الجمهورية في ظل أحكام دستور 1963 الذي كان يمارس هذا الاختصاص

يكون بقانون، ويطلب من الحكومة ولتنفيذ برنامجها، وأن تكون المدة محدّدة للتشريع وأن يقدم الأمر للمصادقة عليه وفي مدة محددة لذلك.

(1) - انظر:

COURDON (N), Le régime de l'ordonnance en Algérie, Rasjep, N: 01année, 1977, p.25.

(2) - انظر:

EBRARD Pierre, L'Article 38 de la constitution du 04 octobre 1958 et la 5 Emme république, Revue de Droit Public, 1969, p. 259 ets.

في ظل تفويض مؤقت.

فبتفحصنا لدستور 2016 بصفة معمقة نجد أن مركز رئيس الجمهورية قد زاد من خلال هاته الوسيلة، فلا نجد فقط المادة 142 التي تنص على الأوامر - وإن كانت هي المادة الشاملة والكاملة- بل نجد أن دستور 2016 قد جاء بأحكام أخرى مدعمة لسلطة ومركز رئيس الجمهورية، ومثال ذلك: قانون المالية الذي يصدره رئيس الجمهورية بأمر بموجب المادة 138 الفقرة 10 من دستور 2016.

وبالتالي فأوامر المادة 142 تتشابه بدون شك مع المادة 124 من دستور 1996 والمادة 153 من دستور 1976 في أنها أعطت رخصة دائمة لرئيس الجمهورية بدون الحاجة إلى تفويض، أي إنّ الدستور أعطى له هذا الحق، فهو يستمد من الدستور مباشرة. وحسب الأستاذ بوشعير والذي نوافقه الرأي، فإنّ إعطاء الدستور صلاحية مباشرة طبقاً للمادة 153 والمتوافقة مع المادة 142 من دستور 2016 هي تشريع غير مفوض فيه، فكلمة التفويض غير واردة، ونضيف على ما قاله الأستاذ بوشعير، أن دستور 2016 في المادة 142 أعطى صلاحية دستورية يتمتع بها رئيس الجمهورية مباشرة من الدستور بكل حرية وبدون قيد إلاّ القيد الشكلي المتمثل في الموافقة على الأوامر من قبل البرلمان، واتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء، فضلاً عن ذلك أن الدستور قد خوّّل للجهتين أي البرلمان ورئيس الجمهورية اختصاص التشريع، فالتفويض كقاعدة عامة يكون من صاحب الاختصاص، أما أن يكون اختصاص مسموح به الجهتين، فإنّه يصعب القول معه بأن هذه الجهة أو تلك مفوضة فيه.

بالإضافة إلى ما قلناه، جعل دستور 2016 من المادة 142، حقاً شخصياً لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 101 من نفس الدستور، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يفوض رئيس الجمهورية سلطته في التشريع بالأوامر⁽¹⁾.

(1) - راجع المادة 101 من دستور 03 مارس 2016.

2- عدم تمتع الوزير الأول بهذا الحق:

إن حق التشريع بالأوامر في ظل دستور 2016 هو حق لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 142، وهي سلطة شخصية له، وقد خولها له الدستور بدون انتظار اقتراح من الوزير الأول كما كان عليه الحال في تعديل 03 نوفمبر 1988 للمادة 153 من دستور 1976 حيث نصت على ما يلي: "الرئيس الجمهورية فيما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني أن يشرع بأوامر بناء على اقتراح من رئيس الحكومة، وتعرض الحكومة النصوص الصادرة بهذه الكيفية على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة لاحقة لتوافق عليها"⁽¹⁾.

إن تعديل 03 نوفمبر 1988 آنذاك، هو التعديل الأول الذي اعترف برئيس الحكومة سابقاً وأعطى له حق التشريع بالأوامر بالرغم من أن التشريع بالأوامر هو سلطة تقديرية لرئيس الجمهورية لا يمارسها إلا باقتراح من رئيس الحكومة، لكن إذا رجعنا إلى العلاقة بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، نرى أن رئيس الجمهورية هو الذي يعين رئيس الحكومة، أي إنه خاضع في تعيينه وعزله لرئيس الجمهورية وفي هذا الإطار لا يستطيع رئيس الحكومة ممارسة حقه في الاقتراح بالأوامر؛ لأنه مرتبط بسياسة رئيس الجمهورية الذي خوله الدستور عزل رئيس الحكومة، بالإضافة إلى أن سلطة إصدار الأوامر والتوقيع عليها هي حق لرئيس الجمهورية. صحيح أن التعديل الدستوري لـ: 03 نوفمبر 88 قد أعطى حق الاقتراح بأوامر لرئيس الحكومة، إلا أنها كانت مرتبطة آنذاك بموافقة رئيس الجمهورية وبضرورة التوقيع عليها⁽²⁾.

- (1) - وهو ما جاء به تعديل نوفمبر 1988، حيث أعطى لرئيس الحكومة آنذاك الحق في اقتراح الأوامر، وهو نص صريح يخول لرئيس الحكومة حق التشريع بالأوامر، وهذا بنص المادة 153 المعدلة.
- (2) - وقد أكد ذلك رئيس الجمهورية الراحل الشاذلي بن جديد آنذاك حيث قال: "إن الوزير الأول يمارس أيضاً نفس الصلاحيات التي يمارسها حالياً رئيس الحكومة، فإنني حددت له الخطوط العريضة والمنشطة في إطار التوجهات العامة".

=

أما في ظل دستور 1996، فإن حق التشريع بالأوامر هو حق لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 124، وهي سلطة شخصية له؛ فقد خولها دستور 1996 لرئيس الجمهورية بدون انتظار اقتراح من الوزير الأول، كما كان عليه الحال في تعديل 03 نوفمبر 1988، ولا يشاركه فيها أي أحد، وهو ما أقرته أيضا المراجعة الأخيرة بنص المادة 142 من دستور 2016.

ودستور 2016 لم يعط الحق للوزير الأول أن يشرع بأوامر، بخلاف الدستور الفرنسي الذي خول هذا الحق للوزير الأول الفرنسي في المادة 38 من دستور 1958، وهذا بتفويض من البرلمان، كما خولت له المادة 41 حق الاعتراض على أي اقتراح أو تعديل يتعارض أو يمس بالمجال المفوض فيه، لكن الحكومة الفرنسية مقيدة أيضا بقيدتين عند اللجوء إلى الأوامر:

القيد الأول: أنه يجب أن تقوم الحكومة بطلب التفويض، فلا يجوز للبرلمان من تلقاء نفسه أن يثير اللجوء إلى المادة 38 من الدستور.

القيد الثاني: يتمثل في ضرورة توقيع رئيس الدولة على الأوامر طبقا لما نصت عليه المادة 13 من دستور 1958.

وهذا ما بدا بوضوح عند مناقشة قانون 04 فيفري 1960، حيث أشار "شابان ديلاس" رئيس الجمعية الوطنية إلى أن موافقة البرلمان على السلطات الخاصة سينظر إليها بوصفها تعبيراً عن الثقة في شخص الجنرال ديغول، وقد أشار الكثير من البرلمانيين إلى أن الثقة في رئيس الجمهورية كانت هي الدافع إلى الموافقة على هذا القانون⁽¹⁾.

مجلة الشرق الأوسط، حوار مع رئيس الجمهورية، عدد 3961، 02 أكتوبر 1989، ص24.

(1) - 1- وقد عبر Floret عن هذا المعنى بقوله: "إن دبريه وإن كان هو المنفذ لإرادة الرئيس ديغول إلا أنه شخصيا ليس محلا للثقة". انظر:

MONTANE de la Roque, l'article 38 de la constitution du 04/10/1958 ET la loi des pouvoirs spéciaux du 04/02/1960, 1960, p.124.

أما في ظل دستور 1996 والمراجعة الأخيرة في دستور 2016 اللذان لا يعترفان للوزير الأول بسلطات هامة في السلطة التنفيذية، ولا يعترفان له بسلطة التشريع بالأوامر، وهو بالتالي أداة لعدم التركيز ولا يقود الحكومة، حيث بالرجوع إلى المادة 142 نرى أن رئيس الجمهورية هو الذي له حق التشريع بالأوامر فقط، وهو حق شخصي لرئيس الجمهورية لا يجوز التفويض فيه طبقاً للمادة 101، التي ذكرت من بين المجال المنوع والمحظور عن التفويض نجد المادة 142، حيث لا يمكن لرئيس الجمهورية أن يفوض هذا الحق لأي جهة كانت، بخلاف دستور 1976 أين كان لرئيس الجمهورية آنذاك سلطة تفويض حقه المستمد من الدستور إلى نواب الرئيس أو الوزير الأول، أما المادة 142 فقد جعلت من استعمال الأوامر حقاً شخصياً *untitute personae* لا يجوز للرئيس التفويض فيه طبقاً للمادة 101.

3- التشريع بمبادرة رئيس الجمهورية:

بتفحصنا لنص المادة 142 يتبين لنا أن المبادرة بالتشريع تعود لرئيس الجمهورية، الذي يخوله حق المبادرة بدون اللجوء إلى البرلمان لطلب التفويض، فهو إذا حق شخصي يتمتع به رئيس الجمهورية دون مشاركة أحد، فهو - أي رئيس الجمهورية - ينافس البرلمان في مجاله التشريعي، وله أن يشرع في المجالات المختلفة بدون تحديد الموضوعات مادام أن لديه رخصة دائمة من الدستور لا يقيدتها شيء إلا ما اشترطته المادة 124، كضرورة عرض الأوامر على الموافقة اللاحقة للبرلمان وأيضا اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء، ورئيس الجمهورية هو حر في التشريع في الموضوعات كما يشاء ما دام أنه ممثل للشعب، ومنتخب من أغلبية، ومدعم من طرف أحزاب ذات أغلبية برلمانية؛ فله حق المبادرة الحرة، ويتمتع بها لوحده ويستأثر بها لنفسه، وله في ذلك المجال الواسع للتشريع كما يشاء بدون أن يحدد له الدستور الموضوعات الواجب التطرق إليها⁽¹⁾.

(1) - حيث عدل الرئيس الدستور، وبالضبط المادة 03 حول ترسيم الأمازيغية بأمر، وألغى محافظة الجزائر الكبرى أيضا بأمر تشريعي، كما عدل قانون الأسرة والجنسية بأمرين تشريعيين سنة 2005.

فقد جاءت المادة 142 بشكل واسع وبصفة عامة بدون تحديد الموضوعات، مما يتبين أن رئيس الجمهورية له أن يشرع كلها أراد وفي المجالات التي يريد ما دام أنه هو ممثلاً للأمة، يمارس الوظيفة التشريعية بصفة صريحة ودستورية وشاملة على البرلمان، الذي حدّد نطاقه التشريعي طبقاً للمادة 140، فرئيس الجمهورية له الحرية الواسعة في التشريع بدون قيد أو تحديد للموضوعات باعتباره ممثلاً للشعب، ولهذا ينافس البرلمان في التشريع أو يكاد يتغلب على السلطة التشريعية في اختصاصاتها، خاصة بعد تحديد الميادين التي تندخل فيها السلطة التشريعية على سبيل الحصر.

ففي ظل دستور 2016 وفي ظل المادة 142، لرئيس الجمهورية وحده حق المبادرة بالأوامر، فلا يطلب لا الإذن ولا تفويض من أي أحد فهو وحده المختص بذلك، لا تقيده لا مدة ولا توقيع الغير على تصرفه، وعكس ذلك فإذا كان البرلمان غير قادر على أداء وظيفته المعلن عنها منفرداً بدون الرئيس، فإنّ هذا الأخير في استطاعته الاستغناء عن البرلمان ليمارس السلطة التشريعية بشكل منفرد وفي غنى عنه، وفي غنى عن أي هيئة أخرى، بحيث من إرادته وحدها ينبع القانون ويصدر في أشكاله المختلفة، فرئيس الجمهورية له وحده إمكانية التشريع بالأوامر، وبالتالي أوامر المادة 142 هي من الاختصاص المبدئي لرئيس الجمهورية مثلما كان في دستور 1976 طبقاً للمادة 153 التي عرفت التشريع بالأوامر وبمبادرة من رئيس الجمهورية، إذ يرجعنا إلى المادة 142 نجد المشرع يستعمل العبارة الآتية: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر..."، هي نفس الصيغة المستعملة في ظل دستور 1976 في المادة 153، فهذه العبارة أو كلمة "يشرع" معناها إنشاء أو إنتاج قانون، وهو تعريف جاء من فعل "شرع"، وهي بمثابة تصرفات أو إحداث مراكز قانونية شبيهة بالقوانين لكنها ليست قوانين.

وباعتبارها تشريعاً صادراً عن رئيس الجمهورية، فإن الأوامر تتمتع بكل مزايا القانون وخاصة القوة التنفيذية، مع كل الصلاحيات وخاصة عدم تعرضها للقاضي، وبالعكس يمكن أن تعتبر كمرجع للقوانين الأخرى، ويتم العمل بها وتنفيذها فتنشئ التزامات ومراكز قانونية وتحدث تغييرات في المجتمع على مستوى هيئاته ومؤسساته.

والأوامر لا تنشر؛ لأنها تابعة من شخص يتمتع بالسيادة؛ ولأن النشر حسب المادة 144 مرتبط بالقانون الذي يصدره البرلمان، وبالتالي فإنّ رئيس الجمهورية هو الوحيد الذي يعطي القوة التنفيذية، فالأوامر التي يصدرها تحوز القوة التنفيذية مباشرة، وهذا ما يبين الطابع الرئاسي حتى في مجال التشريع، فليس الجمهورية له سلطة التشريع وبصفة صريحة وبصيغة واضحة، وأوامر المادة 142 لا تتضمن أي قيد بخلاف القانون، ولا تتطلب أي إجراءات خاصة، فهي لا تعرف شكلا خاصا ولا حتى استشارة هيئة أخرى، ولا تحترم الأحكام المتعلقة بالأوامر مثل ما جاء في الدستور الفرنسي، كطلب التفويض والمدّة المحددة... الخ، فهي إذن تعود لاختصاص رئيس الجمهورية، والقيود الوحيد هو اتخاذها في مجلس الوزراء وضرورة موافقة البرلمان عليها⁽¹⁾.

كذلك نرى أن رئيس الجمهورية يمكنه أن يشرع في جميع أشكال القانون، سواء كان ماديا أو معنويا، فعوض تعارض هذين المعيارين⁽²⁾، فهما يلتقيان في المادة 142 ويكونان لنا نموذجا يمكن أن نسميه بالنموذج الرئاسي في ميدان التشريع.

كذلك لو عدنا إلى المادة 104 التي تنظم إجراءات تولي الرئاسة عند حدوث مانع لرئيس الجمهورية، حيث منعت المادة 104 في فقرتها الثالثة التشريع بالأوامر للرئيس بالنيابة، مما يؤكّد أن هذه المادة -اعتبرها المؤسس الدستوري - مادة هامة متعلقة بشخص رئيس الجمهورية وتدخل ضمن مجاله الخاص.

(1) - ولكنها تتخذ في إطار مجلس الوزراء مثل المادة 38 والمادة 58.

إن المادة 38 من دستور 1958 تنص على أن الأوامر تتخذ في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة. أما المادة 58 من دستور 1963 تنص على أن الأوامر التشريعية تتخذ في مجلس الوزراء.

(2) - انظر :

MONTANNE de la Roque, op .cit. p.199.

عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي وفي الأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة في النظام الإنجليزي والفرنسي والسوفيتي، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص 230.

4- التشريع بالأوامر اختصاص تقديري لرئيس الجمهورية:

إذا كانت المادة 142 من دستور 2016 قد سمحت لرئيس الجمهورية ممارسة اختصاص يدخل في مجال السلطة التشريعية، فإن هذا الاختصاص ما هو إلا استثناء وليس القاعدة، إذ إن الغرض منه هو مواجهة أوضاع غير طبيعية وغير متوقعة قد تتعرض لها الدولة في فترة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، وهو ما عبرت عنه كما قلنا المادة 142 من دستور 2016 صراحة بنصها: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة...". وقد ذهب المشرع في ذلك إلى نفس ما ذهبت إليه بعض الدساتير التي عبرت عن هذا الشرط صراحة كالدستور المصري السابق⁽¹⁾، وهذا بخلاف ما نصت عليه المادة 124 من دستور 1996، التي أشارت إلى ذلك بصفة ضمنية. ومفاد هذا الشرط أنه إذا كان تدخل رئيس الجمهورية في المجال المخصص للسلطة التشريعية بواسطة أوامر يعد استثناءً وليس قاعدة عامة، فمعنى ذلك أن هذا التدخل سببه فكرة الضرورة التي تستدعي سرعة التدخل بأوامر لاتخاذ تدابير ضرورية لمواجهة أوضاع غير طبيعية وغير متوقعة كانتشار أمراض خطيرة أو فتنة طائفية مثلاً.

إن رئيس الجمهورية في المادة 142 غير مقيد بإجراءات أو حدود كما هو في النظام التقليدي السابق، أين كان طلب الأوامر يتم وفق شروط وإجراءات منها: طلب التفويض من البرلمان لممارسة هذا الاختصاص؛ لأن البرلمان هو صاحب هذا الاختصاص، وأيضاً ما كان ينص عليه من ضرورة التقيد بمدة معينة لممارسة هذا الاختصاص، وأيضاً تحديد المدة التي يجب أن تعرض فيها الأوامر التي اتخذها رئيس الجمهورية على البرلمان.

(1) - لقد عبر المشرع الدستوري المصري على هذا الشرط بنصه في المادة 147 من دستور 1976: "ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تتحمل التأخير".
- وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 95.

فالتشريع بالأوامر في ظل هاته المادة 142 لا يعرف أي قيد ولا يخضع لأي إجراء من إجراءات التشريع، فلا تعرض الأوامر على مجلس الحكومة لأنها خاصة برئيس الجمهورية، لكنها تكون في مجلس الوزراء وهذا شرط عام، والمقصود بذلك إن الأوامر سواء اتخذت في ظل الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية فإنه يجب أن تتخذ في مجلس الوزراء، وسنرى ضعف هذا الأخير في مواجهة رئيس الجمهورية، خاصة إذا علمنا أن رئيس الجمهورية هو رئيس هذا المجلس.

غير أن الجديد في المراجعة الأخيرة للدستور 2016 أنّ المادة 142 أشارت إلى ضرورة أخذ رأي مجلس الدولة للنظر في الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية، خاصة أن هذا الأخير أي مجلس الدولة الذي استحدث في دستور 1996 كان الهدف منه في البداية تقديم الاستشارة للحكومة حول مشاريع القوانين والأوامر والمراسيم، والتي يستمدّها من المادة 153 من دستور 1996 السابق، والتي أحالت للقانون العضوي تحديد صلاحيات أخرى لمجلس الدولة، لكن عندما عرض هذا القانون على رأي المجلس الدستوري آنذاك أبدى رفضه مسألة نظر مجلس الدولة في الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية⁽¹⁾، ووفق ذلك الرأي آنذاك فإن الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية لا تخضع لمجلس الدولة لإبداء رأيه فيها، وهذا خلاف مشاريع القوانين التي تعرض على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة وفق المادة 119 من دستور 1996 السابق⁽²⁾.

- (1) - رأي رقم 06 / ر. ق. م / م. د / 98، مؤرخ في 19 ماي 1998، والذي يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور.
- لقد أكد المجلس الدستوري ذلك عند نظره في القانون العضوي لمجلس الدولة موضوع الإخطار حيث جاء: "...واعتباراً لذلك يضيف المجلس أن الاختصاصات الاستشارية التي أقرها المؤسس الدستوري على سبيل الحصر تتعلق بمشاريع القوانين دون سواها التي تعرض وجوباً على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها قبل عرضها على مجلس الوزراء طبقاً للمادة 119 الفقرة الأخيرة من الدستور".
- (2) - راجع المادة 119 من دستور 1996.

لكن في ظل المراجعة الأخيرة فإن المادة 142 الجديدة تجنبت هذا النقص وأشارت صراحة إلى ضرورة إبداء رأي مجلس الدولة عند التشريع بالأوامر بقولها: " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد أخذ رأي مجلس الدولة..."، وهذا الرأي يعد استشارياً مثله مثل مشاريع القوانين التي لا تعرض على مجلس الوزراء إلا بعد أخذ رأي مجلس الدولة طبقاً للمادة 136 من دستور 2016⁽¹⁾.

ثانياً: اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء هو إجراء شكلي

طبقاً لما ذكرناه سابقاً، فإنّ رئيس الجمهورية وحده له الحق في استعمال الأوامر، بدون إشراك أي سلطة حتى ولو كان رئيس الحكومة الشريك الثاني أو الوزير الأول بعد التعديل والمسؤول الثاني في جهاز السلطة التنفيذية، لكن إذا نظرنا إلى المادة 142 في فقرتها الأخيرة والتي تنص: "تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء"، يجعلنا نتساءل - بالنظر لبروز ثنائية تنفيذية مكرّسة بدستور 1996 ودستور 2016 الحالي- عن طبيعة مجلس الوزراء وأيضاً عن طبيعة الأوامر المتخذة في مجلس الوزراء، هل إشراك مجلس الوزراء عند التشريع بالأوامر ضرورة حتمية يجب أن يتقيد بها رئيس الجمهورية؟ وهل لوجود ثنائية تنفيذية يجب إشراك مجلس الوزراء المتكوّن من هئتين (رئيس جمهورية، والحكومة برئاسة الوزير الأول) في التشريع بالأوامر؟

ألا يوجد تناقض فيما رأيناه في المبحث الأول بأنّ الرئيس يمارس هذا الحق بصفة أصلية وبدون تفويض من البرلمان وبدون أن يفوض هو هذا الحق طبقاً للمادة 101 من الدستور ثم يُطلب منه اتخاذ الأوامر في هيئة جماعية ألا وهي مجلس الوزراء؟

من جهة أخرى نتساءل عن السلطة الحقيقية لمجلس الوزراء، هل له دور فعّال وهل آراؤه هل هي آراء استشارية؟ وبصيغة أخرى هل لمجلس الوزراء دور إيجابي

(1) - لقد حلت المادة 136 من دستور 2016 مكان المادة 119 من دستور 1996.

أو سلبى عند اتخاذ رئيس الجمهورية الأوامر؟ وما هو دور هذا المجلس بالنظر لوجود مجلس آخر ألا وهو مجلس الحكومة؟

تتحور دراستنا في هذه النقطة حول طبيعة مجلس الوزراء ومن يتأس هذا المجلس، وندرس أيضا الدور الحقيقي لأعضاء مجلس الوزراء عند اتخاذ رئيس الجمهورية الأوامر.

1- رئيس الجمهورية على رأس مجلس الوزراء:

يشكل مجلس الوزراء، الإطار الأمثل لمناقشة المواضيع الأساسية والهامة التي تهم الأمة، واتخاذ القرارات المناسبة المعتمدة على مبدأ الجماعية بقيادة رئيس الجمهورية، وهو ما كرسه دستور 1996، حيث نص على مجلس الوزراء في الكثير من المواد؛ مما حدا بنا إلى القول بأننا أمام هيئة هامة يتأسها رئيس الجمهورية طبقا للمادة 91 الفقرة 04، التي تنص على ما يلي: "...يرأس مجلس الوزراء..."⁽¹⁾.

إن رئيس الجمهورية باعتباره ممثلا للشعب وحاميا للدستور، وباعتباره منتخبا على أساس برنامج معين بالأغلبية أو بالاقتراع العام المباشر والسري، كل هذا مكّنه من التدخل في أعمال مجلس الوزراء وانتقاده أو استعمال النقد، سواء أكان هذا النقد سلبيا أو إيجابيا. فرييس الجمهورية يمارس سلطة حقيقية على مجلس الوزراء، ورئاسة مجلس الوزراء هي سلطة شخصية لرئيس الجمهورية، لا يمكنه تفويض رئاسة مجلس الوزراء طبقا للمادة 101 التي منعت على رئيس الجمهورية تفويض الأحكام المنصوص عليها في المادة 91، مع العلم أن رئاسة مجلس الوزراء تدخل في إطار هذه الأحكام ونصت عليها نفس المادة أي 91 الفقرة 04.

نستنتج من ذلك أن رئاسة مجلس الوزراء ذات أهمية كبيرة بحيث يحظر الدستور تفويضها لغير رئيس الجمهورية.

(1) - جاء في العديد من المواد، كالمادة 91 الفقرة 04، والمادة 92 الفقرة 03، والمادة 107 الفقرة 02 والمادة 108 والمادة 136 الفقرة 03 والمادة 142 من دستور 2016.

2- عدم وجود إعادة توقيع Contreseing من طرف الوزير الأول والوزراء:

يظهر من خلال ما ذكرناه أن رئيس الجمهورية له حصة الأسد في أشغال مجلس الوزراء؛ فالقرارات التي تُتخذ في مجلس الوزراء هي قرارات رئاسية، فنظر مجلس الوزراء في برنامج الحكومة وفي مشاريع القوانين، بالإضافة إلى اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء، يجعلنا نتساءل عن دور أعضائه، وأعني بذلك الوزير الأول ووزراءه، هل لهم حق إعادة التوقيع على كل ما يُتخذ في مجلس الوزراء باعتبارهم أعضاء في هذا المجلس؟ وهل النظام السياسي يتكلم عن التوقيع المزدوج؟

إذا كان رئيس الدولة في النظام البرلماني له اختصاصات تنفيذية كتحديد تعيين الوزراء وإقالة الوزراء، وحق الاعتراض على القوانين وحق إصدارها، وحق دعوة البرلمان إلى الانعقاد، وحق حلّ المجلس النيابي، علاوة على كونه المرشد الأعلى والحكم بين السلطات في الدولة؛ فإن الوزارة مع ذلك تحتلّ مركزاً ومكانة هامة في ميدان السلطة التنفيذية، حيث تُمارس السلطة الفعلية لشؤون الحكم وتُسأل سياسياً، نتيجة لذلك كله؛ تُقرّر الدساتير البرلمانية أنّ رئيس الدولة يباشر السلطة بواسطة وزرائه، وبأنّه لا يملك العمل منفرداً عن الوزارة، الأمر الذي يوجب توقيع ممثلي السلطة الفعلية إلى جانب توقيع رئيس الدولة على كافة القرارات الخاصة بشؤون الحكم كدليل على مباشرة سلطة الحكم الفعلية⁽¹⁾.

لكن برجوعنا إلى دستور 2016، وبقراءتنا له قراءة دقيقة، لا نجد هذا الأخير ينص على التوقيع المزدوج وهذا راجع إلى أنّ المؤسس أراد من ذلك تكريس السلطة التنفيذية في يد رئيس الجمهورية ولو كان ذلك بطريقة غير مباشرة. إنّ إعادة التوقيع قد نص عليه في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية، فهو يمثل

(1) - انظر في هذا الخصوص: الدكتور محسن خليل، الدكتور عبد الحميد متولي والدكتور سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 148-149.
- محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.

ركيزة هامة في النظام الفرنسي، ويحقق ويثبت التوافق *Conformité* أي توافق هذا التصرف الموقع عليه مع القواعد القانونية المعمول بها، وبالتالي فإن إعادة التوقيع له أهمية أساسية في التطبيق الميداني العملي.

في الأنظمة البرلمانية⁽¹⁾ نظام إعادة التوقيع له مفهوم آخر أو هدف آخر ألا وهو ضمان عدم مسؤولية رئيس الجمهورية، حيث يعطي هذا الحق للوزير الأول أو للوزراء من أجل تحمل المسؤولية السياسية لهذا التصرف أو القرار، باعتبار أن رئيس الجمهورية في النظام التقليدي ليس له إلا سلطات اسمية، ولكن في نظام الجمهورية الخامسة الفرنسية، فإن دور وأهمية إعادة التوقيع *Contreseing* قد ترسخ بوجود ثلاثة توقيعات أو أكثر، وهذا يفسر اتفاق الرئيس ووزرائه من أجل الأمر الموقع عليه⁽²⁾، فالتحام هذه التوقيعات، يظهر أن هناك إرادة موحدة، والتي تنتج آثارها من الناحية القانونية كإنشاء قاعدة قانونية جديدة أو تحويل صلاحيات هيئة ما⁽³⁾.

إنّ الدستور الجزائري لا يشير إلى التوقيع المزدوج، وبالنسبة لمشاريع القوانين - حسب الأستاذ طالب طاهر⁽⁴⁾ - ليس إجبارياً توقيعها من طرف رئيس الجمهورية في مجلس الوزراء، وإذا كان كذلك فيجب أن يعاد توقيع المشروع من طرف

(1) - انظر:

Marcel PRÉLOT, institution politique et droit constitutionnel, 4 édition, 1969, Paris, p. 679 et suite .

(2) - 1- التوقيع الثلاثي يكون من طرف رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والوزراء المعينون، واستقر الدستور الفرنسي على اعتماد هذا المبدأ بمقتضى المادة 19 منه:

" Les actes du président de la république autres que ceux prévues aux articles 8 1er alinéa, 11,12,16,18,54,61, sont contresignés par le premier ministre et dans le cas échéant par les ministres responsables.

(3) - حسب تعبير Marcel Perlot أنّ هذا القرار أو التوقيع الموحد في نظر القانون هو عقد جماعي. وفي هذا يقول:

- " Cette décision collective est. de point de vue de la technique juridique un "acte union", Marcel PRÉLOT, op cit. P 679.

(4) - 3- انظر في ذلك:

Tahar TALAB, op. cit. p p 430-431.

الوزير الأول، وفي الحقيقة وإن كنا نتفق مع الطرح الأول المتمثل في عدم إجبارية التوقيع على مشاريع القوانين، إلا أننا لا نتفق مع الطرح الثاني المتمثل في وجوب إعادة توقيع الوزير الأول إذا وقع رئيس الجمهورية على مشروع قانون ما؛ لأنّ النظام الجزائري لا يعترف للوزير الأول بحق التوقيع المزدوج، ولا يتكلم عن التوقيع المزدوج، فالتوقيع في مجلس الوزراء هو حق لرئيس الجمهورية والحكومة تنفذ فقط برنامج رئيس الجمهورية، وبالتالي فالرئيس يستحوذ على أشغال مجلس الوزراء ويستحوذ على سلطة التوقيع فيه، كما أن الدستور في المادة 142 لا يشير إلى إعادة التوقيع على الأوامر المتخذة في مجلس الوزراء، لهذا فهي سلطة شخصية للرئيس.

3- أعضاء مجلس الوزراء تابعون لرئيس الجمهورية

رأينا في الفقرة الأولى سلطة رئيس الجمهورية على مجلس الوزراء، كونه يترأس مجلس الوزراء، وأيضا يتمتع بسلطة التوقيع على كل ما يجري أو يتداول في مجلس الوزراء بدون مشاركة الحكومة أو إعادة التوقيع من طرفها، مما يبعد عنها المسؤولية؛ لأنها لا تتمتع بالحرية الكاملة لممارسة مهامها. كذلك بتفحصنا لدستور 2016 وخاصة في المادة 91 الفقرة 05⁽¹⁾، والتي خولت لرئيس الجمهورية حق تعيين وعزل الوزير الأول بعد استشارة الأغلبية البرلمانية، وأيضا تعيين أعضاء الحكومة طبقا للمادة 93 الفقرة 01⁽²⁾، نجد أن رئيس الجمهورية يتمتع بحق تعيين الوزير الأول، وهي ميزة خولها له الدستور وهي سلطة شخصية باعتباره ممثلا للشعب منتخبا بالاقتراع العام المباشر، وهو يمارس هذا الحق بصفة مطلقة، ولا يتعلق الأمر هنا فقط بتعيين الوزير الأول، وإنما يجب أن يضمن أنّ هذا الأخير يمكنه أن يبقى في وظيفته، وأن يمتها على الوجه المحدد له من طرف رئيس الجمهورية، ومن جهة أخرى يجب أن يحصل على ثقة البرلمان حول برنامجه السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وتبعاً لذلك، على هذا الأخير - أي الوزير الأول- أن يحصل على

(1) - تنص المادة 91 الفقرة 05 على ما يلي: "يعين الوزير الأول بعد استشارة الأغلبية البرلمانية، وينهي مهامه".
(2) - تنص المادة 93 الفقرة 01 على ما يلي: "يعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول".

موافقة برنامجه من طرف المجلس الشعبي الوطني طبقاً للمادة 95 من دستور 2016. إذا، الحرية متروكة لرئيس الجمهورية في دستور 1996 في تعيين أو عزل رئيس الحكومة وبالتالي ليس له أي حاجة، لا إلى اقتراح ولا إلى تصريح ولا حتى إلى استشارة هيئة ما إلا استشارة الوزير الأول، وهي سلطة شخصية طبقاً للمادة 101 التي جعلت من سلطة التعيين والعزل سلطة شخصية لرئيس الجمهورية لا يجوز تفويضها.

بالنسبة لاختيار أعضاء الحكومة والذي نصت عليه المادة 93 الفقرة الأولى، فالدستور صريح حول مسألة تكوين الحكومة، والذي لا يطرح أي إشكال، خاصة وأن المادة 93 نصت على أن للوزير الأول أن يختار أعضاء حكومته الذين يقدمهم لرئيس الجمهورية، الذي يعينهم بمرسوم.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال هو: هل الوزير الأول حرّ في اختيار أعضاء حكومته؟ وهل الوزير الأول يعين أعضاء وزارته دون تدخل رئيس الجمهورية؟ أي بمعنى هل يتمتع الوزير الأول بنوع من الاستقلالية في تعيين حكومته؟ قد تكون الإجابة عن هذه الأسئلة بالنفي فيما يتعلق بالنطاقين الخاصين برئيس الجمهورية، وهما: وزارة الدفاع والخارجية⁽¹⁾، وقد أكدت لنا التجربة أن رئيس الجمهورية حرّ في تعيين أعضاء الحكومة عن طريق مراسيم التعيين، فله سلطة النظر في التشكيلة بالتشاور مع الوزير الأول، لكن قد يتعدى الوزير الأول ويعين وزيراً أو وزراء دون إرادة هذا الأخير، أو يعزلهم دون استشارته⁽²⁾.

(1) - طبقاً للمادة 01/91، 02/91 و 03/91 من دستور 2016.

المادة 92، الفقرة 11 والمتعلقة بالسفراء والمبعوثين وكذا المادة 91، الفقرة 09، إضافة إلى المواد 148، 149 و 150 من دستور.

(2) - وهذا ما ذكره رئيس الحكومة السابق أحمد بن بيتور عند استقالته، حيث اتهم رئيس الجمهورية بخرق المادة 79 من دستور 1996 آنذاك والتي تنص على ما يلي: "يقدم رئيس الحكومة أعضاء حكومته الذين اختارهم لرئيس الجمهورية الذي يعينهم"، وهو ما لم يقم به رئيس الجمهورية حسب السيد بن بيتور، حيث قال بأنه اختار "مجموعة أعضاء الحكومة وتجاهل الدستور".

للإشارة فإن أعضاء الحكومة، أي الوزارة الأولى ورئيسها، يعينون بمرسوم رئاسي كما هو مبين صراحة في الدستور، "يعين الوزير الأول وينهي مهامه" أما فيما يخص إنهاء أو عزل أعضاء الحكومة فالدستور لا يشير صراحة إلى ذلك، وسلطة العزل والتعيين هي سلطة شخصية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 101 من الدستور، وفي ختام ذلك يظهر حسب المبدأ القانوني بأن من يملك سلطة التعيين هو من يملك سلطة العزل، يقضي أيضاً بأن المُعين مسؤولٌ أمام من عينه، وهذا القول يجعل المعيّنين بهذه الطريقة يترددون على الوزير الأول، وبالتالي فأعضاء الحكومة هم تابعون لرئيس الجمهورية.

4- أعضاء مجلس الوزراء لهم رأي استشاري:

إنّ رئيس الجمهورية في ظل دستور 2016 يملك سلطة فعلية حقيقية مكنته من شل النشاط الحكومي، فهو يشارك بفعالية في اختيار مضمون القرارات في مجلس الوزراء، كما يستلزم الحصول على موافقته بمناسبة أي تعديل، وليس لأعضاء الحكومة في هذا الاجتماع سوى الاستماع إلى ما يعرضه رئيس الجمهورية وتقديم ما يتعلق بقطاعاتهم.

ومن المعلوم أن اجتماع مجلس الوزراء يكون بهدف بحث مسائل تمت دراستها على مستوى الحكومة وعلى مستوى رئاسة الجمهورية، وأنّ رئيس الجمهورية يلتقي مع الوزير الأول قبل الاجتماع، مما يسمح للشخصيتين بالتطرق إلى مجمل القضايا لاسيما تلك التي لا تحتل قيام خلاف حولها مما يوضح الرؤيا للطرفين، فيتخذُ بشأنها موقف مبدئي ثم نهائي ورسمي في مجلس الوزراء، ورأي رئيس الجمهورية يُقدّم على آراء أعضاء الوزارة؛ لأنهم تابعون إليه في العزل والتعيين، وبالتالي فهم يتقيدون بآراء وقرارات رئيس الجمهورية وإلا تعرّضوا للعزل.

انظر الحوار الذي أجرته جريدة الخبر مع رئيس الحكومة المستقيل عن أسباب الاستقالة ومفهوم الحكم الراشد، العدد 2955 ليوم السبت 02 سبتمبر 2000، ص04.

فسلطة رئيس الجمهورية قد قويت وتعدت إطار مجلس الوزراء وتنظيم أشغاله إلى ميدان العمل الجماعي والفردى لأعضاء المؤسسة التنفيذية، مما يجعلهم مجرد مساعدين فقط، يتوقف مصيرهم أو مصير بقائهم في مناصبهم أو عزلهم على إرادة رئيس الجمهورية، وهذا معناه الارتباط التام بالرئيس والتقيّد بما يقدره، والعمل في إطار توجيهاته والرجوع إليه كلما استدعى الأمر ذلك.

وأيضاً بالنسبة لاتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء لا يحدّد لا طرق تدخل أعضائه ولا الأغلبية المتبناة حتى تقبل تلك الأوامر، وحسب اعتقادنا، وبالنظر للعلاقة القائمة بين رئيس الجمهورية وأعضاء مجلس الوزراء والتي رأينا أنها علاقة تبعية، نرى أن أعضاء مجلس الوزراء لهم رأي استشاري فقط.

الخاتمة

إنّ ما يمكن استخلاصه من هاته الدراسة حول التشريع بالأوامر التي جاءت بها المادة 142 من المراجعة الأخيرة لدستور 03 مارس 2016، والتي أعادت ما نصت عليه المادة 124 من دستور 28 نوفمبر 1996، الذي جاء على إثر تحولات وعلى أنقراض دستور 23 فبراير 1989؛ أنه أراد أن يتخذ نظاماً سياسياً قوياً مبنياً على أساس مؤسسات شرعية قوية، هدفه الأساسي إحداث التوازن وتحقيق الحكم الديمقراطي، والذي من مقوماته إسناد السلطات إلى هيئات مختلفة ومن ثم إحداث التوازن والتعاون ما بين تلك المؤسسات.

فدستور 1989 السابق كشف عن الكثير من النقائص، والذي كان وجوده وسريانه قد تم بسرعة فائقة فرضتها الظروف آنذاك، منها مطالبة الشعب بالتغيير وبالتعددية وبالديمقراطية، والتي كان يسعى إليها دستور 1989، وأكثر من ذلك كان يسعى إلى إقامة حكم متفتح على القوى السياسية، إلا أن تلك المساعي لم تتحقق، وبالعكس نجم عن الحلول السهلة والسريعة وغير المدروسة انزلاقات خطيرة معروفة لدى العام والخلاص، أدت إلى الفوضى واللامن مدة 07 سنوات.

إنّ المؤسس الدستوري قد عمل على استخلاص الدروس من تلك الفترة،

وحاول إقامة نظام سياسي قوي مبني على التوازن ما بين المؤسسات، وهو ما توخاه من خلال المراجعة الأخيرة لدستور 2016 والتي أعطت مكانة ومركزاً هاماً وأساسياً للسلطة التنفيذية بقيادة رئيس الجمهورية، مع إدخال بعض التغييرات في مركزه، وأعاد نظام التوازن داخل المؤسسة التشريعية، وهذا يتمكين الغرفة الثانية أي مجلس الأمة من التشريع لتحسين تمثيل الشعب.

لقد كان من أهداف هاته المراجعة الأخيرة لدستور 03 مارس 2016 البحث عن إحداث توازن ما بين المؤسسات، غير أن هذا التوازن لم يتحقق، وإنما كرس المراجعة الأخيرة ما كانت عليه الدساتير السابقة، حيث جسدت تفوق السلطة التنفيذية، وبالتالي استمرار النظام الموجود منذ الاستقلال والمبني على رجحان الكفة لصالح رئيس الجمهورية، بالرغم من إدخال ثنائية تنفيذية وثنائية تشريعية وثنائية قضائية.

بالنظر إلى هذه المعطيات، وما يمكن أن نصل إليه في هذا المجال أنّ التشريع بالأوامر في ظل دستور 2016 قد أعطى لرئيس الجمهورية مكانة هامة في النظام السياسي الجزائري، وقد خوّله سلطة التشريع في كل المسائل مما جعله مشرعاً أصيلاً في مواجهة البرلمان، حيث يُستخلص ذلك من نص المادة 142 الذي منحه هاته الصلاحية دون تفويض من البرلمان، مما يمكنه من ممارسة اختصاص هو في الحقيقة ليس من اختصاصه، ويؤدي به إلى التمرد على السلطة التشريعية، ويمكنه ذلك أكثر من الانفراد بسلطة اتخاذ القرار خارج الحكومة.

قائمة المراجع:

أ- الكتب:

- محمد كامل ليلة، النظم السياسية: الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، القاهرة 1969.
- محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- محسن خليل، الدكتور عبد الحميد متولي والدكتور سعد عصفور، القانون

- الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- لويس فيشر، سياسات تقاسم القوى الكونغرس والسلطة التنفيذية، ترجمة مازن حماد، الطبعة الثالثة، عمان الأهلية للنشر والتوزيع، 1994.
- عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي وفي الأنظمة القانونية المعاصرة دراسة مقارنة في النظام الإنجليزي والفرنسي والسوفيتي، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1984.
- وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.

ب-المقالات:

- سعيد بوالشعير، التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد رقم 01، مارس 1988.
- مجلة الشرق الأوسط، عدد 3961، 02 أكتوبر 1989.
- جريدة الخبر، العدد 2955، السبت 02 سبتمبر 2000.

ج-الدراسات:

- دستور 1963 الصادر بتاريخ: 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية العدد 64.
- دستور 1976 الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1976، الجريدة الرسمية العدد 94.
- دستور 1989 الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية العدد 09.
- دستور 1996 الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 76.
- دستور 2016 الصادر بتاريخ 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد 14.

Ouvrages

- Burdeaux George, Droit constitutionnel et institution politique, 14 édition, Paris 1969.
- COURDON (N), LE RÉGIME DE L'ORDONNANCE EN ALGÉRIE ,RASJEP N: 01ANNÉE 1977.
- debbach (ch), les ordonnances du l'article 38 de la constitution du 04

octobre 1958, J C P n°1701,1962.

-Ebrard Pierre, L'article 38 de la constitution du 04 octobre 1958 et la 5 Emme république. Droit Public 1969.

- Marcel PRÉLOT, institution politique et droit constitutionnel 4 édition, 1969 Paris page 679 et suite

- Montané De La Roque, l'article 38 de la constitution du 04/10/1958 ET la loi des pouvoirs speciaux du 04/02/1960 1960.

- Tahar TALAB, du monocéphalisme de l'exécutif dans le régime politique Algérien, R.A.S.J.E.P. N: 04, décembre 1990.

قراءة للنصوص القانونية الجزائرية المعنية بمكافحة الإرهاب

بقلم: د/ لوئيسي علي *

الملخص

كانت الجزائر تكافح الإرهاب بصمت في مواجهة لا مبالاة دولية، إذ لم تلق دعواتها استجابةً من أجل تعاون دولي، وواصلت دول غربية إيجاد الأعذار لتبرير الجرائم الإرهابية التي ارتكبت ضد الجزائريين، بل إن بعض الدول غضت الطرف عن العديد من شبكات دعم الإرهاب التي كانت تعمل على أراضيها.

صرحت الحكومة الجزائرية عدة مرات بأن الإرهاب ظاهرة عالمية خطيرة تتطلب تحديداً دقيقاً لمفهومها وإدراكاً واعياً لمسبباتها ودوافعها، واستراتيجية واضحة وتكاتفاً دولياً لمحاربتها، ودعت بجانب هذا كله إلى دراسة الظاهرة، والبحث الجاد لتجفيف منابعها، وما فتئت الدولة الجزائرية تطبق ذلك منذ سنة 1992 إلى غاية يومنا هذا.

تعتبر الجزائر من الدول الرائدة في مجال وضع آليات قانونية لمكافحة الإرهاب الدولي من خلال تبنيها للحلول السلمية، بعد أن جربت الحلول الأمنية العسكرية التي كانت تنسم بالقوة والقسر والزجر.

تمثلت هذه الحلول من خلال قوانين تدابير الرحمة، قانون الوثام المدني، وميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

الكلمات المفتاحية: الإرهاب، آليات قانونية، الحلول الأمنية، الحلول السلمية، قوانين تدابير الرحمة، قانون الوثام المدني، ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

Résumé:

L'État Algérien a combattu le terrorisme tout seul sans l'aide d'aucun pays, tandis qu'il existait quelques pays occidentaux qui soutenaient les réseaux terroristes qui œuvraient dans leurs territoires.

* أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

Les autorités algériennes ont confirmés à plusieurs reprises que le terrorisme est un phénomène mondial très dangereux qui oblige tout le monde à trouver une définition précise du terrorisme, et de chercher les raisons et les motifs de ce phénomène. Afin d'atteindre une stratégie mondiale claire pour le combattre en mettant fin à ses ressources à travers des mécanismes juridiques et institutionnels.

L'Algérie est l'un des principaux États qui a lutté contre le terrorisme en adoptant en premier lieu des mesures sécuritaires et militaires très sévères et en deuxième lieu, l'État algérien a changé sa politique de lutte contre le terrorisme en instaurant et concrétisant des mesures pacifiques telle que la concorde civile, la charte pour la paix et la réconciliation nationale.

Mots clés: terrorisme, des mécanismes juridiques, des solutions de sécurité, des solutions pacifiques, les lois des mesures de compassion, la loi sur la concorde civile, la Charte pour la paix et la réconciliation nationale.

Summary :

Algeria has been fighting against terrorism silently in front of an international indifference. As it has not received any calls for international cooperation, Western countries have continued to find excuses to justify terrorist crimes against Algerians. Some countries have turned a blind eye to many of the terrorist support networks Territory.

The Algerian government has stated several times that terrorism is a serious global phenomenon that requires a precise definition of its concept, a conscious awareness of its causes and motivations, a clear strategy and an international solidarity to fight it. In addition, it has called for studying the phenomenon and leading a serious research to put an end to its sources.

Algeria is considered as one of the leading countries in setting up legal mechanisms to combat international terrorism through its adoption to peaceful solutions, after trying the military security solutions, which were characterized by constraint, force and threats.

These solutions were represented by the laws of compassion measures, the law of Civil Concord and the Charter for Peace and National Reconciliation.

Keywords: terrorism, legal mechanisms, security solutions, peaceful solutions, laws of compassion measures, the law of Civil Concord, Charter for Peace and National Reconciliation.

مقدمة:

بعد توقيف المسار الانتخابي في الجزائر سنة 1992، ظهر مساسٌ خطيرٌ ومستمرٌ بالنظام العام في العديد من مناطق التراب الوطني، وتهديدات استهدفت استقرار المؤسسات وأمن المواطنين والسلم المدني جراء العمليات الإرهابية. وللحفاظ على النظام والأمن العمومي الذي يرتبط ارتباطاً أساسياً بالنظام السياسي للدولة؛ لا بد من اتخاذ إجراءات خاصة للسير العادي للمؤسسات الإدارية والدستورية، يكفل للدولة تسييراً اجتماعياً واقتصادياً ضماناً لرفاهية وأمن المواطنين. وقد تجلّى أول إجراء في إقامة مجلس أعلى للدولة⁽¹⁾.

في ظل الظروف الاستثنائية التي عاشتها الجزائر في تلك الفترة من الزمن، والتي أضعفت فاعلية القانون الجنائي العادي غير المتلائم تماماً مع مواجهة هذا الخطر الإرهابي الحالّ؛ تحتم على السلطات العمومية الجزائرية إعلان حالة الطوارئ لمواجهة أوضاع استثنائية كأداة ظرفية في الحالات التي يثبت فيها عدم جدوى الإجراءات العادية الخاصة بحفظ النظام العام، واللجوء إلى التشريع الجنائي الاستثنائي⁽²⁾.

تم إعلان حالة الطوارئ في الجزائر لمدة سنة واحدة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-44⁽³⁾، والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 93-02⁽⁴⁾، والذي مدد هذا

(1) - انظر الإعلان المؤرخ في 14/01/1992. متضمن إقامة مجلس أعلى للدولة، ج. ر عدد 03، بتاريخ

15/01/1992، ص 80 إلى 82.

(2) - انظر: مرسوم رئاسي رقم 92-44 مؤرخ في 09/02/1992 يتضمن إعلان حالة الطوارئ. ج. ر.

عدد (10) بتاريخ 09/02/1992.

(3) - راجع مرسوم رئاسي رقم 92-44 مؤرخ في 09/02/1992.

(4) - راجع مرسوم تشريعي رقم 93-02 المؤرخ في 06/02/1993 يتضمن تمديد حالة الطوارئ. ج. ر.

عدد 08 بتاريخ 07/02/1993.

الإجراء الاستثنائي، وتم فيه تأكيد الظروف الاستثنائية التي عاشتها البلاد في مقتضيات المرسوم المتضمن إعلان حالة الطوارئ، وخاصة منها المساس الخطير والمستمر بالنظام العام المسجل في العديد من نقاط التراب الوطني.

أصدر المشرع الجزائري مرسوما تشريعيا بتاريخ 30 سبتمبر 1992 متعلق بمكافحة الإرهاب والتخريب، أوكل بموجبه النظر في القضايا المتعلقة بالإرهاب⁽⁵⁾. فنص في المادة الأولى منه على أنه: «يعتبر عملاً تخريبياً أو إرهابياً، كل مخالفة تستهدف أمن الدولة والسلامة الترابية، واستقرار المؤسسات وسيورها العادي، عن طريق أي عمل غرضه الآتي:

- بث الرعب في أوساط السكان وخلق جو من انعدام الأمن من خلال الاعتداء على حياة وسلامة الأشخاص.
- عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطرق والساحات العامة.
- الاعتداء على المحيط وعلى وسائل المواصلات والتنقل والممتلكات الحكومية والخاصة والاستحواذ عليها واحتلالها دون مسوغ قانوني، وتدنيس القبور أو الاعتداء على رموز الجمهورية.
- عرقلة سير المؤسسات العمومية أو الاعتداء على حياة أعوانها أو ممتلكاتها، أو عرقلة تطبيق القوانين والتنظيمات»⁽⁶⁾.

إن الملاحظ في تعريف المشرع الجزائري للعمل الإرهابي (أو التخريبي) أنه توسّع في تحديد ما يعتبر من أعمال الإرهاب، واعتمد في تحديده لهذه الجرائم على توافر باعث معين أو استهداف غاية معينة.

ألغي المرسوم التشريعي 92-03 بموجب الأمر رقم 95-10، والأمر رقم 95-11 المؤرخين في 25 فيفري 1995، وأدرج تجريم الإرهاب ضمن أحكام قانون

(5) - راجع مرسوم تشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 30 سبتمبر 1992 متعلق بمكافحة الإرهاب والتخريب. ج. ر. عدد 70 بتاريخ 1992/10/01.

(6) - راجع نص المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 92-03.

العقوبات تحت عنوان "جنايات التخريب والتقتيل المخلة بالدولة" في قسمه الرابع مكرر. وجاء تعريف الإرهاب مشابها إلى حد بعيد لما ورد في التشريع السابق، حيث جاء في المادة 87 مكرر: "يعتبر فعلا إرهابيا تخريبيا، في مفهوم هذا الأمر، كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي، عن طريق أي عمل غرضه..."⁽⁷⁾.

لم يضيف إلى الأعمال الإرهابية (التخريبية) التي نص عليها المرسوم التشريعي 92-03، سوى: عمل التجمهر والاعتصام في الساحات العمومية، نبش القبور بعدما اكتفى التشريع الأول بعقوبة (تدنيس)، الاعتداء على المحيط أو إدخال مادة أو تسريبها في الجو أو في باطن الأرض أو إلقائها عليها أو في المياه الإقليمية؛ من شأنها جعل صحة الإنسان أو الحيوان أو البيئة الطبيعية في خطر، بعد أن اكتفى في التشريع السابق بـ "الاعتداء على البيئة".

لقد أكد المشرع الجزائري بهذا العمل المتمثل في إدراج الأحكام الجديدة لتجريم الإرهاب عزمه على التصدي للأعمال التخريبية والإرهابية وفرض قوانين صارمة لمعاقبة مرتكبيها؛ لأن قانون العقوبات في الجزائر هو القانون العام للتجريم، فضلا عن كونه يشمل القواعد التي تسري على كافة الجرائم.

إن تعريف المشرع الجزائري للإرهاب جاء واسعا وقد استعمل عبارات غير دقيقة والتي يمكن أن تؤدي إلى توسيع نطاق السلوك الإرهابي وتجريم الممارسة المشروعة لحقوق الإنسان الأساسية. فموجب المرسوم التشريعي 92-03، أوكلت مهمة النظر في الجرائم الإرهابية إلى المجالس القضائية الخاصة، فبين شهري أكتوبر من عام 1993 و 1994 تمت محاكمة (13770) شخصا، حكم بالبراءة لفائدة (3661) شخصا أي بنسبة 26% من الأشخاص المحاكمين. حكم على (1661) بالإعدام، من بينهم (1463) حكما غيابيا، بالإضافة إلى (8448) حكما ساليا

(7) - راجع نص المادة 87 مكرر من: أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، المضاف بموجب الأمر 95-11، مؤرخ في 25 فبراير 1995، ج. ر عدد 11 لسنة 1995.

للحرية. كل هذه المحاكمات تمت بموجب مرسوم شابهته نقائص عمومية النص، وانتقاص للكثير من الضمانات المعهودة للتقاضي⁽⁸⁾.

فإلى أي مدى يمكن القول إن هذه النقائص استدركت في نصوص الأمر رقم 95-12 المتضمن تدابير الرحمة⁽⁹⁾، ونصوص القانون رقم 99-08 المتعلق باستعادة الوثام المدني⁽¹⁰⁾، والميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية⁽¹¹⁾ وتدابير أخرى متعلقة بتعويض ضحايا الإرهاب⁽¹²⁾؟

المبحث الأول: نصوص الأمر رقم 95-12 المتضمن تدابير الرحمة، والقانون رقم 99-08 المتعلق باستعادة الوثام المدني: نهج سلمي للمشرع الجزائري في مكافحة الإرهاب

يبدو أن المشرع قد تفتن إلى مقتضيات المادة (40) من المرسوم التشريعي رقم 92-03⁽¹³⁾، التي لم تؤد إلى نتائج ميدانية تُذكر؛ ولذا وضعت الحكومة

(8) -Comité des droits de l'homme, deuxième rapport périodique, présenté par le gouvernement Algérien, présenté en 1995, p23 Disponible sur:

<http://www.Uncha.Ch/tbs>

(9) - أمر رقم 95-12 مؤرخ في 25/02/1995. يتضمن تدابير الرحمة. ج. ر عدد 11، لسنة 1995.
 (10) - قانون رقم 99-08 مؤرخ في 13 جويلية 1999 متعلق باستعادة الوثام المدني، ج. ر عدد 46، لسنة 1999.
 (11) - انظر مشروع الميثاق في ملحق: مرسوم رئاسي رقم 05-278 مؤرخ في 14 أوت 2005، يتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء المتعلق بالمصالحة الوطنية. ج. ر عدد 55 لسنة 2005.
 (12) - مرسوم رئاسي 06-93 مؤرخ في 27 فبراير 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج. ر عدد 11، لسنة 2006.

(13) - حيث اعتبرت المادة 40 من المرسوم التشريعي 92-03، الذي تضمن مكافحة التخريب والإرهاب، الوحيدة التي أتت بتدابير مخففة للمتورطين في الأعمال الإرهابية في هذا المرسوم، وهذا دليل على اتجاه الجزائر إلى تغيير سياسة مكافحة الإرهاب من النهج الأمني العسكري إلى النهج السلمي، حيث أشارت:
 - لا يتابع قضائيا خلال شهرين، ابتداء من تاريخ صدور هذا المرسوم، من سبق أن اتهم إلى إحدى المنظمات المذكورة في الفصل الأول أعلاه، ولم يرتكب جرائم أدت إلى وفاة شخص أو في إصابته بعجز دائم، وأشعر السلطات بمغادرته تلك المنظمة وبوقفه عن كل نشاط.

- إذا تسبب الأشخاص المذكورين في قتل أو إصابة أشخاص بعجز دائم فإنه يتم الحكم عليهم بالسجن لمدة 15 سنة إلى 20 سنة إذا كانت العقوبة المقررة في القانون هي الإعدام، ومن 10 سنوات إلى 15 سنة إذا

=

الجزائرية⁽¹⁴⁾ من أجل تسهيل عودة الأمن المدني تدابير الرحمة للأشخاص المتورطين في عمليات إرهابية والسماح لهم بالعودة إلى طريق القانون والصواب بموجب الأمر رقم 95-12⁽¹⁵⁾ (المطلب الأول)، كما سعى القانون رقم 99-08 المتعلق باستعادة الوثام المدني⁽¹⁶⁾ إلى وضع تدابير خاصة بغية توفير حلول ملائمة للأشخاص المتورطين في أعمال الإرهاب أو التخريب، والذين يعبرون عن إرادتهم في التوقف بكل وعي عن نشاطاتهم الإجرامية، بإعطائهم الفرصة لتجسيد هذا الطموح على نهج الإدماج المدني في المجتمع، وعلى الأشخاص المذكورين أعلاه، إشعار السلطات المختصة بتوقفهم عن كل نشاط إرهابي والحضور أمامها⁽¹⁷⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نصوص الأمر رقم 95-12 المتضمن تدابير الرحمة

تم سن قانون العفو لصالح التائبين، يتضمن عدة إجراءات منها: الامتناع عن المتابعة، وتخفيض معتبر للعقوبات، حيث خص المشرع المستفيدين من مقتضيات هذا الأمر بتدبيرين:

أ- الإعفاء من المتابعة: بموجب المادتين (2 و3) من نص الأمر رقم 95-12، أعفى من المتابعة فئتين من المجرمين وهما:

1- الفئة التي نصت عليها المادة (87 مكرر3) وتضم كل من أنشأ أو أسس

كانت العقوبة المقرر في القانون هي السجن المؤبد. في جميع الحالات الأخرى تخفض العقوبة بنصفها.
(14) - لمزيد من التفاصيل راجع كل من: بوية نبيل، الآليات السياسية لاسترجاع الأمن في الجزائر خلال فترة حكم بوتفليقة، انظر الموقع: <http://www.étudiant.dz.com>

(15) - أمر رقم 95-12 مؤرخ في 25 فيفري 1995 متضمن تدابير الرحمة، ج.ر عدد 11، صادرة في 1/03/1995.
(16) - قانون رقم 99-08 المتضمن قانون استعادة الوثام المدني يحوي (42) مادة موزعة على أربعة فصول. والملاحظ أن هذا القانون لا يحوي على شق سياسي بل هو مجرد اتفاق تناول الجوانب الأمنية والطرق المتبعة لحلها نهائيا. انظر: قانون رقم 99-08 مؤرخ في 13 جويلية 1999 يتعلق باستعادة الوثام المدني، ج.ر عدد 46، صادرة بتاريخ 13 جويلية 1999.

(17) - انظر المادة 01 من قانون رقم 99-08.

أو نظم أو سير أية جمعية أو تنظيم أو جماعة منظمة غرضها القيام بأعمال إرهابية أو تخريبية، تدخل ضمن أحكام المادة (87 مكرر)، يدخل ضمن الفئة كل من انخرط أو شارك في الجمعيات أو التنظيمات مع العلم بنشاطها الواقع ضمن المادة (87 مكرر). ويشترط في هذه الفئة حتى تستفيد من عدم المتابعة القضائية ما يلي:

- عدم ارتكاب جرائم قتل للأشخاص أو سببت لهم عجزاً دائماً.
- عدم المساس بالسلامة المعنوية أو الجسدية للمواطنين.
- عدم ارتكاب جرائم تخريبية للأماكن العمومية أو الخاصة.
- تسليم أنفسهم وبصفة تلقائية للسلطات المختصة وإشعارها بالتوقف عن كل نشاط إرهابي، أو تخريبي، وبذلك فإن هذا التبليغ والتسليم يخص كل شخص قدم نفسه، وبلغ عن جرائمه، ولا يمتد إلى الشركاء إذا لم يسلموا أنفسهم، كما لا يخص الأشخاص الذين لا دخل لهم بهذه الجرائم أو التنظيمات الإرهابية⁽¹⁸⁾.

2- الفئة التي تضم كل من حاز أسلحة أو متفجرات أو وسائل مادية أخرى دون تحديدها. وهنا يشترط أن يتم تسليمها للسلطات تلقائياً حتى يمكنه الاستفادة من الإعفاء من المتابعة القضائية⁽¹⁹⁾، والجدير بالقول أن الإعفاء من العقوبة يبقى دائماً الفعل فعلاً مجرماً، غير أن الجاني يستفيد من العذر المعفي.

ب- الفئة التي تستفيد من التخفيف من العقوبات: في حالة ما إذا كان الأشخاص المخاطبون بالمادة الأولى من الأمر رقم 95-12 اقترفوا جرائم أفضت إلى وفاة أشخاص، أو تسببت في عاهة مستديمة، فإن العقوبة المسلطة هي السجن المؤقت من 15 إلى 20 سنة، حينما تكون العقوبة المقررة قانوناً هي الإعدام. والسجن المؤقت من 10 إلى 15 سنة، حينما تكون العقوبة المقررة أصلاً هي السجن المؤبد، وفي كل الحالات تخفض العقوبة إلى النصف⁽²⁰⁾.

(18) - انظر نص المادة (87 مكرر) من: أمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات.

(19) - انظر المادة 03 من أمر رقم 95-12 مؤرخ في 1995/02/25.

(20) - انظر نص المادة 04 من أمر رقم 95-12 مؤرخ في 1995/02/25. وهي تكرر لفحوى المادة

=

والجدير بالإشارة إليه هو أن الأشخاص المخاطبون بهذه المادة يُساقون مباشرة إلى المحكمة المختصة، ليمثولهم أمام وكيل الجمهورية، الذي يجرر على الفور محضر معاينة، ويحرك الدعوى العمومية. كما يحق لهؤلاء الأشخاص زيارة الطبيب إن هم طلبوا ذلك⁽²¹⁾.

إذاً أول التدابير القانونية التي حاولت الجزائر تطبيقها قصد التخلص من ويلات الإرهاب هي تدابير الرحمة، أو ما عرف آنذاك بقانون الرحمة، لكن أهم ما كان يشوب هذه التدابير أنها جاءت متزامنة مع توجه الدولة بصفة رسمية نحو الحل الأمني، حيث اعتبرت الجماعات المسلحة هذا القانون بأنه وثيقة استسلام مرفوضة، مما جعل هذا المشروع يولد ميتاً ولم يحقق المقصد المنشود منه⁽²²⁾.

ولكن في رأيي أن هذا المشروع كان الولادة الأولى لاستعادة السلم والأمن في الجزائر، وتمهيداً لتغيير العقلية التي كانت تفكر بها الجماعات الإسلامية في الجزائر. وأن النظام الجزائري يدعو إلى التسامح أكثر مما يدعو إلى العنف. وهذا ما أدى بالمشروع الجزائري إلى أن يعمق مفهوم التسامح ويجعله أكثر رحابة، ويعمل على وضع آليات قانونية أكثر فعالية لتجسيد الرحمة⁽²³⁾، خاصة بعد انخفاض حدة العمليات الإرهابية، وظهور خلافات حادة وانشقاقات بين صفوف الجماعات الإسلامية، مما هيا الجو لبلورة قانون الوثام المدني الصادر بتاريخ 13 جويلية 1999.

المطلب الثاني: نصوص القانون رقم 99-08 المتعلق باستعادة الوثام المدني

إن المادة الأولى من نص القانون رقم 99-08، كانت صريحة وواضحة حيث تظهر فيها محاولة المشرع احتواء الظاهرة، ونبته في ذلك استعادة الوثام المدني. وقد جاءت تدابير استعادته في ثلاثة تدابير تمثلت في الآتي:

40 من مرسوم رقم 92-03 الخاص بمكافحة التخريب والإرهاب.

(21) - راجع المادة 7 من الأمر رقم 95-12 مؤرخ في 1995/02/25

(22) - راجع في ذلك: وقاف العياشي، مكلفة الإرهاب. دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 86.

(23) - أمر رقم 95-12 المتضمن تدابير الرحمة ألغي بصدور قانون الوثام المدني.

1- نظام الإغفاء من المتابعات: في الفصل الثاني المتعلق بالإغفاء من المتابعات، نصت المادة الثالثة منه على أنه: «لا يتابع قضائياً من سبق أن انتهى إلى إحدى المنظمات المذكورة في المادة (87 مكرر3) من قانون العقوبات داخل الوطن أو خارجه، ولم يرتكب أو يشارك في أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (87 مكرر 3) من قانون العقوبات، أدت إلى قتل شخص أو سببت له عجزاً دائماً، أو اغتصاباً، أو لم يستعمل متفجرات في أماكن عمومية، أو أماكن يتردد عليها الجمهور والذي يكون قد أشعر في أجل ستة أشهر، ابتداءً من تاريخ صدور هذا القانون السلطات المختصة بتوقفه عن كل نشاط إرهابي أو تخريبي، وحضر تلقائياً أمام هذه السلطات المختصة»⁽²⁴⁾.

- تنص المادة (36) من القانون ذاته على أن يعفى المسجونون أو غير المسجونين المحكوم عليهم بأحكام نهائية أو غير نهائية من العقوبة المسلطة عليهم وذلك بتاريخ صدور هذا الأمر.

والملاحظ أن القانون رقم 99-08 قد أعفى المتورطين في هذه القضايا بنفس الطريقة المتبعة في نظام العفو المكرس بالدستور، وهو من الاختصاص الأصيل لرئيس الجمهورية⁽²⁵⁾. إلا أنه خالف نظام العفو الرئاسي الذي يسري على المحكوم عليهم نهائياً فقط، وقد امتد الإغفاء إلى المتابعين وغير المحكوم عليهم نهائياً⁽²⁶⁾.

2- نظام التخفيف من العقوبات: وقد احتواه الفصل الرابع؛ فقد نصت المادة (27) من القانون 99-08 على أن: «يستفيد الأشخاص الذين سبق أن إنتموا إلى

(24) - ضف إلى ذلك الشخص الذي كان حائزاً على أسلحة أو متفجرات أو وسائل مادية أخرى وسلها تلقائياً إلى السلطات المختصة، والجدير بالقول أن الأشخاص المخاطبين بالمادتين (3 و 4) من القانون رقم 99-08 المذكورين أعلاه يحرمون في كل الحالات من الحقوق الوطنية في المادة (8) من البند الثاني من قانون العقوبات.
- انظر المواد (3 و 4) من القانون رقم 99-08.

(25) - راجع المادة (9/77) من الدستور الجزائري لسنة 1996. المعدل في 15 نوفمبر 2008. ج. ر رقم (63) المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

(26) - عولمي نادية، الإرهاب الدولي وإشكالية مكافحته، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة (16). 2008. ص ص 40-41.

إحدى المنظمات المذكورة في المادة (87/ مكرر3) من قانون العقوبات والذين أشعروا في أجل ثلاثة أشهر، ابتداءً من تاريخ صدور هذا القانون، السلطات المختصة بتوقفهم عن كل نشاط إرهابي أو تخريبي، وحضروا تلقائياً أمامها والذين لم يُسمح لهم بالاستفادة من نظام الإرجاء، ولم يرتكبوا التقتيل الجماعي، ولم يستعملوا متفجرات في أماكن عمومية، أو أماكن يتردد عليها الجمهور من تخفيف العقوبات...» وذلك وفق شروطٍ حددتها المادة (27)⁽²⁷⁾.

3- نظام الوضع رهن الإرجاء: نص القانون رقم 99-08 من المواد (06) إلى (26) على نظام الوضع رهن الإرجاء ويتمثل في: «التأجيل المؤقت للمتابعات خلال فترة معينة، بغرض التأكد من الاستقامة الكاملة للشخص الخاضع لها»⁽²⁸⁾. وقد ألزم المرسوم التنفيذي رقم 99-142 السلطات المحددة في وحدات الجيش، مسؤولي مصالح الأمن، قادة جهاز الدرك، الولاية، رؤساء الدوائر، النواب العامون، وكلاء الجمهورية؛ في حالة تقدم أحد المذنبين التعريف الكامل به، وتحديد أماكن اختبائه، أو تحركه، والتصريح بصدق بكل نشاطاته، وتذكيره بالمادة (10) من القانون رقم 99-08 والتي تقضي بإلغاء تأجيل المتابعات الجزائية، وتحريك الدعوى العمومية في حق كل شخص يثبت كذب تصريحاته بعد التحريات المقامة في حقه. من النتائج الإيجابية التي حققها القانون رقم 99-08 أنه أنقص العمليات الإرهابية، إلا أنها لم تختف نهائياً، وأدى إلى خلق جو وثامي، إلا أنه يبقى ناقصاً؛ فقد حرم القانون رقم 99-08 الكثير ممن استفادوا من تدابير الوثام المدني من الترشح للانتخابات التشريعية والمحلية نهاية سنة 2002، رغم أن القانون يقر بمحو كل السوابق، إلا أن الإدارة مارست تعسفاً في حقهم، وذلك من خلال حرمانهم من حقوقهم السياسية.

(27) - طالع هذه الشروط في المادة (27) من القانون رقم 99-08 الصادر بتاريخ 13 جويلية 1999.

(28) - راجع المواد من (6) إلى (26) من القانون رقم 99-08 الصادر بتاريخ 13 جويلية 1999.

أراد المشرع الجزائري بإصداره لقانون الوثام المدني، إيجاد مخرج جديد للأزمة الجزائرية- أزمة الإرهاب- حيث وضع تصوراً جديداً خاصة حينما أدرج قانون مكافحة الإرهاب ضمن قانون العقوبات الجزائري لعام 1999، وذلك لضمان العمل في إطار الشرعية، غير أن تحديده لمدة سريان العمل بقانون الوثام المدني المحدد بستة أشهر كحد أقصى بالنسبة لفئة معينة ولمدة ثلاثة أشهر لفئة أخرى، يعد تقييداً يؤثر في كيفية الاستفادة من أحكام هذا القانون؛ لذلك كان الأولى بالمشرع أن يجعل المدة أطول مما هي عليه، بالإضافة إلى ضرورة إيجاد تدابير أخرى في مختلف المجالات من شأنها التأثير إيجاباً على مسار الأزمة⁽²⁹⁾.

المبحث الثاني: الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية ونصوص الأمر 06-

01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية: خطوة فعالة من المشرع

الجزائري بوضع آليات قانونية لتحقيق الوثام المدني

يهدف الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية إلى وضع مجموعة من التدابير والآليات القانونية لتنفيذ قانون الوثام المدني، فرغم النقائص التي احتواها إلا أنه حقق نتائج معتبرة؛ فقد أعطى صورة مغيرة للجزائر عن تلك التي كان المجتمع الدولي قد أخذها عنها قبل صدور هذا القانون. (المطلب الاول).

في 29 سبتمبر 2005، كانت الظروف مناسبة لعرض مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة في الجزائر للاستفتاء الشعبي لينال الموافقة الشعبية⁽³⁰⁾، وقد دخل ميثاق السلم والمصالحة الوطنية حيز التنفيذ في 28 فيفري 2006 بموجب

(29) - لمزيد من التفاصيل راجع: - محمد بوفراطس بن صالح، الإطار القانوني لإدارة الأزمة الارهابية والنظم

التعويضية دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2000، ص 92.

(30) -المصوتون بنعم: 371 .057 .14 وهو ما يعادل 97.38٪ - المصوتون بـ لا: 377.748 وهو ما يعادل 62.2٪

- انظر: إعلان رقم 01/م د/05 مؤرخ في 01 أكتوبر 2005 يتعلق بنتائج استفتاء 29 سبتمبر 2005 حول الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية. ج ر عدد 67 الصادرة بتاريخ 5 أكتوبر 2005.

الأمر رقم 01-06⁽³¹⁾، وتم إلحاق هذا الأخير بمراسيم رئاسية أهمها: مرسوم بتعويض ضحايا المأساة الوطنية⁽³²⁾، وآخر يضبط إعانة الدولة الممنوحة للأسر المحرومة والتي ابتليت بظلمة أحد أقاربها بالإرهاب⁽³³⁾. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية

احتوى الميثاق⁽³⁴⁾ على خمسة محاور أساسية بالإضافة إلى الديباجة، حيث تعرض في المحور الأول إلى نقطة عرفان الشعب الجزائري لصناع نجدة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وأن الشعب الجزائري يأبى إلا أن يثني على الجيش الوطني الشعبي، ومصالح الأمن، وكافة الوطنيين والمواطنين العاديين، ويشيد بما كان لهم من وقفة وطنية وتضحيات مكنت من نجاة الجزائر.

وفي المحور الثاني نص على الإجراءات الرامية إلى استتباب السلم وقد جاء فيه:

- إبطال المتابعات القضائية في حق الأفراد الذين يكفون عن نشاطهم المسلح ويسلمون ما لديهم من سلاح، ولا تنطبق على الأفراد الذين كانت لديهم يد في المجازر الجماعية أو انتهاك الحرمات، أو استعمال المتفجرات في الاعتداءات على الأماكن العمومية.

- إبطال المتابعات القضائية في حق الأفراد المطلوبين داخل الوطن وخارجه، الذين يمثلون طوعاً أمام الهيئات الجزائرية المختصة، ولا ينطبق إبطال هذه المتابعات

(31)- أمر رقم 01-06 مؤرخ في 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.

(32)- مرسوم رئاسي رقم 93-06 مؤرخ في 27 فبراير 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج.ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.

(33)- مرسوم رئاسي رقم 94-06 مؤرخ في 27 فبراير 2006، يتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بظلمة أحد أقاربها في الإرهاب، ج.ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.

(34) -انظر مشروع الميثاق في ملحق: مرسوم رئاسي رقم 05-278 مؤرخ في 14 أوت 2005. يتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء المتعلق بالمصالحة الوطنية ليوم الخميس 29 / 09 / 2005، ج.ر عدد (55) بتاريخ 15 أوت 2005.

على الأفراد الذين كانت لديهم يد في المجازر الجماعية، أو انتهاك الحرمات، أو استعمال المتفجرات في الاعتداءات على الأماكن العمومية.

- إبطال المتابعات القضائية في حق جميع الأفراد المنضوين في شبكات دعم الإرهاب الذين يُصرحون بنشاطاتهم لدى السلطات الجزائرية المختصة.

- إبطال المتابعات القضائية في حق الأفراد المحكوم عليهم غيابياً باستثناء أولئك الذين كانت لديهم يد في المجازر الجماعية أو انتهاك الحرمات أو استعمال المتفجرات في الاعتداءات على الأماكن العمومية.

- العفو على الأفراد المحكوم عليهم والموجودين رهن الحبس عقاباً على قيامهم بأنشطة داعمة للإرهاب.

- إبدال العقوبات أو الإعفاء من جزء منها لصالح جميع الأفراد الذين صدرت في حقهم أحكام نهائية أو المطلوبين الذين لا تشملهم إجراءات إبطال المتابعات أو إجراءات العفو سالفة الذكر.

وفي المحور الثالث المعنون بالإجراءات الرامية إلى تعزيز المصالحة الوطنية. وأهم ما جاء فيه: أن الشعب الجزائري وإن كان مستعداً للصفح، ليس بوسعه أن ينسى العواقب المأسوية التي جناها عليه العبث بتعاليم الإسلام الذي يعتبر دين الدولة الجزائرية.

وفي المحور الرابع المعنون بإجراءات دعم سياسة التكفل بملف المفقودين المأساوي، ينص الميثاق على التكفل التام بملف المفقودين باعتبارهم ضحايا المأساة الوطنية ولذويهم الحق في طلب التعويض.

وفي المحور الخامس والأخير المعنون بالإجراءات الرامية إلى تعزيز التماسك الوطني. ينص الميثاق على أن الشعب الجزائري عليه أن يراعي كون المأساة الوطنية طالت الأمة قاطبة، وعاقبت البناء الوطني، ومست مساساً مباشراً بحياة الملايين من المواطنين، وعلى الشعب الجزائري - وهذا من واجبه الوطني - اتقاء نشأة الشعور بالإقصاء في نفوس المواطنين غير المسؤولين عما أقدم عليه ذووهم من خيارات غير

محمودة العواقب. ويعتبر أن المصالحة الوطنية تقتضي القضاء نهائياً على جميع عوامل الإقصاء التي يشغلها أعداء الأمة⁽³⁵⁾.

بقراءة متمعنة لميثاق السلم والمصالحة الوطنية، نلاحظ أنه يحوي عدة إيجابيات لتخطي المأساة الوطنية التي عاشها المجتمع الجزائري طيلة عشر سنوات، ومن هذه الإيجابيات نجد:

- عدم إبطال المتابعات القضائية للأفراد الذين لهم يد في المجازر الجماعية وانتهاك الحرمات.

- رفض التدويل لمظالم الجزائريين بعدم فتح المجال للهيئات الدولية للتدخل.

- السماح للجزائريين الموجودين بالخارج بالدخول إلى وطنهم.

- غير أن لميثاق السلم والمصالحة الوطنية تتخلله العديد من السلبات منها:

- عدم ذكر الأسباب الحقيقية للأزمة والأطراف الأساسية فيه.

- عدم ذكر معتقلي محتشدات الجنوب وغيره، الذين استمر احتجازهم لسنوات وأهملت شؤونهم المادية والمعنوية علماً أن عددهم يحسب بالآلاف.

- التصريح بالمشروع دون الحوار مع الأطراف المتضررة.

- المشروع ناتج عن حوار بين الرئيس وأصحاب القرار، وأحزاب التحالف (سياسة

قوى التوازنات في الجزائر)، حيث عمل من أجل إقامة سلم هش بين الجزائريين بني على ما كان يسميه الرئيس "عبد العزيز بوتفليقة" بسياسة التوازنات الداخلية الممكنة،

توازنات لم يكن فيها للشعب الجزائري أي اعتبار، بل كانت فقط مع زمر النظام الحاكم، ولذا هذا السلم فرض على الجزائريين تحت ظرف من الظروف.

- تبرئة وحصانة القوات النظامية مما قام به بعض أفرادها من مخالفات⁽³⁶⁾.

(35)- راجع الميثاق في ملحق المرسوم رقم 05-278 المؤرخ في 14 أوت 2005.

المطلب الثاني: نصوص الأمر رقم 01-06 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

يحتوي الأمر رقم 01-06 على (48) مادة موزعة على ستة فصول؛ حيث تضمن الفصل الأول الأحكام التمهيدية التي نصت على الهدف الأساسي الذي يسعى إليه هذا الأمر المتمثل في تنفيذ أحكام الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية (المادة الأولى).

نجد الفصل الثاني المعنون بـ "تنفيذ الإجراءات الرامية إلى استتباب السلم"، أنه ميز بين ست فئات مستفيدة من العفو:

- الأشخاص الذين سلموا أنفسهم إلى السلطات أثناء الفترة الممتدة بين 13 جانفي 2000 وتاريخ نشر هذا الأمر (المادة 4).
- الأشخاص المتورطين في ارتكاب المجازر الجماعية والذين يمثلون طوعا أمام السلطات في أجل ستة أشهر (المادة 5).
- الأشخاص محل بحث داخل أو خارج الوطن والذين لم يتورطوا في المجازر الجماعية، وسلموا أنفسهم للسلطات في نفس الآجال (المادة 6).

-
- (36) - للزيد من التفاصيل في القراءة النقدية لمشروع المصالحة الوطنية راجع: عبد القادر العايب، قراءة حول المصالحة الوطنية والاستفتاء، جريدة الشروق اليومية، يومية وطنية، العدد (1492)، بتاريخ 25/09/2005، ص8.
- راجع أيضا كل من: بورقبة رشيد، الاستماع إلى معارضي السلم احتقار للشعب، جريدة البلاد، يومية وطنية، العدد (1785)، بتاريخ 20/09/2005، ص 10
- كرفاح أحمد، قراءة في ميثاق المصالحة، جريدة البلاد، يومية وطنية، العدد (1785)، بتاريخ 25/09/2005، ص8.
- أوصديق فوزي، قراءة في مشروع السلم والمصالحة الجزائري، جريدة البلاد، يومية وطنية، العدد (1785)، بتاريخ 25/09/2005، ص6.
- بويبية نبيل، الآليات السياسية لاسترجاع الأمن في الجزائر. . مرجع سابق.
- أنور مالك، المصالحة الجزائرية بين قسوة المحاكم ورحمة الرئيس. على الموقع:

<http://www.ahewar.org/debat/show>

- الأشخاص الذين وضعوا حداً لنشاطاتهم وصرحوا بذلك أمام السلطات المختصة في أجل أقصاه ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر (المادة 7).
- الأشخاص المحكوم عليهم غيابيا غير المتورطين في المجازر الجماعية (المادة 8).
- الأشخاص المحبوسين وغير المحكوم عليهم نهائيا (المادة 9).

تضمن أيضا الأشخاص المشمولين بالعفو حيث استثنى من هذه الاستفادة الأشخاص الذين ارتكبوا أفعال المجازر الجماعية أو انتهاك الحرمات أو استعمال المتفجرات في الأماكن العمومية أو شاركوا فيها أو حرضوا عليها (المادة 10).

كما تضمن القواعد الإجرائية لانقضاء الدعوى العمومية، والواجب الالتزام بها واتباعها، وتبيان السلطات المختصة التي يمكن للأشخاص المعنيين المثل أمامهم، وكيفية استبدال العقوبات وتخفيفها (المواد من 12 إلى 20).

تناول الفصل الثالث الإجراءات الرامية إلى تعزيز المصالحة الوطنية، والمجسدة في إجراءات أساسية وهي:

- 1- إجراءات تتعلق بالأشخاص المستفيدين من القانون المتعلق بالوثام المدني.
- 2- إجراءات متعلقة بالأشخاص الذين تم تسريحهم من العمل بسبب الأفعال المرتبطة بالمأساة الوطنية، وهي إجراءات لإعادة إدماجهم في عالم الشغل.
- 3- إجراءات الوقاية من تكرار المأساة الوطنية وهي:

أ- منع أي شخص مسؤول عن الاستعمال المغرض للدين من ممارسة النشاط السياسي بأي شكل من الأشكال.

ب- منع ممارسة النشاط السياسي لكل من شارك في أعمال إرهابية (المواد 21-26).

بينما الفصل الرابع تعرض إلى إجراءات دعم سياسة التكفل بملف المفقودين؛ حيث نص على الاعتراف بصفة ضحية المأساة الوطنية يخول له الحق في التصريح

بالوفاة بموجب حكم قضائي يعطيه الحق في استفادة ذوي الحقوق من تعويض تدفعه الدولة (المواد 27-39).

وشمل الفصل الخامس إجراءات تتعلق بالتكفل بالأسر المبتلاة بضلوع أحد أقاربها في الأفعال الإرهابية؛ فيمنع بموجب هذه الإجراءات التمييز إزاءهم، حيث تم إقرار حكم جزائي يعاقب عند الاقتضاء كل متسبب في هذه الوضعية، وتستفيد الأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب من إعانة تمنحها الدولة بعنوان التضامن الوطني (المواد 40-43).

تناول الفصل السادس إجراءات تجسيد عرفان الشعب الجزائري لصناع نجدة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وبموجبها لا يجوز بأي حال من الأحوال المتابعة في حق أفراد قوى الدفاع والأمن للجمهورية بجمع أسلاكها، ولا يقبل أي إبلاغ أو شكوى ضد المعنيين، وينص على معاقبة كل من يستعمل في تصريحاته أو كتاباته أو أي عمل آخر جراء المأساة الوطنية بعقوبة السجن والتغريم (44-46).

احتوى الفصل السابع والأخير أحكاماً ختامية تمكن رئيس الجمهورية، بموجب ما حظي به من تفويض شعبي، أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (47-48).

يمكن القول إنه على الرغم من كل الجهود التي بذلتها الجزائر في مجال إدارة الأزمة الإرهابية إدارة أمنية وقانونية وإدارية، إلا أن نجاحها يبقى متوقفا على مدى نجاح السياسات والاستراتيجيات التي تكون وراء النصوص القانونية، بالإضافة إلى إعداد فريق لإدارة الأزمة⁽³⁷⁾، يكون على دراية شاملة بأبعاد وخلفيات الأزمة، وذات كفاءة وخبرة علمية عالية في إطار الشرعية العادلة والشاملة⁽³⁸⁾.

(37) - لمزيد من التفاصيل في إدارة أزمة الإرهاب، راجع السيد عليوه، إدارة الأزمات والكوارث، مخاطر العولمة والإرهاب الدولي، سلسلة دليل صنع القرار كتاب رقم (2)، مركز القرار للاستثمارات، الطبعة الثالثة، 2004، ص 211 وما يليها.

(38) - انظر تقرير "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان: "الحقيقة والعدالة معطلتان: لجنة الدولة الجديد بشأن

=

تجدر الإشارة إلى أن الأمر التنفيذي لميثاق السلم والمصالحة الوطنية يجرم التطرق إلى ملف المفقودين بهدف المساس بالسمعة الجيدة للموظفين الحكوميين، الذين خدموا بلدهم بشرف، أو يهدف إلى تشويه صورة الجزائر على الساحة الدولية⁽³⁹⁾، كما أنه -الأمر- يتناقض مع المادة 36 من الدستور الجزائري التي تكرس حرية التعبير⁽⁴⁰⁾.

إن أبرز المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان أدانت هذا الأمر بصوت واحد، حيث إنه يكرس الإفلات من العقاب لأعمال تعتبر جرائم بموجب القانون الدولي، وأضافت أن احترام حقوق الإنسان الأساسية وحمايتها لا يمكن أن يخضع إلى تصويت الأغلبية⁽⁴¹⁾.

إن سياسة السلم والمصالحة الوطنية التي انتهجتها الحكومة الجزائرية كانت فاشلة إلى حد بعيد بسبب التسريع في وتيرتها فقد حاولت درء مشكلة المفقودين بالمحاولة البائسة والمتمثلة في تعويض عائلات المفقودين⁽⁴²⁾.

حالات الاختفاء"، حيث يناقش هذا التقرير ويحلل وضع اللجنة الجزائرية المكلفة بالتحقيق في حالات الاختفاء التي وقعت خلال المأساة الوطنية في التسعينات، ورغم أن اللجنة شكلت بمرسوم رئاسي، غير أن مجالها وتفويضها محدود جدا، يقتصر فقط على التأكد من صحة الادعاءات ودفع التعويضات. متوفر على الموقع:
<http://www.hrw.org/en/reports/2003/12/08/>

(39)- راجع المادة 46 من الأمر رقم 01-06، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

(40)- راجع المادة 36 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم بقانون رقم 01-16، مؤرخ في 6 مارس 2016.

(41)- انظر على سبيل المثال: تقرير منظمة العفو الدولية المقدمة إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على الموقع:
<http://www.amnesty.org/en/library/asset/>

- تقرير منظمة العفو الدولية تحت عنوان: "الجزائر: طمس الحقيقة والعدالة بضلال الإفلات من العقاب". على الموقع نفسه.

(42)- راجع المادة 37 من أمر 01-06. وقد حددت كينيات تطبيق هذه المادة عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 06-93، مؤرخ في 28 فبراير 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج.ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.

لم يتضمن الأمر التنفيذي أي آليات للتوصل إلى الحقيقة بل جرم كل محاولة للبحث عن الحقيقة⁽⁴³⁾ على الرغم أن مثل هذه الآليات أصبحت اليوم رائجة في الدول الخارجة من نزاعات؛ فقد شكلت جنوب إفريقيا مثلاً لجنة الحقيقة والمصالحة لإلقاء الضوء على الأحداث المروعة التي شهدتها الدولة خلال سنوات التمييز العنصري، كذلك شكلت الأرجنتين لجنة للأشخاص المفقودين⁽⁴⁴⁾.

إن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية حول مسار البلاد من "الحقيقة والمصالحة" إلى "العفو والنسيان"⁽⁴⁵⁾، وهدف إلى تجنب النقاش عن الماضي مستخدماً المراسيم والاستفتاءات لتفادي النقاشات البرلمانية، ومانحاً سلطة عدم قبول المحاكم التحقيق في الجرائم المرتكبة في حقبة المأساة الوطنية وجاعلاً هذا الميثاق مقدساً؛ مما يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة أمام القضاء⁽⁴⁶⁾، وهذا بمصادرة مبدأ حق التقاضي لطائفة معينة من الأفراد (الذين مستهم المأساة الوطنية بشكل مباشر)، ومن حق المواطن اتهام القضاء بإنكار العدالة⁽⁴⁷⁾.

إن المادة 2/45 من الأمر 01-06 تناقض مع المادة 29 من الدستور التي تنص على أن: «كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز سببه يعود إلى المولد أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي».

لقد أثارت مقارنة ميثاق السلم والمصالحة الوطنية مسألة سياسية جوهرية مفادها:

(43)- راجع نص المادة 1/45 من أمر رقم 01-06.

(44)- نقلاً عن: تلساني رشيد، الجزائر في عهد بوتفليقة، الفتنة الأهلية والمصالحة الوطنية، أوراق كارنجي، تصدر عن مركز كارنجي للشرق الأوسط، بيروت، العدد 07، يناير 2008، ص 19.

(45)- انظر تقرير منظمة "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان "الجزائر: لا يجوز أن يكون الإفلات من العقاب ثمة للمصالحة"، 1 سبتمبر 2005، على الموقع: <http://www.hrw.org/ar/news/2005/08/31>

(46)- انظر المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل بقانون 01-16.

(47)- حيث تنص المادة 2/45 من الأمر 01-06 على أن: «يجب على الجهة القضائية المختصة التصريح بعدم قبول كل إبلاغ أو شكوى».

هل يُقدّر لعملية مصالحة منبثقة من أعلى سلطة في البلاد النجاح؟ وهل يمكن للدولة الجزائرية أن تتخطى أزمة الشرعية التي غاصت فيها نتيجة المأساة الوطنية⁽⁴⁸⁾؟

إن الحل الأمني العسكري الذي اتبعته الجزائر في بداية أزمته لم يكن كافياً لإدارة تلك الأزمة والقضاء عليها، وإن كان قد حقق الأرضية المناسبة لتقبل الجماعات الإسلامية والشعب الجزائري معاً تدابير الوثام المدني والمصالحة الوطنية، وهذا حسب رأيي كان بعد إضعاف الجماعات الإسلامية، ولم تعد تتلقى المساعدات من قبل الشعب كما كان في بداية مشوارها المسلح.

خاتمة:

نخلص في الأخير إلى القول إن التجربة الجزائرية في مكافحة الإرهاب كانت ناجحة إلى حد بعيد وهذا باعتراف الدول الكبرى؛ حيث يرى محلل الشؤون الأمنية المغاربية "حسين بولحية" في تصريح له، بأن الولايات المتحدة الأمريكية لم تخف رغبتها في إقامة تعاون أمني، واستخباراتي مع الجزائر لمكافحة الإرهاب، وهو الملف

(48)- تلقى الجنرال المتقاعد "خالد نزار" في أكتوبر 2011 أثناء تواجده بسويسرا لتلقي العلاج استدعاءً للمثول أمام المدعية العامة للمحكمة السويسرية والرد على تهمة موجهة له بارتكاب جرائم حرب وانتهاكات لحقوق الإنسان في بداية الأزمة الدموية في الجزائر. وللعلم فإن السلطات الجزائرية تدخلت في مرة سابقة من أجل إنقاذه من القضاء الفرنسي بعد أن باشر هذا الأخير إجراءات لاعتقاله وتقديمه للمحاكمة، استجابة لدعاوى قضائية رفعها ضده جزائريون مقيمون بفرنسا بسبب الجرائم التي ارتكبها ضدهم في سنوات المأساة الوطنية. وهذا يدال على أن ملف الحقيقة عن المسؤولين المتهمين بالجرائم في الجزائر لم يحل بالطريقة التي يرضاها الشعب الجزائري. للزيد من المعلومات انظر كلا من:

- بوكايلا خضير، قضية الجنرال نزار وخدعة السلم المدني في الجزائر، على الموقع:

<http://algeriatimes.net/algerianews>

- تقرير منظمة "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان: "حقوق الإنسان والانتخابات الرئاسية في الجزائر"، على

الموقع: <http://www.hrw.org/en/reports/>

- تقرير منظمة "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان: "الحقيقة والعدالة معطلتان، لجنة الدولة الجديدة بشأن

حالات الاختفاء" على الموقع: <http://www.hrw.org/en/reports/>

الذي يأخذ طابع الأولوية في الزيارات التي يقوم بها المسؤولون الأمريكيون إلى الجزائر، وأضاف أن الولايات المتحدة الأمريكية تشيد بدور الجزائر في مجال مكافحة الإرهاب، وتعتبر المساعدة والمعلومات التي تقدمها الجزائر جد هامة بالنظر إلى التجربة التي تتمتع بها مصالح الأمن الجزائرية في مكافحة الإرهاب⁽⁴⁹⁾.

إن العبارة الأخيرة التي قالها الأستاذ "حسين بولحية" هي التي تدفعني إلى القول إن نجاح ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ومن قبله قانون الوثام المدني، جاء نتيجة ضعف الجماعات الإسلامية في الجزائر في ذلك الوقت، وهذا بفضل ما قدمته قوات الأمن الجزائرية، يتقدمها الجيش الوطني الشعبي، من مجهودات جبارة للقضاء على عناصر الجماعات الإسلامية، وبالمقابل كلف هذه المؤسسة العسكرية مئات الضحايا.

يرى الأستاذ "محمد صميم" الخبير في العلاقات الدولية أن الولايات المتحدة الأمريكية: «تبرر مخاوفها من اتساع رقعة نشاط الجماعات الإرهابية في المنطقة، ويؤكد رغبة الولايات المتحدة الأمريكية في توسيع نطاق التعاون مع دول المنطقة، وتكثيف تبادل المعلومات بين الأجهزة الأمنية». وكل هذا يرجع إلى مدى تأثير الدولة الجزائرية، بموافقتها، على الساحة المغاربية والإفريقية فيما يخص القضايا التي تهم منطقة المغرب العربي أو منطقة دول الساحل⁽⁵⁰⁾.

(49) - نقلاً عن: رمزي وليد، الجزائر والولايات المتحدة يناقشان توطيد العلاقات في محاربة الإرهاب، مرجع سابق.

(50) - أقر مجلس الأمن بتاريخ 17 / 12 / 2009 في قرار حمل رقم (1904) تجريم دفع فدية للجماعات الإرهابية، مقابل الإفراج عن رهائن محتطفين. ويخص هذا القرار كل الدول والهيئات والمؤسسات والأفراد، ممن يلجؤون إلى تمويل الإرهابيين في أي منطقة في العالم بفديات مالية يطلبها الخاطفون نظير تحرير الرهائن سالمين ودون تعرضهم لأي أذى. والجدير بالقول أن استصدار هذا القرار هو نتويع للجهد الجزائري الذي كلل بالنجاح، بعد إلحاحها الدائم برفض مثل تلك السلوكات التي تدعم وتساهم في تشجيع المنظمات الإرهابية في التماهي في الابتزاز.

- راجع الفقرة الخامسة من القرار رقم (1904) الصادر عن مجلس الأمن في جلسته المنعقدة بتاريخ 17 ديسمبر 2009. الوثائق الرسمية لمجلس الأمن للأمم المتحدة (S/RES/1904/2009).

هذا ما يعلل نجاح الجزائر في إقناع دول منطقة الساحل بتبني موقفها الرافض لأي تدخل أجنبي في المنطقة بداعي محاربة الإرهاب، والالتزام بقرار منع تقديم الفدية للجماعات الإرهابية، وهي الخطوة التي جاءت بعد أيام من إفراج السلطات المالية عن إرهابيين مطلوبين للعدالة الجزائرية مقابل تحرير الرهينة الفرنسي "بيار كامات". وقد حرص وزراء خارجية الدول السبع التي تنتمي إلى دول الساحل⁽⁵¹⁾ على التأكيد بأن الوقاية من الإرهاب، وارتباطاته، ومحاربهته يجب أن تتم من خلال مقاربة متكاملة ومنسقة ومتضامنة تتمحور في مسؤولية الدول عن القيام بمكافحة فعالة وشاملة ضد الإرهاب.

يمكن القول إن التعاون بين الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر في مواجهة الإرهاب قد وضع حدا للعزلة التي كانت تعيش فيها في فترة التسعينات، والمُلفت للانتباه أيضا، أن الجزائر أصبحت "من الدول التي تصنفها الولايات المتحدة الأمريكية في محور الدول المناهضة للإرهاب؛ مما جعل الجزائر تحتل مكانة أساسية في السياسة الجديدة للولايات المتحدة الأمريكية بصفة خاصة وفي المجتمع الدولي بصفة عامة.

على الرغم من النجاحات المحققة على الصعيدين الدولي والوطني في مجال مكافحة الإرهاب من خلال سياسة الانتقال من النهج الأمني العسكري إلى النهج السلمي الذي اتبجه المشرع الجزائري، وهذا من خلال النصوص التشريعية التي تطرقنا إليها، غير أن هناك الكثير من النقائص التي تكتنف تلك النصوص منها: عدم الاهتمام إلى حل مشكلة المفقودين التي ما زالت تؤرق العديد من العائلات الجزائرية، وعدم استعداد الدولة الجزائرية لإجراء تحقيقات ومعرفة هوية المسؤولين عن حالات الاختطاف.

(51) - الدول السبع المشاركة في اجتماع الجزائر هي: بوركينا فاسو، ليبيا، مالي، موريتانيا، النيجر، التشاد إلى جانب الجزائر.

من جهة أخرى نجد ناشطين في مجال حماية حقوق الإنسان قد نددوا على خلفية قطع الحكومة للنقاشات بما حدث فعلا خلال العشرية السوداء وإخفاقها في وضع آليات للتحقيق، يضاف إلى ذلك أن ميثاق المصالحة الوطنية لم يتضمن أي بند يشير إلى إمكانية إيجاد آليات للتوصل إلى الحقيقة.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- محمد بوطرفاس بن صالح، الإطار القانوني لإدارة الأزمة الإرهابية والنظم التعويضية دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي. مذكرة ماجستير. معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2000.
- السيد عليوه، إدارة الأزمات والكوارث. مخاطر العولمة والإرهاب الدولي، سلسلة دليل صنع القرار كتاب رقم (2)، مركز القرار للاستثمارات، الطبعة الثالثة، 2004.
- وقاف العياشي، مكافحة الإرهاب. دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

ثانياً: مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء

- عولمي نادية، الإرهاب الدولي وإشكالية مكلفته، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة (16). 2008.

ثالثاً: المقالات:

- تلمساني رشيد، الجزائر في عهد بوتفليقة، الفتنة الأهلية والمصالحة الوطنية، أوراق كارينجي، تصدر عن مركز كارينجي للشرق الأوسط، بيروت، العدد 07، يناير 2008.
- الآليات السياسية لاسترجاع الأمن في الجزائر خلال فترة حكم بوتفليقة. الموقع:

<http://www.étudiant.dz.com>

- بوية نبيل، الآليات السياسية لاسترجاع الأمن في الجزائر خلال فترة حكم بوتفليقة. على الموقع: <http://etudiant.dz.com>
- عبد القادر العايب، قراءة حول المصالحة الوطنية والاستفتاء، جريدة الشروق اليومية، يومية وطنية، العدد (1492). بتاريخ 25 /09 /2005.
- بورقة رشيد، الاستماع إلى معارضي السلم احتقار للشعب، جريدة البلاد. يومية وطنية، العدد (1785). بتاريخ 20 /09 /2005.
- كرفاح أحمد، قراءة في ميثاق المصالحة، جريدة البلاد. يومية وطنية، العدد (1785). بتاريخ 25 /09 /2005.
- أوصديق فوزي، قراءة في مشروع السلم والمصالحة الجزائري، جريدة البلاد. يومية وطنية، العدد (1785). بتاريخ 25 /09 /2005.
- أنور مالك، المصالحة الجزائرية بين قسوة المحاكم ورحمة الرئيس على الموقع: <http://www.ahewar.org/debat/show>
- بوقايلة خضير، قضية الجنرال نزار وخذعة السلم المدني في الجزائر، على الموقع: <http://algeriatimes.net/algerianews>
- بلعمري رمضان، لا بد من توحيد مفهوم الإرهاب في العالم، جريدة "الأحداث"، يومية وطنية. العدد (748) بتاريخ 14 أكتوبر 2004. ص 3.
- خضير بوقايلة، "بيرنز": نستفيد من خبرة الجزائر في مكافحة الإرهاب. جريدة الشرق الأوسط، يومية سعودية. العدد (8778). بتاريخ 10/12/2002.
- وليد رمزي، الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية يناقشان توطيد العلاقات في محاربة الإرهاب، الموقع: <http://www.magharebia.com>.
- النهار أون لاين/ وأج. أمريكا مهتمة بالتجربة الجزائرية في مكافحة الإرهاب الدولي. الموقع: <http://www.ennahar.com>

رابعا: النصوص القانونية:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون 16-01

مؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسمية العدد 14، الصادر في 06 مارس 2016.

النصوص التشريعية:

- أمر رقم 95-12 مؤرخ في 25 فيفري 1995 متضمن تدايير الرحمة. ج.ر عدد 11 الصادرة في 1 مارس 1995.
- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم.
- أمر رقم 06-01 مؤرخ في 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج. ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.
- مرسوم تشريعي رقم 92-03 مؤرخ في 30 سبتمبر 1992 يتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب ج. ر عدد (70) المؤرخة في 10/10/1992، ملغى بموجب الأمرين 95-10 و 95-11، المؤرخين في 25 فبراير 1995، ج.ر عدد 11، بتاريخ أول مارس 1995.
- مرسوم رئاسي رقم 05-278 مؤرخ في 14 أوت 2005. يتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء المتعلق بالمصالحة الوطنية ليوم الخميس 29/09/2005. ج. ر عدد (55) بتاريخ 15 أوت 2005.
- مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 27 فبراير 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج. ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.
- مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فبراير 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج. ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.
- مرسوم رئاسي رقم 06-94 مؤرخ في 28 فبراير 2006، يتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب، ج. ر عدد 11 الصادرة بتاريخ 28 فبراير 2006.
- مرسوم تنفيذي رقم 99-142 مؤرخ في 20 جويلية 1999، يحدد كيفيات تطبيق المادة (8) من القانون رقم 99-08 المؤرخ في 13 جويلية 1999 والمتعلق باستعادة الوثام المدني، ج. ر عدد 48 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 1999.

- قانون رقم 99-08 مؤرخ في 13 جويلية 1999 يتعلق باستعادة الوثام المدني، ج. ر عدد 46. الصادرة بتاريخ 13 جويلية 1999.
- إعلان رقم 01/01 م د/05 مؤرخ في 01 أكتوبر 2005 يتعلق بنتائج استفتاء 29 سبتمبر 2005 حول الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية. ج. ر عدد 67 الصادرة بتاريخ 5 أكتوبر 2005.

خامسا: التقارير الدولية:

- التقرير الذي قدمته منظمة العفو الدولية للجنة مناهضة التعذيب تحت عنوان: "الجزائر: تقرير موجه إلى لجنة مناهضة التعذيب" على الموقع: <http://www.amnesty.org/ar/>
- الوثيقة الصادرة عن منظمة العفو الدولية تحت عنوان: "لا تخرسوا أهالي المختفين الذين يطالبون بالعدالة"، الصادرة بتاريخ 13 أوت 2010، على الموقع: <http://www.amnesty.org/ar/>
- تقرير "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان: "الحقيقة والعدالة معطلتان: لجنة الدولة الجديد بشأن حالات الاختفاء"، <http://www.hrw.org/en/reports/2003/12/08/>
- تقرير منظمة العفو الدولية المقدمة إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان. على الموقع: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/>
- تقرير منظمة "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان "الجزائر: لا يجوز أن يكون الإفلات من العقاب ثمنا للمصالحة"، 1 سبتمبر 2005، على الموقع: <http://www.hrw.org/ar/news/2005/08/31>
- تقرير منظمة "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان: "حقوق الإنسان والانتخابات الرئاسية في الجزائر"، على الموقع: <http://www.hrw.org/en/reports/>
- تقرير منظمة "هيومن رايتس ووتش" تحت عنوان: "الحقيقة والعدالة معطلتان، لجنة الدولة الجديدة بشأن حالات الاختفاء". على الموقع: <http://www.hrw.org/en/reports/>

النظام القانوني للفاتورة الإلكترونية

بقلم: د/ قارة مولود بن عيسى *

الملخص

لقد تزايد حجم الصفقات والعقود المبرمة عبر الإنترنت، وتزايد حجم دائرة استقطاب العملاء والمستهلكين في عالم التجارة الإلكترونية، وأثار هذا التزايد اختلالاً في التوازن بين المهني والمستهلك، حيث يكون الأول الطرف الاقتصادي الأقوى ويكون المستهلك الطرف الثاني الأضعف في العلاقة التعاقدية؛ لذلك نجد أن ازدهار التجارة الإلكترونية يتأثر إيجاباً أو سلباً بمدى وضوح واستقرار المعاملات والعلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الإلكترونية التي يجب أن تُمدد بالوسائل الحمائية اللازمة، فضلاً عن أنها يوجدان في مكانين مختلفين ومتباعدين، وقد يكونان في دولتين متباينتين من حيث النظام القانوني، ويتفاعل العميل مع التاجر عبر الشبكات التي تحدث التجديد بشكل يومي وبوتيرة متسارعة باتجاه تحسين العلاقات التجارية.

وحتى يتم إثبات المعاملة بين التاجر والمستهلك أو بين التاجر أنفسهم، ومن أجل تبرير إيرادات التاجر مع إدارة الضرائب، يقوم المحترف بتحرير الفاتورة التي تؤكد قيام العملية التجارية وتبين إبرام العقد، وما يرتبط بهما من علاقات قانونية ناشئة، كفكرة الضمان وحماية المستهلك، وأهلية الشخص وإثبات المعاملة... الخ.

والفاتورة الإلكترونية أصبحت لا تثقيد بجواز مكانية وزمنية، كما اختلف شكلها التقليدي عن شكلها الإلكتروني، وتدخل طرف ثالث في صياغتها وإثباتها وحفظها، وطرح مشكله فرض الضريبة/ الرسم على القيمة المضافة بين دولة تحرير الفاتورة ومكان استرجاعها.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، الفاتورة

* أستاذ محاضر قسم "ب"، جامعة المسيلة.

الإلكترونية، التاجر، معلوماتية، قانون، الضريبة على القيمة المضافة.

Résumé:

Le volume des transactions et des contrats via Internet a vu une net augmentation et une attraction croissante des clients et les consommateurs dans le monde du commerce électronique, ce qui a soulevé un déséquilibre entre le professionnel et le consommateur, où la première, représentant la partie économique, occupe une position de force ; et le consommateur représentant la deuxième partie ; occupe une position plus faible dans la relation contractuelle.

Ainsi, nous constatons que l'essor du commerce électronique est positivement ou négativement influencé par la clarté et la stabilité des transactions et les relations juridiques émanant de celui-ci, il devrait être doté de moyens et de protection nécessaires, sachant qu'ils se trouvent dans deux différents endroits éloignés et peut être dans deux différents pays ayant chacun sa propre législation. Le client agit avec le commerçant via les réseaux qui innovent quotidiennement et à un rythme accéléré dans le sens d'améliorer les relations commerciales.

Pour établir la transaction existant entre le commerçant et le consommateur ou entre les commerçants eux-mêmes, et pour permettre au commerçant de justifier ses revenus vis-à-vis de l'administration fiscale, le professionnel établi la facture justifiant la transaction commerciale et confirmant la conclusion du contrat, et les relations juridiques associés faisant suite comme la garantie et la protection des consommateurs, et la capacité de la personne et la confirmation de la transaction, ... etc.

La facture électronique déroge aux obstacles de l'espace et du temps, elle diffère de la forme archaïque sous sa forme électronique, elle fait participer un tiers dans sa formulation et sa constatation et sa sauvegarde, elle soulève le problème de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) entre l'État de la facturation et le lieu de réception de cette facture.

Mots clés: Contrat électronique - E-commerce - e-facture - commerçant - Informatique - Droit - TVA.

Abstract:

The volume of transactions and contracts via Internet saw a net increase and a growing attraction for customers and consumers in the

world of electronic commerce, which raised an imbalance between the professional and the consumer, where the first, representing the economic part, occupies a strong position; and the consumer representing the second part; occupies a lower position in the contractual relationship.

Thus, we find that the growth of electronic commerce is positively or negatively influenced by the clarity and stability of transactions and legal relations arising from this one, it should be provided with necessary resources and protection, knowing that they are in two different remote locations and may be in two different countries, each with its own legislation. The customer acts with the merchant via networks that innovate daily and at an accelerated pace in the direction of improving trade relations.

To establish the existing transaction between the merchant and the consumer or between the traders themselves, and to allow the merchant to justify its revenue vis-à-vis the tax administration, professional establishes the invoice proving the purchase process and confirming the contract, associated to legal relationships that follow, such as warranty, consumer protection, the ability of the person, and the confirmation of the transaction, etc ...

The electronic invoice derogate barriers of space and time, it differs from the archaic form in its electronic form, it involves a third party in its formulation and its ascertainment and saving, it raises the issue of value added tax (VAT) between the State of billing and place of receipt of the invoice.

Key words: Electronic contract - E-commerce – electronic invoice - merchant - informatics - Law - VAT

مقدمة:

تعتبر الفاتورة من أهم السندات في إثبات المعاملة التجارية وتترجع على مكانة هامة في العلاقات التجارية والمالية، وتلعب دورا في الجباية بعد الفوترة فيما يرتبط بتحصيل الضريبة على القيمة المضافة التي تفتتح بالمصدر وفي حساب الضريبة على الدخل الإجمالي. كما أن تطور العلاقات التجارية على مستوى الشبكات الالكترونية جعلها مجالا خصبا للبحث وتحقيق الأرباح. والقانون يلزم التجار أن يبرروا بيعهم بتقديم فاتورة للعميل تحمل كافة البيانات الإلزامية والمعلومات

الضرورية ذات الصلة بمشترياتهم.

وقد لاقت الفاتورة الإلكترونية تحدياً جديداً مرتبطاً أساساً بقانون الجباية الدولية؛ لكونها تعتمد على مبدأين أساسيين يصعب -إلى حد ما- تطبيقهما على مستوى الانترنت، وهما: مبدأ إقليمية التشريع الضريبي أي إنه مرتبط بقطر الدولة، أما المبدأ الثاني فهو سلطة فرض الضريبة على كل نشاط تجاري أو مدني يتم إبرامه أو إنجازه على مستوى إقليم الدولة.

إن التعامل عبر الشبكات يتعدى كل الحدود على نحو قد يصعب معه معرفة مكان النشاط الفعلي للشركة أو التاجر، وصعب أكثر إثبات الفاتورة الإلكترونية التي ثبت العقد التجاري طبقاً لمقتضيات المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، التي تنص على أنه يثبت العقد التجاري بناءً على فاتورة مقبولة؛ لهذا طرح التساؤل التالي: ما هي الشروط القانونية للفاخرة الإلكترونية؟ وهل تحل الفاتورة الإلكترونية محل الفاتورة التقليدية؟

المطلب الأول: تعريف الفاتورة ووظائفها وشروطها

الفرع الأول: تعريف الفاتورة

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً للفاتورة، سواء في ظل القانون التجاري أو في ظل المرسوم التنفيذي رقم: 90-85 بتاريخ: 13/03/1990، المتعلق بأشكال الفاتورة وشروطها⁽¹⁾، ولم يعرفها في المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في: 10 ديسمبر 2005، الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصول التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك⁽²⁾.

أما فقها فقد عرّف الفاتورة بأنها: "وثيقة تجارية صادرة عن البائع للمشتري، تبين المنتجات، والكميات، والسعر المتفق عليه للمنتجات أو الخدمات التي قدمها

(1) - ج.ر. عدد 11، بتاريخ: 14/03/1990.

(2) - ج.ر. عدد 80، بتاريخ: 11/12/2005.

البائع للمشتري"⁽¹⁾، كما قيل بأنها: "وثيقة محاسبية تجارية قانونية يعدها المورد يأمر فيها الزبون بتسديد قيمة السلع المباعة له"⁽²⁾.

ورغم هذا القصور في تعريف الفاتورة، فإنه من الناحية الواقعية قد يكون قصوراً مقنعا للفقهاء الذي يبقى على التعريف الوظيفي للفاتورة دون تعريفها بصفة دقيقة؛ والعللة في ذلك- وإن كان هذا الموقف قديماً جداً- هو الإبقاء على كم معين من المرونة للتطور الذي تحققه الفاتورة، وحالياً بمنطق التقنية المعلوماتية ينسجم هذا الموقف السلي للفقهاء مع مبدأ الحياد المعلوماتي أو التقني، وهذا الموقف تبناه عدة مشرعين، ومن بينهم لجنة الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية التي لزمّت مبدأ الحياد المعلوماتي الذي جاء به قانون اليونسترال بشأن التوقيعات الالكترونية في الجلسة العامة رقم 85⁽³⁾، وكل التعريفات السابقة جاءت تعريفات تقنية محايدة لم تثبت أداة محددة أو آلية معينة تستند عليها حتى اصطلح على ذلك بالحياد⁽⁴⁾.

وأعقب هذا الحياد التقني استعمال التوقيع الالكتروني للدلالة على تحرير الفاتورة الالكترونية، وإن كان نفس الحياد تبناه باقي المشرعين ولكن بطريقة مغايرة، بمعنى أن المشرعين أتوا بتعريف خاص بالتوقيع الالكتروني كما أتى به المشرع الجزائري في المادة 327 فقرة 2، التي تحيل في تعريفه على المادة 323 مكرراً المتعلقة بالكتابة الالكترونية، وأن تعريف المشرع الجزائري للتوقيع الالكتروني لم يخصص له نوعاً معيناً ولا صورة خاصة، مما يجسد من جديد فكرة الحياد التقني وذلك

(1)- تعريف متوفر على الموقع التالي:

<http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%81%D8%A7%D8%AA%D9%88%D8%B1%D8%A9> (يوم: 2012/12/03)

(2)-[http://www.onefd.edu.dz/cours_2as/fichiersPDF/Gestion Econ/ Gestion/ PDF2/F236_Gestion%20Contabilit%E9%20et%20Finance2_L03.pdf](http://www.onefd.edu.dz/cours_2as/fichiersPDF/Gestion%20Econ/Gestion/PDF2/F236_Gestion%20Contabilit%E9%20et%20Finance2_L03.pdf)

(3) - دليل اليونسترال بشأن التوقيعات الالكترونية والملحق الخاص به بتاريخ: 2001/12/12.

(4) - هذا الحياد تم تأكيده عند عرض مشروع قانون التوقيع الالكتروني على البرلمان الفرنسي، انظر:

Eric Caprioli, « Le juge et la preuve électronique », 10 janvier 2000., www.Juriscom.net.

ليُحوّل من دون إعطاء كل مرة تعريفا لكل محرر الكتروني على حدة؛ فالتوقيع الالكتروني كل توقيع يهدف إلى إبرام تصرف قانوني محتمل.

هذا التطور الذي عرفته الفاتورة، انتبه إليه المشرع الفرنسي سنة 1989 فأدرجها ضمن قانون المالية لسنة 1990 في المادة 47 منه⁽¹⁾، وأعقب هذه المادة صدور النص التنظيمي سنةً بعدها يحمل رقم: 91-579 الذي وضع من أجل تطبيق أحكام قانون المالية في مادته 47⁽²⁾، إلا أن هذه الأخيرة وبعد ثمان سنوات تم تعديلها بموجب القانون رقم: 98-546 المتعلق بأحكام النظام الاقتصادي والمحاسبي⁽³⁾، التي أدرجت ضمن قانون الضرائب في مواد 289 مكرراً، والتي عدّلت من جديد بموجب القانون 12-1510 لتصبح أكثر دقةً وتنظيماً⁽⁴⁾. ومن خلال كل تلك التعديلات اتجه موقف المشرع الفرنسي إلى أن الفاتورة الالكترونية مطابقة قانوناً للفاتورة التقليدية بالشروط التي أحكمها بها.

(1) - Loi de finances pour l'année 1990, N°90/1169, 29 Décembre 1990.

(2) - Décret n°91/579 du 20 Juin 1991 relatif à la transmission de facture par voie télématiques.

(3) - La loi n°98/546 du 2 Juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et fiscal.

(4) Art.289 bis: «VI. -Les factures électroniques sont émises et reçues sous une forme électronique quelle qu'elle soit. Elles tiennent lieu de factures d'origine pour l'application de l'article 286 et du présent article. Leur transmission et mise à disposition sont soumises à l'acceptation du destinataire.

VII. -Pour satisfaire aux conditions prévues au V, l'assujetti peut émettre ou recevoir des factures:

1° Soit sous forme électronique en recourant à toute solution technique autre que celles prévues aux 2° et 3°, ou sous forme papier, dès lors que des contrôles documentés et permanents sont mis en place par l'entreprise et permettent d'établir une piste d'audit fiable entre la facture émise ou reçue et la livraison de biens ou prestation de services qui en est le fondement ;

2° Soit en recourant à la procédure de signature électronique avancée définie au a du 2 de l'article 233 de la directive 2006/112/ CE du Conseil du 28 novembre 2006 précitée en ce qui concerne les règles de facturation. Un décret précise les conditions d'émission, de signature et de stockage de ces factures ; ...3° Soit sous la forme d'un message structuré selon une norme convenue entre les parties, permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traité automatiquement et de manière univoque, dans des conditions précisées par décret ».

الفرع الثاني: وظائف الفاتورة

يرى الفقه بأنه يمكن إجمال دورها فيما يلي⁽¹⁾:

يعهد لها بوظيفة إثبات المعاملة التجارية، وذلك ما نصت عليه المادة 30 من القانون التجاري الجزائري: "يثبت كل عقد تجاري: ... بفاتورة مقبولة". وهي فكرة أكدها المشرع التجاري بتعديله للقانون التجاري بموجب المرسوم التشريعي 08-93 المؤرخ يوم: 25 أبريل 1993 الذي يعدل ويتم القانون التجاري (المادة 216)، والذي على نص أنه: "يمكن أن تشمل كذلك التسوية القضائية أو الإفلاس تكليف المدين بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه، ولا سيما ذلك الدين الناتج عن فاتورة قابلة للدفع في أجل محدد".

كما تعتبر الفاتورة في هذه الحالة أداة لإعلام المتلقي أو العميل بالمبلغ الذي هو مدين به للتاجر، ومن ذلك ما نصت عليه المادتان: 07 و 08 من المرسوم التنفيذي 468-05 التي تبين ما على الزبون من التزامات باتجاه التاجر إذا تعلق الأمر بتكاليف النقل التي تقع على العميل، وكذا في حالة الزيادة في السعر والفوائد المستحقة عند البيع بالآجال والتكاليف التي تشكل عبئا على لبائع كأجور الوسطاء والعمولات والسمسة وأقساط التأمين عندما يدفعها البائع.

ويصعب الأمر إلى حد ما إذا تعلق الأمر بالسماسة أين لا يمكنهم القيام بفوترة خدمة أو سلعة ليسوا أصحابها، بمعنى أنهم يقربون وجهتي نظر طرفي المعاملة من أجل إنجاز التصرف المطلوب بين العميل والمحترف أو حتى المحترفين أنفسهم، وبالتبعية لا يقوم التزام السمسار بتحرير فاتورة في هذه الحالة، ومثالها موقع الكتروني خاص بالمزاد العلني الذي يقترح على العميل إعلان مبيعاته على نفس الموقع الذي يرتاده الكثير من المشتريين، فينقده العقد بشكل مباشر بين البائع والشخص الذي رسا عليه المزاد.

(1) – Lamy, Droit économique, 2002, n°1524.

وقد تبني المشرع الفرنسي هذا المبدأ في قانون الضرائب في مادته 39، أين اعتبر أن الوسيط المتدخل في إرسال الفاتورة الالكترونية أو مقدم خدمة الفاتورة من الناحية التقنية لا يعتبر وسيطا متى لم يدخل في تحرير بيانات الفاتورة أو يقوم بتعديلها بنفسه، كما رصد المشرع الجزائري نفس المبدأ في المادة 345 مكرر 14 من القانون التجاري عند تنظيم عقد تحويل الفاتورة، الذي بموجبه تسدد الشركة لفائدة زبونها المسمى المنتمي لمجموع فواتيره لأجل محدد كما تتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك مقابل أجر يؤديه الزبون لهذه الشركة⁽¹⁾. كما أن المادة 2 من المرسوم التنفيذي 05-468 تلزم تحرير الفاتورة بين الأعوان الاقتصاديين، والأمر جوازي فيما يتعلق بالمستهلك، فتحرر إذا طلبها من المحترف.

والمشرع الفرنسي في قانون الضرائب وضع سقفاً أو نصاباً في حالة تجاوزه يجب تحرير الفاتورة، وقيدها على كل تصرف يتجاوز 15,24 € أورو، علماً أن الأمر جوازي إذا قلّ مبلغ الفاتورة عن ذلك. وأوجب المشرع الفرنسي أن تحرر الفاتورة في نسختين وتحفظ على الأقل لمدة سنتين، عكس المشرع الجزائري الذي لم يحدد عدد النسخ واكتفى في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 95-331 بإجازة مسك وقيدها في شكل دفتر أو أرومات، دون أن يحدد عدد النسخ ولا مدة حفظها، مما يتبدل على وجوب تحريرها في نسختين على الأقل، تسلم الأولى للزبون والثانية تحفظ للمحاسبة، وإن كانت الممارسة العملية للعون الاقتصادي تتطلب عدة نسخ، كلك التي تحفظ في أرشيف المؤسسة أو تلك التي تسلم لمصلحة الضرائب، وأخرى لمصلحة المخزن، وغيرها.

(1) - لبيان هذا الدور وطبيعة هذه الفاتورة أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم: 95-331 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995، المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير، ج.ر. عدد: 64، بتاريخ: 29 أكتوبر 1995. وحسب هذا المرسوم تقوم الشركة المسماة محولة الفواتير بعمليات تحويل الفواتير في إطار مهنتها العادية حسب مفهوم المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري، وأن نفس المادة تسمى هذه الشركة أو هذا العون الاقتصادي "الوسيط" في حين أن هذا المرسوم التنفيذي يصطلح عليها طبقاً للمادة 2 منه: "تعتبر محولة الفواتير...".

فضلا عما سبق، للفاتورة وظيفة مالية ومحاسبية واقتصادية، إذ هي أداة هامة تكون في يد الإدارة الضريبية لمراقبة مدى خضوع المحترف للقوانين الضريبية، خصوصا إذا قام المستفيد من الفاتورة بتبرير مشترياته أمام هذه الإدارة من أجل خصم الضريبة، فهذا الإجراء يثبت سوء نية المحترف من حسنها، أما الوظيفة الاقتصادية فتكمن أساسا من ناحية الكشف عن الأسعار ووضوحها وعلاقتها بحماية المستهلك والمواد المقننة والمدعمة من طرف الدولة (بالنسبة للسلع الاستراتيجية التي تتدخل الدولة في تحديد سعرها).

الفرع الثالث: الشروط المطلوبة في الفاتورة التقليدية

اشتراط المشرع الجزائري جملة من الشروط يجب توفرها في الفاتورة، منها ما يرتبط بالبائع ومنها ما يرتبط بالمشتري؛ وذلك حتى ترتب الفاتورة آثارها القانونية، ومن ثم تستجمع الفاتورة شروطها وبياناتها القانونية المطلوبة في المرسوم التنفيذي 05-468، وبعدها يحفظها التاجر بترتيب متناسق رقيا وزمنا حتى يسهل الرجوع إليها.

وإذا كانت البيانات المطلوبة في الفاتورة التقليدية واضحة للمرء فإن الفاتورة الالكترونية -حتى نطلع على جميع بياناتها- لا تكون في متناول المرء إلا إذا كانت مقروءة على جهاز الكمبيوتر أو بواسطة برنامج معلوماتي يتيح الرجوع إليها؛ ولهذا السبب بالتحديد اشتراط المشرع الفرنسي في المادة 47 فقرة 2 من قانون المالية لسنة 1990 على الإدارة مصدرية الفاتورة أن تطلب بيانات العميل تحت مسؤوليتها، على أن تطبع بعدها على مستند ورقي. غير أن المشرع الفرنسي تدارك هذا الإشكال وأجاز حفظ تلك البيانات على أي سند مهما كان نوعه شريطة أن يحفظ أصل المحرر من أي تعديل⁽¹⁾.

كما أن رقابة المعلومات المدلى بها طرحت إشكالا آخر في مدى صحتها، أو حتى

(1)- Art.47§2: «Les informations émises et reçues doivent être identiques. Sur demande de l'administration, elles sont restituées en langage clair par l'entreprise émettrice et par l'entreprise réceptrice. Si l'administration le demande, la restitution des informations est effectuée sur support papier».

إذا كانت صحيحة قد تتقاعس الجهة مصدرة الفاتورة في كتابة البيانات المطلوبة قانونا أو عدم ذكرها جزئيا. هذا الموقف تداركه من جديد المشرع الفرنسي واشترط قبل اللجوء للفوترة الالكترونية طلب رخصة مسبقة من إدارة الضرائب من أجل الاستعانة بأنظمة الفوترة الالكترونية.

هذا النظام يخضع للرقابة الدورية لإدارة الضرائب من حيث المعلومات المسجلة والمخزنة في شكلها الأصلي، وتخضع للرقابة من حيث ترتيبها وفهرس إصدارها من الجهة المصدرة ورقم ترتيب استلامها من طرف الجهة المستلمة. وهاتان الجهتان ملزمتان بحفظ الفواتير في شكلها الورقي بالبيانات المشترطة في المادة 3 من المرسوم 91-579 خصوصا منها - بالإضافة إلى ما هو مطلوب سلفا- ذكر ساعة وتاريخ إرسال الفاتورة، وذكر ساعة وتاريخ استقبال الفاتورة ورقم الاستلام... وكل البيانات التي من شأنها أن تصدر عن الجهاز المعلوماتي، أما البيانات المطلوبة في النظام المعلوماتي في حد ذاته المستعمل في إصدار وإرسال الفواتير، فتضيف نفس المادة ذكر تاريخ إنشاء الملف المعلوماتي وطبيعة البرنامج المعلوماتي المستعمل وطبعة إصداره⁽¹⁾.

غير أن هذه الشروط القانونية أصبحت شروطا اتفاقية وعقدية بموجب القانون رقم 94-126 بتاريخ: 1994/02/11، المتعلق بمبادرة المؤسسات الخاصة، وقد أجاز هذا

(1) -Art.3: « La liste récapitulative des messages prévue au III de l'article 47 de la loi précitée comporte au minimum les mentions suivantes:

a) Pour ce qui concerne les informations relatives aux factures:

- la date et le numéro de la facture;

- la date et l'heure d'émission ou de réception de la facture;

- un numéro de réception;

- les montants hors taxes et toutes taxes de la transaction, ainsi que le code monnaie lorsque la facture n'est pas libellée en francs français;

- les identifiants de l'émetteur et du récepteur donnés par le système de télétransmission;

b) Pour ce qui concerne les informations relatives au système de télétransmission:

- la date d'édition de la liste ;

- la version du logiciel utilisée.

L'édition de cette liste intervient lors de chaque télétransmission ou au moins une fois par jour lorsqu'il y a eu télétransmission».

القانون التعامل الاتفاقي بين المؤسسات والإدارات إذا سبقها اتفاق ينظم علاقتهم⁽¹⁾. ثم إن مدة حفظ الفاتورة، حتى وإن لم يحددها القانون، فإن المشرع الجزائري رصد هذه المدة بطبيعة الخدمة أو المنتج؛ فتتقدم طبقاً لأحكام القانون المدني بحسب طبيعة التصرف ما إذا كان توريداً أو أشغالا أو غيرها⁽²⁾، وفي مادة الضرائب جعل تقدم الحقوق الضريبية بمضي أربع سنوات، ومن ثم إذا تعلق الأمر بأي منازعات بهذا الشأن، فإنه يستوجب على صاحب المصلحة حفظ الفاتورة لمدة لا تقل عن المدة المقررة لسقوط الحقوق الضريبية بالتقدم⁽³⁾؛ لهذا يظهر الدور الهام والمتعدد الذي تلعبه الفاتورة من ناحية الإثبات. ومن ثم نجد أن البيانات الخاصة بالفاتورة نوعان هما:

(1) - La loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

(2) - المادة 308 وما يليها من القانون المدني.

(3) - وتختلف المدة باختلاف الجهة وطبيعة الضريبة، ومثالها ما نص عليه أمر رقم 104-76، مؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 الموافق 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون الضرائب غير المباشرة، وهي المواد التالية:

المادة 558: «إن دعوى استرداد المبالغ المحصلة بلا حق وبصفة غير قانونية نظراً لخطأ الأطراف أو الإدارة، تتقدم بمرور أجل أربع سنوات ابتداء من يوم الدفع». المادة 559: «عندما تصبح الحقوق قابلة للاسترداد بسبب حدث لاحق لدفعها، فإن بدء التقدم المنصوص عليه في المادة 558 أعلاه، يؤجل إلى اليوم الذي وقع فيه هذا الحدث». المادة 560: «إن الطلبات في الاسترداد يحق ويحكم فيها تبعاً للإجراءات الخاصة بكل إدارة معنية». المادة 561: «ينقطع التقدم عن طريق طلبات يتم تبليغها بعد فتح الحق في استرجاع المبالغ. وينقطع التقدم أيضاً عن طريق طلب مسبب يقدمه المكلف بالضريبة إلى مدير الضرائب للولاية المختص بواسطة رسالة موصى عليها مع إشارة بالاستلام».

وتتقدم طبقاً لقانون الإجراءات الجبائية حسب المادة 39: «يحدد الأجل الذي يتقدم فيه عمل الإدارة، بأربع (4) سنوات، إلا في حالة وجود مناورات تدليسية، وهذا بالنسبة لما يأتي: تأسيس الضرائب والرسوم، وتحصيلها؛

القيام بأعمال الرقابة؛ قمع المخالفات المتعلقة بالقوانين والتنظيمات ذات الطابع الجبائي».

المادة 40: «كل إغفال أو خطأ أو نقص في الضريبة يتم اكتشافه إثر تحقيق، يمكن، دون المساس بالأجل المحدد في المادة 39 أعلاه، تسويته قبل انقضاء السنة الأولى التي تلي سنة تبليغ اقتراح الرفع في الضريبة بالنسبة للسنة المالية المتقدمة».

أ- البيانات المطلوبة في البائع/العون الاقتصادي حسب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 05-468؛ وهي المعلومات الخاصة بالتاجر أو العون الاقتصادي، وتمثل أساسا في اسم ولقب الشخص الطبيعي، وتسمية الشخص المعنوي وعنوانه التجاري، والشكل القانوني للعون الاقتصادي، وطبيعة النشاط ورأس المال الشركة وطريقة دفع مبلغ الفاتورة وتاريخ تحريرها ورقم تسلسلها، كما ألزم المشرع التاجر أن يسمي السلع المبيعة وكميتها و/أو تأدية الخدمات المنجزة وسعرها الحدودي وجميع الرسوم والضرائب عليها، يضاف إلى ذلك ذكر جميع التخفيضات أو الاقطاعات أو الانتقاصات الممنوحة للمشتري... الخ.

ب- البيانات المطلوبة في المشتري حسب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 05-468. تنقسم حسب طبيعة الشخص المقتني للخدمة أو السلعة فيما إذا كان عونا اقتصاديا أو مستهلكا، فالفاتورة تحتوي على ذكر بيانات المشتري ولقبه وعنوانه، وتسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري والشكل القانوني وطبيعة والنشاط الذي يمارسه. واشترطت التشريعات الأوروبية تاريخ تأدية الخدمة أو تسليم البضاعة ولا تكتفي بتاريخ تحرير الفاتورة، بل توجب ذكر تاريخ دفع المبلغ أو التسبيق وتاريخ إجراء الخصومات وذكر ما إذا كان الزبون مدينا، مع التنبيه إلى حالة ما إذا استفاد الزبون من إعفاء من الضريبة، مع الإشارة إلى قانون الدولة الداخلي الذي يعفيه إذا وجد أو ينظر إلى الاتفاقية الثنائية بين دولتين. ويعني المشرع الأوروبي التاجر من وضع توقيع وختمه على الفاتورة، وإن كان هذا يتعارض مع طبيعة الفاتورة الالكترونية التي تشترط أن توقع الكترونيا المادة 2 فقرة 2 بند ب، عندما نص على أنه لا يجوز للدول الأعضاء أن تفرض على الأطراف أن يوقعوا الكترونيا⁽¹⁾.

(Les états membres n'imposent pas la signature des factures.)

(1) - Art.2§2-b: «...Les États membres n'imposent pas la signature des factures...». La directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

المطلب الثاني: القيود الخاصة بتحرير الفاتورة الالكترونية

ينبغي أولاً التنبيه على أن الفاتورة الالكترونية يجب تستجمع شروط الفاتورة التقليدية، هذه النظرة أكدها المشرع الفرنسي في تنظيم الإصلاحات الضريبية سنة 1999 خصوصا النصوص التنظيمية منها الصادرة عن إدارة الضرائب بتاريخ: 12 ماي 1999⁽¹⁾، وبموجبه انتقلت فرنسا من مرحلة الرخصة المسبقة إلى مرحلة التصريح القبلي أو المسبق (التمثلة في رخصة مسبقة من إدارة الضرائب من أجل الاستعانة بأنظمة الفوترة الالكترونية التي استحدثها قانون المالية الفرنسي لسنة 1990). ألزمت هذه التعليمات التصريح خلال مدة لا تقل عن عشرة أيام تبدأ من يوم تشغيل نظام الفوترة الذي يجب أن يتضمن وصفا للنظام المعلوماتي المستغل الذي لا بد من مطابقته للمعايير المعتمدة، وأن يرفق هذا النظام بالبيانات الخاصة بالشركة (اسم الشركة، طبيعتها القانونية، ومقرها الاجتماعي... الخ)⁽²⁾.

ويشترط في الفاتورة الالكترونية جملة من الشروط الخاصة حتى تستجمع عناصرها وتكون مقبولة في الإثبات، وبنيتها كما يلي:

الفرع الأول: القيود الشكلية

تمثل أساسا في التصريح المسبق أمام إدارة الضرائب باستعمال المعلوماتية في إنشاء وإرسال الفواتير وحفظ الالكترونية، مع ضرورة التقيد بكتابة كل البيانات الضرورية في الفاتورة والمنصوص عليها قانونا وتنظيميا، كما قد يضاف قيد شكلي آخر بخصوص إعلام الطرف المتلقي أو الذي صدرت بحقه الفاتورة بأنه ستحرر له

(1)- Instruction de la Direction Générale des Impôts de France du 1^{er} Juillet 1999, Disponible sur: http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-entreprise-affaires/39-1999/I01_PS_SJE_SJE9939II01.htm

(2) - كما هو منصوص عليه في المادة 03 من المرسوم: 468-05. وأضافت المادة 593 قانون تجاري جزائري: "يطلق على شركة المساهمة تسمية الشركة ويجب أن تكون مسبوقة أو متبوعة بذكر شكل الشركة ومبلغ رأسمالها. ويجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة".

فاتورة في شكلها الالكتروني، والمشرع الأوروبي في هذا المضمار يكتفي بالقول بإعلام المستلم، ولا ينص على قبول الفاتورة في شكلها الالكتروني بنص المادة 22 من مشروع التوجيه الأوروبي⁽¹⁾.

كما قد تفسر نية المشرع الأوروبي بضرورة توقيع الفاتورة الكترونياً بتوقيع محمي⁽²⁾، وبحينا لنص المادة 2 من التوجيه الأوروبي 1999-93 بشأن التوقيع الالكتروني، الذي يعرف التوقيع الالكتروني حسب نص المادة 02 فقرة 02 من التوجيه الأوروبي بأنه:

"يقصد بالتوقيع الالكتروني المحمي، كل توقيع استوفى الشروط التالية:

- أن يرتبط التوقيع بشخص الموقع حصراً.
- أن يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع.

(1)-Art.3.1.3. de proposition de directive: « La facturation électronique (article 22, paragraphe 3, point c):

Le futur cadre juridique en matière de facturation doit également tenir compte du développement des nouvelles technologies. C'est pourquoi le point c) du paragraphe 3 de l'article 22 pose désormais le principe général selon lequel une facture peut-être transmise sur tout support, qu'il soit matériel ou électronique (sous réserve d'une information préalable du destinataire lors de la conclusion de la transaction dans ce dernier cas), et ce afin d'assurer la plus grande neutralité possible ».

(2) Art2: « soit au moyen d'une signature électronique avancée au sens du point 2) de l'article 2 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (****). Les États membres peuvent, toute- fois, demander que la signature électronique avancée soit basée sur un certificat qualifié et créée par un dispositif sécurisé de création de signature au sens de l'article 2, points 6) et 10), de la directive précitée ». Directive 1999/93 du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E, L.13 du: 19 Janvier 2000.

لتفصيل أكثر في هذه النقطة راجع:

D. GOBERT et E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», DA/OR, 2000, n° 53, pp. 17-39.

ANTOINE et D. GOBERT , « La directive européenne sur la signature électronique: vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », J.T.D.E., 2000, n° 68, pp. 73-78.

وكذلك: د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2002، ود. أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، ود. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق.

- أن يكون قد أنشأ بوسائل تبقى تحت رقابة الموقع الحصرية.
- أن يرتبط التوقيع بالبيانات التي يحيل إليها على نحو يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها⁽¹⁾.

والتوقيع الإلكتروني المحمي هو ذلك التوقيع الذي يصدر عن موثق إلكتروني مكلف بالفاتورة الإلكترونية، ولا يمكن منحه إلا بشهادة الكترونية تصدر عنه طبقاً للمادة: 2 فقرة 9 من نفس التوجيه الأوربي⁽²⁾، وهذا ما يجسد تناقضا وقع فيه المشرع الأوربي بين التسهيلات التي يرغب في وضعها من أجل تبسيط العمل بالفاتورة الإلكترونية التي تحكمها عدة قوانين وبين اشتراط التوقيع الإلكتروني المحمي وعلاقته بنفاذ الفاتورة الإلكترونية.

الفرع الثاني: شرط استرداد الفاتورة الإلكترونية

ومعنى ذلك قراءة الفاتورة عند طلبها عن طريق الكمبيوتر بالطريقة التي أنشئت وحفظت بها، والقراءة على شاشة الكمبيوتر أو عند طبعها من جديد على سند ورقي، وتظهر أهمية هذا الشرط بعد تخزين الفاتورة لمدة معينة ويتم طلب قراءتها إلكترونياً عند الحاجة لها، كما لو كان الأمر يتعلق بالرقابة من الإدارة الضريبية أو مطابقة النسخة للأصل المحفوظ إلكترونياً مع وجوب أن يحفظ أصل المحرر أو الفاتورة. إذ بمجرد نظرة بسيطة أو مقارنة أبسط بين النسخة وأصلها يظهر الفرق بين النسخة الإلكترونية والنسخة المطبوعة.

(1)- Art.02§02: «On entend par signature électronique avancée, une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

- a) être liée uniquement au signataire;
- b) permettre d'identifier le signataire;
- c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif;
- d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable».

(2)- Art.2§ 9 «certificat», une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne».

الفرع الثالث: حفظ وتخزين الفاتورة في شكلها المرسل والمستلم مع إمكانية رقابتها من طرف إدارة الضرائب⁽¹⁾ وتخصيص سجل عام للفواتير الالكترونية⁽²⁾

يقصد بذلك وضع سجل الكتروني للفواتير أو نظام لمعالجة المعلومات الخاصة بكل فاتورة على حدة بشكل مرتب ومنظم تصاعديا وزمنيا⁽³⁾، ولا يشترط أن يكون هذا السجل مطبوعا على ورق، ويجب أن تحوي هذا السجل على الأقل رقم وتاريخ الفاتورة والمبلغ خارج الرسوم وبكل الرسوم وبيانات التاجر والعميل وطبيعة

(1)- Art.189 de code des impôts francais:

«V.-L'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité de la facture doivent être assurées à compter de son émission et jusqu'à la fin de sa période de conservation.

VI.-Les factures électroniques sont émises et reçues sous une forme électronique quelle qu'elle soit. Elles tiennent lieu de factures d'origine pour l'application de l'article 286 et du présent article. Leur transmission et mise à disposition sont soumises à l'acceptation du destinataire».

(2) - وقد تم النص على التعاقد بخصوص اختيار مقدم خدمات الكترونية لإنشاء سجل الكتروني، ولما كان من التزامات التاجر مسك الدفاتر التجارية فهناك من يريد نقل هذا الالتزام إلى الكمبيوتر بإقامة أرشيف الكتروني، إلا أن ولوج هذا الأخير يبقى صعبا سيما قواعد البيانات لتعلقها بمبدأ الخصوصية، فقواعد غرفة التجارة الدولية تلزم كل طرف في المعاملة الالكترونية أن يقيّد سجلا خاصا بكل معاملته التجارية التي تتم على مستوى الشبكات الإلكترونية على نحو ترتب زمنيا كل رسالة بيانات وارداة أو مرسلّة، إلا أن الراجح يغلب فكرة الغير الموثق أو المصادق كطرف ثالث والذي أشار إليه القانون النموذجي للأمم المتحدة والمتعلق بالتجارة الالكترونية، د. فاروق محمد محمود الأباصيري، المرجع السابق، ص 86.

(3) - المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2002 على أنه:

"نظام معالجة المعلومات: النظام الالكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو تسلمه أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر"، أو هو نظام المعلومات الالكتروني بحسب تعبير المادة 02 فقرة 06 من قانون دبي للمعاملات الالكترونية رقم 02 لسنة 2002 على أنه: " نظام الكتروني لإنشاء أو استخراج أو إرسال أو استلام أو تخزين أو عرض أو معالجة المعلومات أو الرسائل الكترونيا" يعد قانون إمارة دبي رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية القانون الأوسع تحديدا وتعبيرا وتنظيما للسجل الالكتروني، إذ نص على ذلك من خلال تخصيصه لمادتين، المادة 03 والمادة 05 بنصها: " كل سجل أو معاملة الكترونية لها علاقة بالتجارة الالكترونية إلا أن ما يحسب له هو نص المادة 04 التي ضمنها نطاقا لم ينص عليه قانون آخر بنصها: "يراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها".

برنامج المعلوماتية ورقم الإصدار.

ويمكن حفظها في عدة أماكن وعدة مستندات كأن يتعلق الأمر بمقدم خدمة الفوترة الالكترونية (الموثق الالكتروني) أو بالقرص الصلب داخل جهاز الكمبيوتر Disque Dur أو في قرص مضغوط شريطة إمكانية طبعه لا تعديله على ورق أو شاشة الكمبيوتر، وثير فترة حفظها إشكالات متعددة، وتختلف من مدة إلى أخرى ومن دولة إلى أخرى وبحسب الحاجة للفاتورة، وهذا لمدة لا تقل عن تلك المحددة في التشريعات أو على الأقل عن تلك المدة المقررة لتقادم الحق حسب طبيعته كما لو كان معاملة بين تجار أو المطالبة بحقوق ضريبية (لدواع محاسبية وجبائية)... الخ. كما يجب على المحترف أن يسهل عمل إدارة الضرائب في حالة الرقابة أو في حالة طلب الاطلاع على الفواتير ومقارنتها بالتصريح بالمداهيل التي يجرها التاجر دوريا مع إدارة الضرائب. وفي حالة عجز التاجر وإدارة الضرائب عن ولوج السجلات الالكترونية فقد تلغى الفاتورة ولا يترتب عليها أي أثر كما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الضرائب.

إلى جانب هذا، نجد أن مكان حفظ الفواتير على مستوى الشبكات المعلوماتية لا يثير إشكالا البتة متى كانت الفاتورة متاحة وقابلة للقراءة الالكترونية والفحص والاسترداد من أي مكان نلج منه الشبكة الالكترونية.

الفرع الثالث: شروط الفاتورة الالكترونية إذا كانت عابرة للحدود

ظهرت أو بدأت تظهر معالمها في دول الاتحاد الأوروبي خلال مرحلة التسعينات، أين أصبحت الفوترة الالكترونية مهنة مستقلة في حد ذاتها، وكانت بدايتها سنة 1977⁽¹⁾، وبعدها سنة 1988 عندما شرعت اللجنة الأوروبية بالمتنصر SLIM⁽²⁾ في تحضير مسودة التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ديسمبر 2001، تحت

(1) - Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, JO L 145 du 13.6.1977, pp. 1-40.

(2) -Simpler Legislation for Internal Market.

رقم: CE/2001/115، الذي يعدل ويتم التوجيه CE/77/388 المتعلق بشروط الفاتورة والضريبة على القيمة المضافة⁽¹⁾، ثم صدر التوجيه رقم: CE: 2006/112: المتعلق بالضريبة على القيمة المضافة⁽²⁾.

ما يضيف أن هذا التوجيه الأوربي يفترض تحرير الفاتورة الالكترونية من طرف المحترف نفسه أو من طرف ثالث (قد يكون مقدم خدمة التوثيق أو الآلية الالكترونية) طبقاً لنص المادة 2 البند 3⁽³⁾. كما أن نفس القانون ألزم الدول الأعضاء إعفاء الفواتير الالكترونية من التوقيع **Les états membres n'imposent pas la signature des factures**⁽⁴⁾.

والعلة في ذلك أن المشرع الأوربي وفي مشروع هذا القانون، برر أن الفاتورة الالكترونية مستند قانوني في حد ذاته، فهي ليست بحاجة لمهرها بالتوقيع⁽⁵⁾، بمعنى آخر أن الفاتورة ليست بحاجة للتوقيع؛ لكون الرسم على القيمة المضافة لا يحتاج إلى توقيع من أجل تثبيت وتكريس الحق عليها، ثم إن اشتراط التوقيع الالكتروني كآلية الكترونية قد يثقل من إجراءات تحرير الفاتورة الالكترونية.

والحال هذه أن هاته القوانين تصب كلها في الفاتورة التي تصدر في دولة أوربية وترتب آثارها القانونية في أكثر من دولة، وتعتبر فرنسا الدولة الوحيدة التي بقيت تمنع في تنفيذ هذه التوجيهات إلى غاية صدور توجيه سنة 2001؛ بسبب

(1) -Directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

(2) - Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.

(3) - Art.2,§2, point C, alinea 1: «Tout assujetti est tenu de s'assurer qu'une facture est émise, par lui-même, par son client ou,...une facture pour les livraisons de biens visées à l'article 28 ter, titre B,...

(4) - Art.2,§2, point C, alinea 17.

(5) - مشروع القانون متوفر على:

http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/french/proposals/taxation/com6502000/com2000_650-fr.pdf

نظامها الرقابي على الفواتير بالشكل الذي درسناه منذ حين. ولإصباح هذه الفواتير بنوع من المصدقية والحجية، يكون لزاما على المحترف أن يستعين بطرف ثالث يقدم خدمة الفوترة الالكترونية، حتى تنفادى الرقابة على ذلك وتفوتر بالطريقة التي يعتمدها هذا الطرف، ومن ثم لا تكون محل مساءلة قانونية إذا صادف وأن توقف الموقع عن العمل أو وقع خطأ في ذكر بيان أو إغفال البيانات المذكورة في القوانين السارية، بل إن الشركات تعفى حتى من التصريح بالفواتير الالكترونية لدى الإدارة الضريبية؛ لكون العملية تتم بشكل تلقائي.

بل أكثر من هذا، نجد أن المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر بتاريخ: 3 ماي 1999 اعتبر مستعملا لنظام الفوترة كل شخص، مؤسسة، مورد خدمات أو زبون، الذي يرسل ويستقبل فواتير الكترونية⁽¹⁾، دون أن يحدد مكان تواجد هذا الشخص، فالأمر كله يتعلق برسالة المعلومات أو البيانات التي تحمل في طياتها الفاتورة الالكترونية، وعلى هذا الدرب سار التشريع الأممي، فقد جاء في المادة الثانية من قانون لجنة الأمم المتحدة النموذجي للتجارة الالكترونية بأن المقصود برسالة البيانات هي البيانات التي يتم إنشاؤها واستلامها وتخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة كالبريد الالكتروني أو الفاكس أو التلكس،... الخ⁽²⁾. أو تعريف المادة 04 (ج/و) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بما يلي: "يقصد برسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد

(1)- Il entend par utilisateur: «les entreprises, fournisseurs ou clients, qui émettent ou reçoivent des factures télétransmises».

(2) - وهو ما ذهب إليه القانون النموذجي للأمم المتحدة للتوقيع الالكتروني الصادر في سنة 2001 في مادته 02 فقرة ج بقولها:

«c) Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées(EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie».

الالكفرونف أو البرق أو الفكس أو الكسخ الورقف...و نظام المعلوماء نظام لإنشاء رسائل البفاناء أو إرسالها أو فكفها أو فكزفنها أو معالجتها على أف نحو آخر...⁽¹⁾.

"وكفئرا ما فكسخدم البفاناء كمراءف للمعلوماء رغم الاختلاف فف المعنى والمفهوم والءالة⁽²⁾، فالمعلومة فكعف فف اللغة فكلم الشفء أف معرفته، واصطلاحا فكعف المعنى المسككج من البفاناء كسب ما كجرف العرف والخبرة، وهف فكعف أفضا بفاناء فكم فكلفها وفكسفرها بمعالجتها فكمكن ذوف الشآن من الكم على الظواهر والمشاهءاء- ففف الماءة الخلام الكف فم فكشغفها للاستفاءة منها فكسككج منها المعلوماء "informations"⁽³⁾.

وفصف الماءة 04 فقرة (ء) من اءفاقفة الأمم المكءة المكلفة باسككجاء الخطباء الالكفرونفة فف العقوء الالكفرونفة: "فكصد فكعبفر مكشئ الخطباء الالكفرونف الطرف الكف أرسل الخطباء الالكفرونف أو أنشأه قبل فكزفنه- إن كءء فكزفن- أو من قام بذلك فبابة عنه، ولكنه لا فشمك الطرف الكف فكصرف كوسفط ففما ففكص ذلك الخطباء الالكفرونف".

هءا الموقف أكءه اءفاقفة الأمم المكءة بشآن عكء البفك الكف للبضائع عن طرف ووسائل الاكصال الفورف أو المائف أو الفاكس أو بأفة اكصال فأف بها الكفولوجفا الكءفة ومنها الشبكات الالكفرونفة⁽⁴⁾ وفكطبك عليها أحكام اءفاقفة

- (1) - اءفاقفة الأمم المكءة المكلفة باسككجاء الخطباء الالكفرونفة فف العقوء الكفولة، قرار الكففة العامة A/RES/60/21 المكءة بالءورة 60، بفارفك: 09 ءفسمبر 2005.
- (2) - "وهف اسم المكفول من فكل "علم"، المكجم الوسفط، الكزه الأول، كجم اللغة العربفة، ص82؛ ء.عفففف كامل عفففف، كرائم الكمبفور وحقوق المؤلف والمصنفاء الفففة، الطبعة الكففة، 1999، ص16.
- (3) - ء. عففففف كامل عفففف، المرجع نفسه، وفكجل كذلك على الككفور هشام فرفء رسمف "قانون العقواء ومخاطر فكففة المعلوماء"، مككبة الآلاء الككفبة، أسفوط، 1995، هامش ص7.
- (4) - ء. محمد شكرف سرور، اءفاقفة الأمم المكءة بشآن البفك الكف للبضائع، ءراسة فف قانون الكفارة الكفولة، ءار النهضة العربفة، 1988، ص87.

الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية لسنة 2006⁽¹⁾.

ومنه يتضح جلياً ضرورة وجود اتفاقات بينية حول التبادل الالكتروني للبيانات Echanges des données informatisées على المستوى الدولي من أجل إرسال واستقبال الفواتير الالكترونية، ومن أهم ما يمثل ذلك: فروع شركات الطيران، الشبكة المالية SWIFT بين البنوك، شركات التأمين RINET وشركات حجز الغرف الفندقية... وغيرها. ومن هنا تتحد التجارة الالكترونية مع عالم الاتصال المعلوماتي من أجل إتمام تصرف قانوني بين طرفين غير متواجدين في نفس المكان أو لنقل يتواجدان بدولتين مختلفتين.

خاتمة:

من خلال دراستنا للفاتورة في شكلها التقليدي وشكلها الالكتروني، نجد أن هناك تبايناً في إجراءات الاستعانة وتحرير الفاتورة الالكترونية، ونخلص إلى أن هناك فرقاً في الشكل الذي تصدر فيه؛ فالمشرع ومن خلال المادة 30 من القانون التجاري اعتبر أنه يثبت العقد التجاري... بفاتورة مقبولة، والفاتورة المقبولة هي تلك

-
- (1) - ونصت على هذا الموقف المادة 20 من الاتفاقية بقولها: "01- تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة المتعاقدة طرفاً في هذه الاتفاقية، أو تصبح دولة متعاقدة فيها:
- اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها (نيويورك، 10 جوان 1958).
- اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع (نيويورك، 14 جوان 1974 والبروتوكول الملحق بها، فيينا 11 أفريل 1980).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 11 أفريل 1980).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية متعهدي خدمات المحطات النهائية للنقل في التجارة الدولية (19 أفريل 1991).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك 11 ديسمبر 1995).
- اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (12 ديسمبر 2001).

الفاكتور التي تنسجم وشروط المرسوم التنفيذي 05-468 المتعلق بالفاكتور.

وما أغفله المشرع الجزائري أن الفاتور التي تكون مقبولة لإثبات العقد التجاري حالياً في البيئة الإلكترونية، يجب أن تضاف إليها جملة من الشروط التي تتلاءم وطبيعتها كشروط الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وشروط نظام التصريح أو الرخصة المسبقين، ... وغيرها.

فإذا كانت الفاتورتان تشتركان في البيانات الخاصة بإنشائهما وتحريرهما، ولهما نفس الآثار القانونية المترتبة عنهما باعتبارهما سنداً تجارياً، فإنهما يختلفان من ناحية الشكل الذي تصدر به الفاتور الإلكترونية، ويختلفان من ناحية الإجراءات السابقة والتمهيدية لتحريرها، كالتصريح المسبق واستعمال برنامج معلوماتي خاص بالفورة مع شرط اعتماده من إدارة الضرائب، بل إنهما يختلفان حتى في مكان إصدارهما؛ مما يستتبع أن يختلف القانون الواجب التطبيق عليهما، مع التذكير باختلاف القاضي المختص بنظر النزاع الذي قد ينشأ بخصوصها.

ومن أبرز نقاط الخلاف التي أنتجت الفاتور الإلكترونية، ما يصب كله في الاعتراف بالفاكتور الإلكترونية خارج دولة الإقامة؛ لهذه الأسباب نجد أن عدة دول تصدر قوانين تنظم الفاتور الإلكترونية وتتجنب من خلالها الازدواج الضريبي. وتبنى مختلف الاتفاقيات المتعلقة بتفادي الازدواج الضريبي، ذات المعنى المقصود، على الأقل للوهلة الأولى عند الحديث عن البيع الإلكتروني، فليس بالضرورة أن يتواجد البائع بدولة تواجد المشتري، وإن كان الأمر يستثني مؤقتاً من الذكر البيع بالمراسلة أو البيع عن بعد. وهنا تكمن أهمية الفاتور على مستوى التجارة الإلكترونية، وإن كانت أهميتها تزداد حجماً بالنسبة لدولة البائع التي ترغب في تحصيل الرسم على القيمة المضافة كأفضلية أمام دولة أخرى، وبذلك تستفيد من الفاتور الإلكترونية كوعاء ضريبي، ولتفادي هذا الإشكال قد يؤخذ مؤقتاً بفكرة دولة تواجد الخادم الإلكتروني Serveur كمؤسسة قارة وثابتة، ومن ثم يترتب عليه

نشوء حق الدولة في تنظيم الفاتورة الالكترونية، وبالتبعية تحصيل الضريبة بتبني فكرة التواجد الافتراضي بدلا من قرينة المنظمة الثابتة⁽¹⁾.

بل أكثر من ذلك، ساعد البحث في تحديد الطبيعة القانونية للأعمال التجارية التي تستوجب تحرير فاتورة للعميل وفقا للمعايير التقليدية التي يترتب عنها تحديد النظام الضريبي المفروض على العمل التجاري، بمعنى أن بيع سلعة معينة يختلف عن بيع حقوق معنوية، والتي تختلف بدورها عن تقديم خدمة ما، كلها بحاجة لفاتورة عادية أو الكترونية، فإذا تحدد ما سبق سهل على إدارة الضرائب تتبع المحترف ومن ثم تحصيل الضريبة بين طرفين يتعاملان بشكل مباشر أي بالدفع الالكتروني للثمن وبدون وسيط بينهما، أي إن تحرير الفاتورة الالكترونية بدوره يساهم في اقتطاع الضريبة من المستهلك النهائي للخدمة أو السلعة أو تفرض الضريبة على المنتج باقتراض أنه هو المتعامل عبر الانترنت. فإذا كان الواقع العملي بهذا الشكل، وللمتعامل أو المحترف خياران يأخذ بهما معا وهما: أن يتختم عليه البحث عن توطين نشاطه بدولة تفرض ضريبة بنسبة أقل؛ أو أن يقوم بنفسه ليحصل الضريبة عند البيع الالكتروني.

ومما سبق نخلص إلى أن التوصيات الهامة بشأن هذا البحث تتمثل في: ضرورة فتح سوق عربية مشتركة تحكمها قواعد تجارية موحدة وتوطر عملية الفوترة قوانين متشابهة، فإذا كانت المعلوماتية موحدة تقنيا يمكن توحيد نظام الفوترة عربيا، كما نرى أن أهم التوصيات بخصوص وضع قوانين خاصة بالفوترة الالكترونية ما أوصت به منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية⁽²⁾، وقدمت نحسة حلول تكون ركيزة لأي نظام ضريبي وفوترة الكترونية على مستوى التجارة الالكترونية وهي: الفعالية، الثقة، البساطة، الشفافية والمرونة⁽³⁾، فإذا كرست هذه المبادئ فإن الفاتورة تحكمها نفس

(1) - يوجد رأي فقهي آخر يستبعد فرضية أن توريد المعلومات أو الإعلانات التجارية بدولة المشتري تعتبر من عناصر المنشأة للمنظمة الثابتة، لتفصيل أكثر راجع في ذلك:

J.P. Le Gall, « Internet: cyberfiscalité ou cyber paradis fiscal », 1998, p361.

(2) - L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE).

(3)-OCDE, « Electronic commerce: taxation framework conditions », disponible

=

القواعد والمبادئ القانونية التقليدية، وهذا ما يبرز لنا أهمية المقترحات السابقة عند تقديم نفس الضمانات ونفس المعاملة الضريبية مقارنة بالمعاملات المتعارف عليها، ومن ثم تكون الفاتورة الالكترونية بذات الفعالية التي تتمتع بها قرينتها التقليدية، علما أن بعض تطبيقات الانترنت لا تثير مشاكل في اقتطاع الضريبة مثل الضريبة المتقطعة من عمليات الإشهار التجاري على مواقع الانترنت.

قائمة المراجع

1- المراجع العامة:

أولاً: باللغة العربية:

- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة.
- د. عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، الطبعة الثانية.
- د. هشام فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الكاتبة، أسيوط، 1995.
- د. محمد شكري سرور، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، 1988.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2003.
- د. أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، 2002.
- د. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008.

sur: www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/news/ottawa.htm

- د. محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، عقود خدمات المعلومات، القاهرة، 1994.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2002.
- د. فايز عبد الرحمان الكندري: "التعاقد عبر الشبكات في القانون الكويتي"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، الامارات العربية المتحدة، 10 ماي 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، الجزء الثاني.
- د. إلياس حداد، السندات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- د. محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الالكترونية، دار النهضة العربية، 2001.

2- المراجع المتخصصة:

أولاً: باللغة العربية:

- د. مفلح القضاة، "حجية التوقيع الالكتروني في القانون المقارن"، ندوة التوقيع الالكتروني، النيابة العام لإمارة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ماي 2001، ص 04، متوفر على: www.dubaibpp.co.ae.
- رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، 2002.
- د. عطا عبد العاطي السنباطي: " الإثبات في العقود الالكترونية"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، 10-12 ماي 2003.

- محمد أبو العينين: " مقدمة في حسم منازعات التجارة الالكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات المختلفة"، مؤتمر التجارة الالكترونية، جامعة الدول العربية، 20-22 نوفمبر 2000.
- د. أحمد السعيد الزقرد: "حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19 العدد 03، سبتمبر 1995.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Guide, éd. 2001, pp.909-912, n° 4938-4946.
- Valérie SEDALLIAN, "Preuve et signature électronique", Juriscom.net, 9 mai 2000., <http://www.internet-juridique.net/>;ou <http://www.internet-juridique.net/>
- D. Gobert et E. Montero, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», J.T., 6000ième, 114 à 128, 17 février 2001.
- D.Gobert et E. Montero, «L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique», in J.T., 6000ième, 17 février 2001, 114.
- A.CRUQUENAIRE, « L'identification sur Internet et les noms de domaine », J.T., N° 6000, 17 février 2001.
- Eric CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », 10 janvier 2000., www.Juriscom.net.
- Lamy Droit économique, 2002, n° 1524.
- D. GOBERT et E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», DA/OR, 2000, n° 53
- ANTOINE et D. GOBERT , « La directive européenne sur la signature électronique: vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », J.T.D.E., 2000, n° 68.
- J.P. Le Gall, « Internet: cyberfiscalité ou cyber paradis fiscal », 1998.

3- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقوانين:

أ- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

أولا: باللغة العربية:

- اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها (نيويورك، 10 جوان 1958).

- اتفاقية فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع (نيويورك، 14 جوان 1974 والبروتوكول الملحق بهاK فيينا 11 أبريل 1980).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 11 أبريل 1980).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمسؤولية متعهدي خدمات محطات النقل في التجارة الدولية (19 أبريل 1991).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة (نيويورك 11 ديسمبر 1995).
- اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية (12 ديسمبر 2001).
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة A/RES/60/21 المتخذ بالدورة 60، بتاريخ: 09 ديسمبر 2005.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, Nations Unies, New York, 1997, المصدر: <http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm> ; Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.
- LA directive 1999/93 du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E, L.13 du: 19 Janvier 2000.
- La directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée.
- La directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée. L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE).
- C.N.U.D.C.I., Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique relatif aux travaux de sa trente-troisième session

- (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998. V. aussi, <http://www.un.or.at/uncitral/fr-index.htm>.
- Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, JO L 145 du 13.6.1977.
 - Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session (New York, 18-28 février 1997), A/CN.9/437, 12 mars 1997 ; Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rapport du groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente troisième session (New York, 29 juin-10 juillet 1998), A/CN.9/454, 21 août 1998.

4- القوانين الوطنية:

أولاً: بالعربية:

- الأمر رقم 76-104 مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق 9 ديسمبر سنة 1976 يتضمن قانون الضرائب غير المباشرة.
- القانون التجاري الجزائري.
- القانون المدني الجزائري.
- القانون رقم: 04-02 المؤرخ في: 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
- قانون المعاملات الالكترونية، رقم (85) لسنة 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم: 90-85 بتاريخ: 13/03/1990 المتعلق بأشكال الفوترة وشروطها، ج.ر. عدد 11، بتاريخ: 14/03/1990.
- المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في: 10 ديسمبر 2005 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصول التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج.ر. عدد 80، بتاريخ: 11/12/2005.

- المرسوم التنفيذي رقم: 95-331 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير، ج.ر عدد: 64 بتاريخ: 29 أكتوبر 1995، ج.ر. عدد 64 بتاريخ: 1995/10/29.

ثانيا: بالفرنسية:

- Loi de finances pour l'année 1990, N°90-1169, 29 Décembre 1990.
- La loi n°: 2000-230 du 13 Mars 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique., J.O., no 62, 14 mars 2000, p. 3968.
- La loi n°96-659 du 26 juillet 1996, Le contrôle étroit de l'État sur toute fourniture de produits de chiffrement. ; Décrets n° 98-101 et n°98-102 du 24 février 1998, Décrets n° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, complétés par six arrêtés du 13 mars 1998 sur la cryptographie.
- Décret n°91-579 du 20 Juin 1991 relatif à la transmission de facture par voie télématiques.
- La loi n°98-546 du 2 Juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et fiscal.
- La loi française n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.
- Instruction de la Direction Générale des Impôts de France du 1é Juillet 1999.
- L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE).
- OCDE,; « Electronic commerce: taxation framework conditions», disponible sur: www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/news/ottawa.htm

المسؤولية التأديبية للطبيب العامل بالقطاع الخاص

بقلم: د/ عشوش كريم *

الملخص

بغض النظر عن المسؤولية المدنية أو الجنائية المترتبة على عاتق الطبيب عند إخلاله بواجبه المهني، قد تترتب عليه أيضا مسؤولية من شأنها ضمان حسن سير العمل العلاجي، وسيلتها في ذلك عقاب الطبيب الذي يمس بشرف المهنة وبواجبات مهنته، وبالمبادئ والقيم المعنوية التي يفرضها العمل الطبي وأخلاقيات مهنة الطب، يُطلق عليها المسؤولية التأديبية.

إن هذه المسؤولية لا يمكن حصر حالاتها، إذ تقوم كلما كان هناك مساس بالمبادئ والقيم المعنوية للعمل الطبي، حينها تتم متابعة الطبيب وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، ووفقا لمدونة أخلاقيات الطب، فتُقرر حينئذ عقوبات تأديبية تتراوح بين: الإنذار، التوبيخ، المنع من الممارسة، وقد تصل إلى غلق العيادة أو المؤسسة الاستشفائية الخاصة.

الكلمات المفتاحية: طبيب، مسؤولية، تأديب، أخلاقيات الطب عقوبة.

Résumé:

Outre la responsabilité civile ou criminelle qui incombe le médecin qui ne respecte pas ses obligations professionnelles, il lui est aussi incombé une responsabilité qui a pour objectif la garantie du bon déroulement de la pratique médicale dont le moyen est la sanction du médecin qui touche à l'honneur de la fonction aux obligations professionnelles aux principes et valeurs morales qu'exige l'exercice médical et à la déontologie médicale, et on l'appelle la responsabilité disciplinaire.

On ne peut pas distinguer les cas de cette responsabilité elle

* أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.

s'expose chaque fois qu'il y'a atteinte aux principes et aux valeurs morales de l'exercice médicale ce moment, le médecin est poursuivi selon les procédures citées par rapport au code de la protection et de la promotion de la santé, ainsi qu'à la déontologie médicale.

Suite à ça, des sanctions disciplinaires sont infligées allant de l'avertissement, le blâme, l'interdiction de pratique jusqu'à la fermeture de la clinique ou de l'établissement hospitalier.

Mots clés : médecin, responsabilité, discipline, déontologie médicale, sanction.

Abstract:

Not with standing the civil or criminal liability that the doctor bears in case he fails to carry out his professional duties heis also obligated to perform good their aphetic work other wisehe maybe sanctioned for ethical breach and professional misconduct as well as offence to principales and moral values provided by the medical job and medical professional ethics code, that is called disciplinary liability.

Such liability is not restricted to some cases, it rather extends to any prejudices to principals and moral values of the medical job.

As such, the doctor shall be prosecuted under the provisions provided by the law of health protection and promotion, in compliance with the medical ethics.

Thus, the disciplinary sanctions differ from warning reprimand prohibition of practice up to the closure of the doctor surgery or the private hospital.

Key works: doctor, liability, discipline, medical ethics sanction.

مقدمة

إن ارتكاب الطبيب لأي خطأ، سيرتب حتما على عاتقه قيام مسؤولية، قد تكون مدنية أو جنائية، أو تأديبية.

فالمسؤولية المدنية للطبيب سواء كانت عقدية أو تفصيرية تُعرف بأنها: "التزام

الطبيب بالتعويض عن ضرر أصاب المريض من جراء عمله"⁽¹⁾.

أما المسؤولية الجنائية للطبيب فهي: "الالتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء نتيجة اعترافه فعلاً أو الامتناع عن فعل يشكل مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجنائية أو الطبية"⁽²⁾.

لكن قد تترتب على الطبيب مسؤولية أخرى، لا مدنية ولا جنائية، لا تقوم على مجرد الاعتبارات القانونية، بل تُوزن وتُقاس على أسس وتقاليد إدارية مستقلة، تُحيط بها اعتبارات لا تكشف عنها النصوص كظروف العمل، درجة وعي وثقافة من يتعامل معهم الطبيب من الجمهور، ومدى الأعباء الملقاة على عاتقه، والتدريب الذي تلقاه.

وبذلك سيتضح أن هذا النوع من المسؤولية وُضع لأسباب تتعلق بالنظام الداخلي والمصلحة العامة، للحفاظ على السلطة والجماعة التي ينتمي إليها الطبيب، وهي ما يُطلق عليها تسمية المسؤولية التأديبية للطبيب، التي تقوم على فكرة التأديب. فلم يكن معروفاً في السابق إلا إمكانية متابعة الطبيب جنائياً أو مدنياً، لكن تغيرت هذه المفاهيم وأصبحت ما يُعرف بالعقوبة التأديبية الناجمة عن قيام المسؤولية التأديبية، بعد متابعة الطبيب تأديبياً.

إذن ما هو مفهوم المسؤولية التأديبية للطبيب؟ وما هي إجراءات متابعة الطبيب العامل بالقطاع الخاص تأديبياً أمام نقابة الأطباء؟

سيتم الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال نقطتين: تتضمن إحداها مفهوم المسؤولية التأديبية للطبيب، بما في ذلك تعريفها وحالاتها، ثم في نقطة ثانية يتم التطرق لكيفية متابعة الطبيب تأديبياً من خلال توضيح إجراءات المتابعة، ثم ذكر أنواع العقوبات التأديبية المقررة.

(1) - عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، مصر، 1950، ص 41.

(2) - محمود القبلاوي: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 3.

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية التأديبية للطبيب

إذا أردنا حصر مفهوم المسؤولية التأديبية للطبيب، لا بد من التطرق أولاً إلى تعريفها، وكذا إلى حالاتها.

المطلب الأول: تعريف المسؤولية التأديبية للطبيب

التأديب هو مظهر من مظاهر الرئاسة الإدارية التي تفرضها طبيعة التنظيم الإداري. والتأديب هو الضمان الفعّال لاحترام العامل أو الموظف لواجبات عمله أو وظيفته.

ولمّا كان التأديب هو قوام المسؤولية التأديبية، أمكن تعريفها بصفة عامة بأنها: "المسؤولية التي تهدف إلى كفالة حسن النظام وحسن العمل في المرافق العامة، وسيلتها في ذلك عقاب الموظف الذي يُخل بواجبات وظيفته"⁽¹⁾.

بإسقاط هذا التعريف على ميدان المسؤولية الطبية، نقول إن المسؤولية التأديبية للطبيب هي: "المسؤولية التي تهدف إلى كفالة حسن سير العمل العلاجي في المستشفيات أو العيادات الخاصة أو خارجها، وسيلتها في ذلك عقاب الطبيب الذي يُخلّ بشرف المهنة وبواجبات مهنته وبالمبادئ والقيم المعنوية التي يفرضها العمل الطبي وأخلاقيات مهنة الطب"⁽²⁾.

مما يعني أنها مسؤولية لها علاقة ما بين الطبيب والمريض؛ فهي تنظم قانون مهنة الطب وقانون النقابة الطبية، أي ما للأطباء من حقوق وما عليهم من واجبات تجاه

(1) - عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 364.

(2) - انظر المادة 211 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، جريدة رسمية عدد 52 صفحة 1419 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 09 من القانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، جريدة رسمية عدد 35، المعدلة للمادة 267 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. تقابلها المادة 4121-2 من القانون رقم 02-203 المؤرخ في 04 مارس 2002 المتضمن قانون الصحة العمومية الفرنسي، والمادة 51 من القانون رقم 45 لسنة 1969 المتعلق بنقابة الأطباء المصريين.

المريض وتجاه زملائهم عند مزاولتهم مهنة الطب⁽¹⁾.

إذن المسؤولية التأديبية تنصب على الطبيب كونه محل المتابعة، ويعرف بأنه: "شخص عالم أو عارف بمعروف المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج الأمراض أو تخفيفها أو منعها أو العمل لاستعادة الصحة وحفظها"⁽²⁾.

وعمل الطبيب هو عمل علاجي يكمن في النشاط الذي يقوم به هذا الأخير على جسم الإنسان ومرضاه، على أن يتفق مع الأصول العلمية والقواعد المقررة في علم الطب، وذلك قصد معرفة المرض وعلاجه من أجل الشفاء أو تخفيف الآلام أو الحد منها أو الوقاية من المرض أو قصد المحافظة على صحة الإنسان أو تحقيق مصلحة اجتماعية⁽³⁾.

وإن كان طابع السلطة هو الأساس القانوني لولاية التأديب، فالطابع العقابي هو الهدف الأساسي لنظام التأديب، إذ ليس لهذا النظام غاية أخرى سوى حماية نظام الجماعة ومصالحها بالعقاب على ما يهددها من أوجه الانحراف.

فكما أنه من اللازم مكافأة الطبيب الجاد على اجتهاده بالترقية، فإنه من الضروري أن يعاقب الطبيب المهمل بالعقوبة المناسبة.

وأن مسؤولية الطبيب التأديبية لا تنصب فقط على ما تضمنته مدونة أخلاقيات الطب، بل على كل ما تُمليه المبادئ والقيم المعنوية التي تفرضها ممارسة الفن الطبي، والعمل العلاجي⁽⁴⁾.

(1) - ليلي عبد المنعم عبد المجيد: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 33.

(2) - أحمد شكري السباعي: مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، مطبعة ومكتبة الآمنية، الرباط، المغرب، 1989، ص 15.

(3) - رمضان جمال كمال: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 25.

3- Sylvie Welsch: responsabilité du médecin, édition jurisclesseur, Paris, France, 2002, p19.

المطلب الثاني: حالات المسؤولية التأديبية للطبيب

إذا كان الأمر سهلاً نوعاً ما عند محاولة حصر حالات المسؤولية العقدية أو التقصيرية للطبيب، فإن ذلك يصعب إذا كنا أمام المسؤولية التأديبية؛ نظراً لأن الأخطاء التأديبية غير واردة على سبيل التحديد أو الحصر.

وبالتالي يمكن القول إن المسؤولية التأديبية للطبيب تقوم في حالة الإخلال بواجب مهني أثناء ممارسة الطبيب لمهامه، ومساسه بالمبادئ والقيم المعنوية التي يفرضها العمل الطبي وأخلاقيات مهنة الطب، وأن هذه الواجبات والقيم والمبادئ يمكن استنباط معظمها من مدونة أخلاقيات الطب.

لكن مدونة أخلاقيات الطب لم تُحدد هذه الأخطاء، وأن المادة 211 منها نصت على إمكانية إحالة أي طبيب أمام الفرع النظامي الجهوي المختص عند ارتكابه لأخطاء خلال ممارسة مهامه، وهو نفس مفهوم المادة 09 القانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدلة للمادة 267 قانون حماية الصحة وترقيتها⁽¹⁾، وذلك بتعريض الطبيب لعقوبات تأديبية في حالة كل تقصير من قبل هذا الأخير في الواجبات وعدم الامتثال لآداب المهنة⁽²⁾.

وقد تكون المتابعة التأديبية حتى وإن كان الفعل المرتكب لا يترتب عليه ضرر⁽³⁾، كأن لا يحترم الطبيب مثلاً المقاييس اللازمة عند وضع لوحته المثبتة بمدخل العمارة المفروضة بـ 30/25 سنتيمتر⁽⁴⁾.

(1) - انظر المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 09 من القانون رقم 90-17 المعدلة للمادة 267 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

(2) - لا يختلف الأمر عن ما سار إليه المشرع المصري، إذ أبحاث المادة 51 من القانون رقم 45 لسنة 1969 المتعلق بنبابة الأطباء المصريين، للهيئة التأديبية حق متابعة كل طبيب ارتكب أموراً مخلة بشرف المهنة، أو تحط من قدرها.

(3) - انظر الفقرة الأخيرة من المادة 239 قانون حماية الصحة وترقيتها المستحدثة بالقانون 90-17.

(4) - انظر المادة 78 من مدونة أخلاقيات الطب.

وبالتالي لا يمكن تعميم أحكام المسؤولية المدنية على المسؤولية التأديبية، فإن تكلمنا عن الخطأ الطبي بصفة عامة والذي يُعتبر "تقصيراً في مسلك الطبيب" حسب ما عرفه باختصار الدكتور محمد حسين منصور⁽¹⁾؛ فإنه في ميدان المسؤولية التأديبية لا يقتصر الأمر على ما هو معروف فقط في نطاق قواعد المسؤولية المدنية أو حتى الجزائية، بل الأمر يتعلق بشرف المهنة وأمانتها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، لم يُحدد ما يمكن اعتباره من الأفعال الخلة بشرف المهنة وأمانتها، بل تركها بمفهومها الواسع؛ لتكون النظرة إليها من زاوية مرونة تأقلمها مع ما يسير تطورات وتغيرات المجتمع.

فالعمل الخُلُّ بشرف المهنة وأمانتها، هو الذي ينظر إليه المجتمع على أنه كذلك، وينظر إلى مرتكبه بعين الازدراء والاحتقار، فيعتبر مقترفه ضعيف الخلق، منحرف الطبع، دنيء النفس، ساقط المروءة. فهذا الفعل يكون وليد انحراف في الطبع، وتأثر بالشهوات أو النزوات، وسوء السيرة⁽²⁾.

وبالتالي فقيام الطبيب مثلاً بتحويل الزبائن أو حتى محاولة تحويل الزبائن، يُعد بمثابة فعل يُخالف شرف المهنة وأمانتها⁽³⁾. كذلك قيامه بنعت زميله بما من شأنه - بصفة عامة - أن يضر بممارسته لمهنته⁽⁴⁾، أو إفشائه للسر المهني، علماً أن السر المهني من الأمور الأكثر حرصاً في مهنة الطب⁽⁵⁾، كل ذلك يقيم المسؤولية التأديبية.

(1) - محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 16.

(2) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 368 و 395.

(3) - انظر المادة 62 مدونة أخلاقيات مهنة الطب، وهو نفس مضمون المادة 4127-25 من قانون الصحة العمومية الفرنسي.

(4) - انظر المادة 63 مدونة أخلاقيات الطب، وتقابلها المادة 48 من مدونة أخلاقيات الطب الأردني الصادرة بموجب القانون رقم 288 بتاريخ 22 فيفري 1994 التي تنص: "يُحظر على الطبيب الطعن بزميل له، أو التهمة عليه، أو نشر إشاعات تشهيرية عنه من شأنها الإضرار بممارسته المهنية".

(5) - انظر المادة 36 مدونة أخلاقيات الطب. وجاء في هذا السياق قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي

=

أكثر من هذا، أن المشرع الفرنسي جعل من إضاعة الطبيب لجزء أو لكل الملف الطبي من ضمن حالات المساءلة التأديبية، وهو ما يؤكد تشدده في ذلك⁽¹⁾. كما أن المشرع المصري هو الآخر، بصفة عامة، أكد أن أعراف وشرف المهنة هي مجال المسؤولية التأديبية⁽²⁾.

إذن مهنة الطب تعتبر من المهن التي تعتمد بالدرجة الأولى على الأخلاق قبل أي أمر آخر، ونظرا لنبهائها؛ تعين التشدد فيها لدرجة إمكانية متابعة الطبيب تأديبيا ولو لأبسط الأخطاء.

المبحث الثاني: إجراءات متابعة الطبيب تأديبيا والعقوبات الناجمة عن ذلك

عند متابعة الطبيب المرتكب لخطأ تأديبي، لا بد من إتباع إجراءات معينة، ثم تسليط عقوبة تأديبية عليه.

المطلب الأول: إجراءات متابعة الطبيب تأديبيا

لقد تم إنشاء مجلس وطني للأدب الطبية، بموجب المادة 267 من قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدلة بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، إذ بعد تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها تم وضع باب خاص في ذلك، وهو الباب التاسع تحت عنوان: "الأدب الطبية".

نتيجة الطعن الذي قدمه الطبيب ضد القرار المتخذ ضده، الصادر عن الغرفة الوطنية التأديبية، إذ جاء في إحدى حيثياته:

“... La production d'un tel certificat, qui formule un diagnostic précis au sujet d'une personne qui n'était pas la cliente de requérante, constitue une violation du secret médicale, lequel, selon l'article 11 du code de déontologie médicale concerne tout ce qui est tenu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession “ C.E ,4et lère sous-section- 7 février 1994. N° 121290, recueil Lebon.

(1) -Xavier Lesegretain et Stephanie Chassany: la protection juridique de l'hôpital, Berger Levrault, Nancy, France, 1999, p101.

(2) - عبد الوهاب عرفة: المرجع في المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة طبع، ص 172.

على إثر ذلكم، تم إنشاء مجلس وطني للآداب يتشكل من فرع الأطباء، فرع جراحي الأسنان فرع الصيادلة. فأصبح بيت في المخالفات المتعلقة بقواعد الآداب الطبية⁽¹⁾.

وأنة بعد صدور قانون أخلاقيات مهنة الطب، توضحت جيدا طريقة وإجراءات متابعة الطبيب تأديبيا⁽²⁾، وتم توضيحها بصفة دقيقة بموجب النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء الصادر في 2 نوفمبر 2006 عن المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب⁽³⁾.

فبداية يتم إيداع شكوى ضد الطبيب أمام الفرع النظامي الجهوي المختص⁽⁴⁾، بموجبها يقوم رئيس هذا الفرع عند تلقيه للشكوى بتسجيلها وإبلاغها للمعني بالأمر خلال خمسة عشرة يوما⁽⁵⁾، كما يقوم أيضا بتقديمها لمقرر لجنة التأديب⁽⁶⁾، فإذا لم يمثل الطبيب للاستدعاء الأول يُعاد استدعاؤه للمرة الثانية لاحتمال حضوره، وفي حالة تكرار غيابه يُفصل في غيبته⁽⁷⁾. وعادة ما يتخلف الطبيب المستدعى نتيجة عدم تلقيه للاستدعاء أو تلقيه متأخرا، وهذا ما جعل معظم الإدارات والجهات القضائية تعتمد في ذلك الاستدعاء عن طريق المحضر القضائي، ليكون أضمن نوعاً ما مقارنة بالطرق الأخرى.

(1) - انظر المادة 2/267 قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 90-17.

(2) - انظر المواد 210 إلى 221 مدونة أخلاقيات الطب.

(3) - انظر النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء الصادر عن المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب بتاريخ 02 نوفمبر 2006.

(4) - يتكون الفرع النظامي الجهوي من خمس لجان وهي: لجنة الأخلاقيات، لجنة ممارسة المهنة والكفاءات، لجنة الشؤون الاجتماعية والمالية، لجنة الديموغرافيا الطبية والإحصائيات واللجنة التأديبية، حسب ما نصت عليه المادة 67 النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(5) - انظر المادة 212 من مدونة أخلاقيات الطب.

(6) - تتكون لجنة التأديب من أربعة إلى ستة أطباء من القطاع الخاص والعام، ويحضر معهم مستشار قانوني يكون له صوت استشاري، وهو ما تضمنته المادة 83 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(7) - انظر المادة 213 مدونة أخلاقيات مهنة الطب، تقابلها المادة 86 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

ويمكن للطبيب الاستعانة في هذه الحالة بمدافع يكون زميلا له في المهنة، أو بحمام معتمد لدى نقابة المحامين، كل ذلك احتراماً لحق الدفاع وإحفاً للحق⁽¹⁾.
وعلى جهة التأديب أن تنظر في الشكوى، المطروحة على مستواها خلال أربعة أشهر من تاريخ إيداعها⁽²⁾.

يُتخذ القرار في الشكوى المطروحة بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مُرجحاً لإحدى الكفتين⁽³⁾. ويتم تبليغ الطبيب بالقرار المُتخذ عن طريق رسالة مضمنة إذا كان القرار المُتخذ ضد الطبيب غيابياً، ويحق لهذا الأخير رفع معارضة خلال عشرة أيام تسري ابتداءً من تاريخ التبليغ⁽⁴⁾. كما له الحق في رفع استئناف أمام الفرع النظامي الوطني إذا كان القرار حضورياً، على أن الاستئناف لا يُوقف التنفيذ.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن كلا من مدونة أخلاقيات الطب والنظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء، لم يُحدد أجل الاستئناف، ويمكن في هذه الحالة الرجوع إلى أحكام القانون 90-17 المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها التي حددته من خلال المادة 4/267 بستة أشهر⁽⁵⁾.

إنه في حالة رفع استئناف - علماً أنه يحق لكل طرف أن يستأنف سواء كانت وزارة الصحة، المريض، أو ذوي حقوقه، أو الطبيب المعني بالأمر- يتم عرض

(1)- انظر المادة 215 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، تقابلها المادة 87 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(2)- انظر المادة 216 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، تقابلها المادة 89 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(3)- انظر المادة 60 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(4)- انظر المادة 219 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، تقابلها المادة 91 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(5)- انظر المادة 4/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها المُستحدثة بالقانون 90-17.

الملف أمام الفرع النظامي الوطني⁽¹⁾ الذي يقوم رئيسه بطلب ملف الطبيب المعني بالأمر من رئيس الفرع النظامي الجهوي في أجل ثمانية أيام من تاريخ تلقيه للاستئناف⁽²⁾، ليحال الطبيب على لجنة التأديب⁽³⁾ بعد استدعائه في أجل خمسة عشر يوماً، فإذا لم يمثل يُعاد استدعاؤه مرة ثانية في أجل خمسة عشر يوماً أيضاً، وإلا يفصل في غيبته⁽⁴⁾.

ويمكن للطبيب في هذه الحالة أيضاً أن يستعين إما بمدافع، قد يكون زميلاً له، أو محام مُقيد بسجل نقابة المحامين، ويتعين أن يتم الفصل في الاستئناف في أجل لا يتعدى الستة أشهر من تاريخ رفعه.

يُمكن لجهة الاستئناف عند فصلها أن تقوم إما بتأييد أو تعديل أو إلغاء ما حكم به الفرع النظامي الجهوي⁽⁵⁾.

ويُتخذ القرار بأغلبية الأعضاء الحاضرين. وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مُرجحاً لإحدى الكفتين⁽⁶⁾.

ويجب تبليغ القرار المُتخذ من قبل الفرع النظامي الوطني للأطراف المتنازعة وللفرع النظامي الجهوي، ويحق الطعن فيه أمام مجلس الدولة في أجل سنة من

(1)- يتكون الفرع النظامي الوطني من خمس لجان وهي: لجنة الأخلاقيات، لجنة ممارسة المهنة والكفاءات، لجنة الشؤون الاجتماعية والمالية، لجنة الديموغرافيا الطبية والإحصائيات واللجنة التأديبية، حسب ما نصت عليه المادة 34 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(2)- انظر المادة 220 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، تقابلها المادة 45 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(3)- تتكون لجنة التأديب من ستة أطباء من القطاع الخاص والعام، ويحضر معهم مستشار قانوني يكون له صوت استشاري وهو ما تضمنته المادة 43 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(4)- انظر المادة 46 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(5)- انظر المادتين 49 و50 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(6)- انظر المادة 19 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

تاريخ التبليغ، وأن الطعن في هذه الحالة لا يُوقف التنفيذ⁽¹⁾، علماً أن مجلس الدولة يعتبر آخر درجة من إجراءات المتابعة.

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من مدونة أخلاقيات الطب والنظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء، لم يتضمنا حالة صدور القرارات الغيائية على هذا المستوى، غير موضحين إن كان يُسمح للطبيب برفع معارضة أم لا، تاركين فراغاً قد يسبب بعض الإشكالات العملية.

المطلب الثاني: العقوبات الناجمة عن متابعة الطبيب تأديبياً

يمكن لجهة التأديب أن تتخذ العقوبات التأديبية الآتية: الإنذار، التوبيخ، المنع من الممارسة، غلق المؤسسة⁽²⁾.

- الإنذار : وهو أخف العقوبات، فهو عقوبة تبقى دوماً في ملف الطبيب المعاقب، وينجر عن ذلك حرمانه من حق الانتخاب لمدة ثلاث سنوات.

والانتخاب المقصود هنا، الانتخاب الذي يتم على مستوى الاتحادات أو الفروع النظامية للأطباء بمختلف أنواعها.

- التوبيخ : وهو عقوبة أشد من الإنذار، يبقى دوماً في ملف الطبيب. وينتج عن توبيخ الطبيب أيضاً حرمانه من حق الانتخاب لمدة ثلاث سنوات كاملة⁽³⁾.

- المنع من الممارسة : إذا ما تكرر توبيخ الطبيب، أي وجد ظرف العود، يمكن حينها أن يتعرض هذا الأخير لعقوبة أشد ألا وهي المنع من الممارسة، يمكن فيها أن يُمنع الطبيب لمدة مؤقتة من ممارسة مهنته، وذلك سيمنعه حتماً من تحصيله لمدخول معين.

(1) - انظر المادة 54 من النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء.

(2) - انظر المادة 217 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

(3) - انظر الفقرة (1) من المادة 218 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

إذن، فهي عقوبة ترمي بدرجة كبيرة إلى معاقبة الطبيب من الناحية المادية، وينجر عن هذه العقوبة أيضاً، فقدان الطبيب لحقه في الانتخاب، لكن هذه المرة يُحرم لمدة خمس سنوات⁽¹⁾.

- غلق المؤسسة: قد يتعرض الطبيب لعقوبة أشد من العقوبات السابق ذكرها، ألا وهي عقوبة غلق العيادة أو المؤسسة الاستشفائية الخاصة. وقد يكون الغلق إما مؤقتاً أو نهائياً، وذلك على حسب خطورة الفعل المُتَرف.

فالغلق المؤقت للمؤسسة لمدة أقل من ثلاثة أشهر، لا يكون إلا بعد الحصول على رخصة من الوالي. أما إذا كان لأكثر من ثلاثة أشهر، فيجب الحصول هذه المرة على رخصة من الوزير المكلف بالصحة.

أما الغلق النهائي، فيعني حرمان الطبيب نهائياً من ممارسة مهنته. وينجر عن ذلك شطبه من جدول الأطباء، ولا بد من الحصول على رخصة من الوزير المكلف بالصحة، في هذه الحالة⁽²⁾.

الخاتمة

إن المسؤولية التأديبية بحكم الغاية التي تستهدفها، لم تحظ بتعداد مُفصل من قبل المشرع، لكل فعل أو تصرف يقيم المسؤولية التأديبية على عاتق الطبيب، وهو ما لا نجد في بقية أنواع المسؤوليات، كالمدينة والجنائية، التي حظيت بتعداد قانوني جد دقيق.

ربما هذا راجع إلى كون أن الجزء التأديبي في ميدان المسؤولية الطبية في حقيقة الأمر ليس عقاباً، بل عبارة عن وسيلة وُضعت لأسباب تتعلق بالنظام الداخلي وبعض المبادئ والقيم المعنوية التي يفرضها العمل الطبي وأخلاقيات مهنة الطب.

(1)- انظر الفقرة (2) من المادة 218 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

(2)- انظر المادة 217 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، والمادة 17 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

ولما كان الأمر كذلك، تعين الإشارة إلى أن هذه المسؤولية تفتقر نوعاً ما إلى الجانب الردعي الذي يضعه الطبيب دائماً نصب عينيه ويخشى منه، لذا وجب الالتفات نوعاً ما إلى هذه المسؤولية، خاصة وأن مهنة الطب تحكمها الأخلاق والمبادئ النبيلة والقيم المعنوية التي هي قوام المسؤولية التأديبية، وشريعة كل شخص اختار أن يكون طبيباً يوماً ما.

ولا يجب أن ننسى أن الإنسان هو محل العمل العلاجي في ميدان المسؤولية الطبية؛ لذا نجد أن الطبيب تُحيط به عدة أنواع من المسؤوليات بما فيها المسؤولية التأديبية، التي لها دور ولو نسبياً في مساءلته ومحاسبته، وكل هذا إنما وضع لجعل الطبيب أكثر حرصاً وحيطة في مهنته.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث، نجد:

- ضرورة إعادة النظر في النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني الصادر عن المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، إذ يرجع تاريخ صدوره إلى سنة 2006، وذلك بجعله يواكب التطورات التي تشهدها مهنة الطب.

- إعادة النظر في قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي يرجع تاريخ صدورها إلى سنة 1992، كونها اللبنة الأساسية في تحديد حدود وأبعاد المسؤولية التأديبية للطبيب.

- إضفاء صفة الردع في العقوبات المتخذة ضد الطبيب المعاقب تأديبياً، حتى لا يقتصر الأمر فقط على الإنذار والتوبيخ وما شابه ذلك.

- إضافة عقوبة شطب الطبيب من جدول الأطباء في حالة ارتكابه لمخالفات خطيرة.

- ضرورة وضع جدول مفصل يُحدد من خلاله أنواع المخالفات المرتكبة والعقوبات المقابلة لها.

- وضع مواد قانونية دقيقة ومفصلة في النظام الداخلي للفرع النظامي للأطباء، وكذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب، خاصة ما يتعلق بإجراءات المتابعة وطرق الطعن

فيها، مثل حالة صدور قرارات غيابية على مستوى مجلس الدولة والإجراءات الواجب اتخاذها، وذلك سدا للفراغ القانوني الذي تشهده هذه القوانين.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

- 1 - عبد الرازي محمد هاشم عبد الله: المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، مصر، 1950.
- 2- محمود القبلاوي: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 3- عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 4- محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 5- عبد الوهاب عرفة: المرجع في المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دون سنة طبع.
- 6- ليلي عبد المنعم عبد الحميد: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 7 - أحمد شكري السباعي: مسؤولية الأطباء بالمغرب، مطبعة ومكتبة الآمنية، الرباط، المغرب، 1989.
- 8- رمضان جمال كمال: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 - Sylvie Welsch : responsabilité du médecin – éditions juris classeur - Paris- France 2002 .

2 - Xavier Lesegretain et Stephanie Chassany: la protection juridique de L'Hôpital – Berger Levrault-Nancy – France 1999.

النصوص القانونية:

النصوص الوطنية:

- 1 - القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 08، صفحة 176.
- 2 - المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، صفحة 1419.
- 3 - النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني الصادر عن المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب بتاريخ 2006/11/02.

النصوص الأجنبية:

- 1- القانون رقم 45 لسنة 1969 المتعلق بنقابة الأطباء المصريين.
- 2- القانون رقم 288، المؤرخ في 22 فيفري 1994، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الأردني.
- 3 - القانون رقم 02-203، المؤرخ في 04 مارس 2002 المتضمن قانون الصحة العمومية الفرنسي.

ملكية العلامة في التشريع الجزائري بين التسجيل والاستعمال

بقلم: د/ بن قوية المختار*

الملخص:

تعتبر القرينة على ملكية العلامة من أكثر المواضيع التي اختلفت حولها التشريعات، بين من يرى أن ملكية العلامة من حق الذي استعملها أول مرة بغض النظر عن سبق إلى تسجيلها، ومن يرى أن ملكية العلامة ترجع للذي أودع طلبا بشأن تسجيلها لدى المصلحة المختصة، أو من سُجِلت العلامة باسمه، وتبعاً لذلك نستجلي رأي المشرع الجزائري، والنظام الذي أخذ به في إقرار حق ملكية العلامة. والمراحل التي مرَّ بها، من الحقبة الاستعمارية إلى بدايات الاستقلال، إلى آخر قانون للعلامات.

الكلمات المفتاحية: العلامة التجارية - التسجيل - الاستعمال - إلزامية التسجيل -

إلزامية العلامة - إلزامية الاستعمال.

Résumé:

La preuve est considérée comme l'un des sujet les plus important en matière de propriété de la marque. Celle-ci à été sujet à divergence des législations, entre celui qui dit que la propriété de la marque revient à celui qui l'utilise et celui qui l'enregistre, et entre celui qui dit que la propriété revient à celui qui fait le dépôt de dossier pour l'enregistrer, ou celui dans l'enregistrement c'est fait à son nom. La législation Algérienne a pris en considération le droit de propriété durant les différentes étapes, depuis la colonisation, le début de l'indépendance, jusqu'à la dernière loi concernant les marques.

Mots clés: La marque commerciale, enregistrement, l'utilisation, l'obligation d'enregistrement, l'obligation de marque, l'obligation d'utilisation.

Abstract:

The presumption on the ownership of the mark is one of most

* أستاذ محاضر قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة البويرة.

controversial issues among legislators who see that the ownership of mark is the right that was used for the first time regardless of what was previously registered and who believes that the ownership of the mark is due to the person who filed an application for registration with the competent authority.

Or registered in his name and accordingly the Algerian legislator took the right of ownership from the colonial era to be the beginning of independence to last law.

Keywords: Trade market – inscription – used – obligates of inscriptions – obligates of trade market - obligates of used.

مقدمة:

تعتمد النظم التشريعية الحديثة في إقرار ملكية العلامة إما على الأسبقية في استعمال العلامة أو على الأسبقية في تسجيل العلامة، ومرد هذا الاختلاف يرجع إلى فلسفة كل تشريع، والجهة التي يربح أنها أحق بالاهتمام والحماية.

فالنظم القانونية التي تعطي الأولوية لمالك العلامة، تكتفي بإثبات أسبقية استعمال العلامة، للإقرار لصاحبها بملكيتها، ومن ثم حمايته في مواجهة الغير، غير أن هذا النظام واجه عدة انتقادات، أهمها أنه يصعب التحقق من صدق ادعاء كل طرف، كما أن الاستعمال المعتبر في إثبات ملكية العلامة غير واضح المعالم.

ومع تطور المجتمعات تغيرت أولويات النظم القانونية وأصبحت تركز على حماية المستهلك أكثر باعتباره الطرف الضعيف في العقد، وهذا ما دفع بها إلى التشدد في قرينة إثبات ملكية العلامة، واعتبار الأولوية في ملكية العلامة لمن كان له السبق في تسجيلها لدى المصلحة المختصة، ولا قيمة لأي استعمال للعلامة قبل تسجيلها، بل ذهبت هذه الأنظمة إلى حد تجريم أي استعمال لعلامة قبل تسجيلها.

غير أن هذه الأنظمة التي تعتمد على التسجيل كأداة وحيدة لإثبات ملكية العلامة، واجهت أيضا جملة من الانتقادات، أهمها تشجيع ذوي النوايا السيئة على إيداع وتسجيل علامات لا يستعملونها فقط من أجل حرمان المنافسين لهم من استعمالها، وكذلك تشجيع المقلدين من أجل قرصنة وتقليد العلامات التي يكون أصحابها الحقيقيين قد منعتهم الظروف من تسجيلها في الوقت المناسب.

على ضوء هذا التقديم نتساءل عن قرينة ملكية العلامة في التشريع الجزائري بين الاستعمال والتسجيل، وما جدوى النظام القانوني المعتمد في ذلك؟

اعتمدت في إعداد هذا المقال بصفة أساسية على تحليل النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري في الأمر رقم 06-03 المتعلق بالعلامات⁽¹⁾، الذي ألغى أحكام الأمر رقم 57-66 المتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية⁽²⁾، وكذلك الأمر 05-277 يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها⁽³⁾.

وما ينبغي التذكير به أن هذا الأمر جاء ضمن سلسلة من التعديلات القانونية، في إطار الإصلاحات التي باشرتها الدولة تمهيدا لانضمام الجزائر للمنظمة العالمية للتجارة (OMC)، التي كان إصلاح قوانين الملكية الفكرية عموما من أهم شروط الانتساب إليها.

المبحث الأول: ملكية العلامة في الجزائر وفق أمر 57-66

المطلب الأول: صدور أول قانون جزائري للعلامات

بعد استقلال الجزائر في 05 جويلية 1962 شعر القائمون على نظام الحكم بأن خروج فرنسا بجيوشها من أرض الجزائر، مع بقاء قوانينها وتشريعاتها سائدة ومتحكمة في كل المجالات، ينقص من قيمة هذا الاستقلال، لذلك كان أول قانون صدر عشية الاستقلال، هو قانون التمديد لتطبيق القوانين الفرنسية التي لا تتعارض مع السيادة الوطنية، وبدأ التفكير بشكل جدي في إصدار قوانين جزائرية مستقلة، حتى

(1)- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية عدد: 44، الصادرة في 23 جمادى الأولى 1424 الموافق 23 يوليو 2003.

(2)- أمر 57-66 المؤرخ في 27 ذي القعدة 1385 الموافق 19 مارس 1966، الصادر بالجريدة الرسمية عدد: 23، المؤرخة في 30 ذي القعدة 1385 الموافق 22 مارس 1966.

(3)- أمر 05-277 المؤرخ في 25 أوت 2005 يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية عدد: 54 الصادرة بتاريخ 02 أوت 2005.

وإن كانت في أغلبها قد تأثرت بالفكر القانوني الفرنسي، إلا أنها صيغت من طرف خبراء جزائريين وعرب.

وقد أثمر هذا الجهد التشريعي صدور أول قانون للعلامات في الجزائر المستقلة الموسوم بالأمر رقم 66-57 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية، حيث حاول المشرع من خلاله تنظيم أحكام العلامات بما يكفل حل المنازعات، التي حدثت عشية الاستقلال حول ملكية العلامات، التي كان ينشط أصحابها في السوق الجزائرية قبل وبعد الاستقلال، بما يخدم مصلحة الاقتصاد الوطني.

وتبدو رغبة المشرع الجزائري في حماية علامات المنتجين الجزائريين واضحة من خلال تسمية العنوان الأول من هذا الأمر بحق ملكية العلامة، الذي أدرج تحته تعريف العلامة، ومدى إلزاميتها، بالإضافة إلى الواقعة المنشئة لحق ملكية العلامة.

الفرع الأول: تعريف العلامة

عرف المشرع العلامة في المادة 2 من قانون العلامات بقوله: "تعتبر علامة مصنع أو علامات تجارية أو علامات خدمة، الأسماء العائلية أو الأسماء المستعارة والتسميات الخاصة أو الاختيارية أو المبتكرة والشكل المميز للمنتجات أو شكلها الظاهر والبطاقات والغشبية والرموز والبصمات والطابع والأختام وطابع الرسوم المميز والأشرطة والحواشي وتركيبات أو ترتيبات الألوان والرسوم أو النقوش الناشئة والحروف والأرقام والشعارات وبصفة عامة جميع السمات المادية التي تصلح لتمييز المنتجات أو الأشياء أو الخدمات لكل مؤسسة.

يجوز اعتبار الإعلان علامة إذا وقع تسجيله لهذه الغاية".

ويكون المشرع بهذا النص قد عدد الأشكال والرموز التي تصلح لأن تكون علامة وهو بذلك قد حاول حصر ما يستحيل حصره، نظرا للتطور والتغير المستمر الذي يعتبر سمة ملازمة لها، وبالتالي فهو لم يقدم تعريفا للعلامة، غير أن بعض الفقه عرفها بأنها: "كل ما يتخذ من تسميات أو رموز أو أشكال توضع على البضائع التي

يبيعها التاجر أو يصنعها المنتج أو يقوم بإصلاحها أو تجهيزها أو خدمتها تمييزها عن بقية المبيعات أو المصنوعات أو الخدمات"⁽¹⁾.

كما أن المشرع الفرنسي هو الآخر لم يعرف العلامة إلا بمقتضى القانون رقم 91-07 المؤرخ في 4 جانفي 1991، حيث تنص المادة الأولى منه على أن: "علامة المصنع أو العلامة التجارية أو علامة الخدمة هي كل إشارة قابلة للتمثيل البياني تقوم بتمييز المنتجات أو الخدمات المقدمة من كل شخص طبيعي أو معنوي"⁽²⁾.

الفرع الثاني: مبدأ الاختيار في استخدام العلامة

المشرع الجزائري في هذا الأمر (66-57) قد خص العلامة التجارية، وعلامة الخدمة بمبدأ اختيارية استخدام العلامة، وقيد ذلك بجواز تقرير إلزاميتها بموجب قرار من الجهة المختصة، أما فيما تعلق بالعلامة الصناعية فقد فصل في الأمر بإلزاميتها، حيث نص في المادة الأولى منه على ذلك بقوله: "إن علامة المصنع إلزامية ولو في الحالة التي لا يتولى المنتج تسويق منتجاته بنفسه، أما العلامة التجارية وعلامة الخدمة فهي اختيارية، غير أنه يجوز تقريرها إلزامية بموجب قرارات وبالنسبة للمنتجات التي تحددها هذه القرارات".

من خلال هذا النص نرى أن المشرع فرق بين علامة المصنع من جهة والعلامة التجارية وعلامة الخدمة من جهة أخرى، وهذا التفريق لم يكن وليد فكرة مبتكرة، بل كانت متوافقة إلى حد كبير مع تعريف المشرع الفرنسي للعلامة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون العلامات الفرنسي رقم 360 لسنة 1964، حيث اعتبر جميع أنواع العلامات (صناعية، تجارية، خدماتية) اختيارية،

(1) - سمير جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 252.

(2) - حمادي زوير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 24.

وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري في قانون العلامات لسنة 1951⁽¹⁾، الذي لا يعتبر استخدام العلامة أمرا ضروريا، فالعلامة بالنسبة له أمر اختياري يخص صاحب المنتج نفسه، وهو الذي يقدر مدى حاجته لتمييز منتجاته، لأن الغاية من العلامة هي تحقيق المنافسة بين التجار، وإذا كان المبدأ ينص على أن استخدام العلامة اختياري فإن المشرع المصري قد استثنى من ذلك صناعة الصابون، وألزم صاحبها باتخاذ علامة لذلك، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، الذي استثنى من مبدأ اختيارية العلامة بعض الصناعات، مثل الأقمشة الذهبية أو الفضية الرفيعة⁽²⁾. وأتبع ذلك بمعاينة المخالفين حيث نص المشرع في المادة 30 من قانون العلامات على أنه: "يعاقب بغرامة من 500 د.ج إلى 7500 د.ج، وبالحبس من خمسة عشر يوما إلى ستة أشهر أو بإحدى العقوبتين فقط:

- 1- الذين لم يضعوا على منتجاتهم علامة تعتبر إلزامية.
- 2- الذين يبيعون أو يعرضون للبيع، عن قصد، منتجا واحدا أو عدة منتجات لا تحمل العلامة الإلزامية بخصوص هذا النوع من المنتجات."

من هنا نتبين فلسفة المشرع الجزائري ونظرته للعلامة وقتئذ، حيث لم يكن يرى في العلامة التجارية أو علامة الخدمة أي ضرورة لتمييز المنتجات، تاركا الحرية في تقدير أهميتها وضرورتها للتجار وأصحاب الخدمات، وحاجتهم لها في إطار ما تفرضه المنافسة التجارية، لكن نظرته للعلامة الصناعية اختلفت حينما قرر إجباريتها، غير أنني لم أجد مبررا لهذه التفرقة بين أنواع العلامات، التي تعتبر من حيث المبدأ أداة لتمييز المنتجات، سواء كانت صناعية أو تجارية أو خدمية، ولها نفس التأثير على العملاء والزبائن، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية والأهمية للعلامة الصناعية أكثر من أنواع العلامات الأخرى.

(1) - سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 268.

(2) - سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، مكتبة القاهرة، مصر، 1967، ص 229.

المطلب الثاني: الواقعة المنشئة لحق ملكية العلامة

لقد مر معنا أن المشرع الجزائري في الأمر 57-66 لم يفرق بين علامة الصنع التي تعتبر إلزامية، ولا يمكن أن يتم تسويق منتج صناعي من دون أن توضع عليه علامة مودعة لدى المصلحة المختصة بذلك، وبين العلامة التجارية وعلامة الخدمة التي تعتبر اختيارية، مما يعني إمكانية تسويق منتج تجاري أو خدماتي دون أن توضع عليه علامة، أو يمكن استخدام علامة غير مودعة لتمييزها.

وهنا يثور النزاع حول ملكية العلامة إذا اغتصبها أحد التجار وأودع طلبا بشأن تسجيلها، فن له الأولوية في ملكية العلامة، التاجر الذي استعملها أول مرة أم التاجر الذي تقدم بإيداع طلب تسجيلها؟

الفرع الأول: الإيداع القانوني

نظرة المشرع الجزائري في أمر 57-66 للواقعة المنشئة لملكية العلامة، لم تفرق بين أنواع العلامات، سواء كانت صناعية أو تجارية أو خدماتية، حيث جاء النص على ذلك في المادة 1/5 من قانون العلامات: "ملكية العلامة يختص بها من كانت له الأسبقية في إيداعها"، ويكون بذلك قد أخذ بواقعة الإيداع القانوني للعلامة كواقعة منشئة لحق الملكية، وليس لتسجيل⁽¹⁾، وبالتالي فإن العبارة بإيداع طلب تسجيلها، وليس بأسبقية استعمالها، فلو قام صاحب علامة باستعمالها بشكل ظاهر وعام ولم يتم بإيداع طلب بتسجيلها، وسبقه آخر إلى تسجيلها تمييز نفس السلع والمنتجات، فإن الأفضلية في ملكية العلامة تكون له وليس لمن سبق في استعمالها⁽²⁾.

ويكون المشرع الجزائري بهذا الرأي قد اعتبر إيداع طلب التسجيل منشئاً لملكية العلامة⁽³⁾، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع في رومانيا وألمانيا وغيرهم، وقد

(1) - سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 292.

(2) - فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار هومة، الجزائر، 2003/2004، ص 291.

(3) - حمادي زويير، المرجع السابق، ص 117.

خالف بذلك المبدأ المعمول به في التشريع الفرنسي الذي يأخذ بأسبعية استعمال العلامة كقرينة على ملكيتها، غير أن تسجيل العلامة يبقى قرينة بسيطة على ملكية العلامة يمكن إثبات عكسها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إجراءات الإيداع

ويشترط في الإيداع القانوني الذي أعطى المشرع لمن قام به حق الأسبعية في المطالبة بملكية العلامة، أن يكون صحيحا ومشملا على كل البيانات التي نص عليها المشرع في المادة 13 من أمر 66-57، التي جاء فيها: "يجب على كل من أراد إيداع علامة أن يسلم أو يوجه إلى المصالح المختصة، بواسطة رسالة مضمونة مع طلب الإشعار بالتسليم، ما يلي:

1. طلب تسجيل يشتمل على نموذج العلامة وبيان المنتجات أو الخدمات التي تنطبق عليها هذه العلامة.
2. ختم (كليشيه) العلامة.
3. إثبات دفع الرسوم.
4. وكالة بخط اليد وذلك إذا كان المودع يمثله وكيل".

كما أوجب المشرع في المادة 14 من قانون العلامات على المودعين المقيمين بالخارج أن ينيبوا عنهم ممثلا جزائرياً مقيماً في الجزائر، وإذا كان للمودع حق أولوية متصل بإيداع أجنبي سابق، فقد أشار المشرع في المادة 15 من نفس الأمر إلى أنه ينبغي أن تتم المطالبة به في وقت إيداع العلامة وإلا سقط حقه فيه، ويجب أن تكون هذه المطالبة مصحوبة بحجة تثبت دفع الرسم الواجب أدائه.

ومن أجل أن يكون للإيداع حجية وقوة إثبات أمام القضاء، أوجب المشرع في المادة 16 من نفس الأمر على المصلحة المختصة إثبات الإيداع بواسطة محضر يبين فيه يوم وساعة تسليم المستندات، أو استلام الظرف البريدي الذي يتضمنها، مع تسليم نسخة من المحضر أو إرسالها إلى المودع.

(1) - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 204.

أما فيما تعلق باستفادة المواطن الجزائري من حماية علامته في الخارج، فقد قيدها المشرع في المادة 19 من نفس الأمر بضرورة أن يكون المطالب بالحماية قد أودع مقدما طلبا بشأن تسجيلها في الجزائر.

الفرع الثالث: ارتباط حق ملكية العلامة المسجلة بالزامية استعمالها

لقد اشترط المشرع في المادة 2/5 من قانون العلامات، على مودع العلامة أن يستعملها خلال السنة الموالية لإيداع طلب تسجيلها، ماعدا في حالة استثنائية وعند وجود مبرر، وفي حالة عدم استعمال العلامة خلال هذه المدة فإن الإيداع يصبح عديم الأثر، ومن ثم فإن مالك العلامة في هذه الحالة يكون متخليا عن علامته، ويصبح بإمكان أي كان أن يستعملها باعتبارها شيئا مباحاً⁽¹⁾.

بينما التشريع الفرنسي آنذاك كان ينص على سقوط الحق في العلامة، إذا لم يستعملها مالكيها خلال مهلة خمس سنوات دون انقطاع⁽²⁾.

وما يؤخذ على المشرع في هذا الاتجاه أنه ضيق من فترة الاستعمال لمدة سنة واحدة، وهي بالمنظور التجاري والصناعي مدة غير كافية، كما أنه لم يحدد لا كيفية ولا حجم الاستعمال المعتمد في هذه الحالة، بالإضافة إلى الغموض في حالة عدم رد المصلحة المعنية بتسجيل العلامة على الطلب لأكثر من سنة، فهل تحسب المدة من تاريخ الإيداع أم من تاريخ الرد الإيجابي على الطلب؟

المبحث الثاني: ملكية العلامة في الجزائر وفق الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات

صادقت الجزائر على اتفاقية باريس للملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883⁽³⁾، واتفاقية استكهولم لإنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة في 14

(1) - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 205.

(2) - حمادي زوير، المرجع السابق، ص 123.

(3) - أمر رقم 75-2 المؤرخ في 9 يناير 1975، يتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية الجديدة الرسمية عدد 10، المؤرخة في 4 فبراير 1975.

يوليو 1967⁽¹⁾، وغيرها من الاتفاقيات منذ السنوات الأولى للاستقلال، إلا أنها بقيت جامدة في مجال حماية العلامات على الأمر رقم 66-57 إلى غاية 2003، حيث تم إلغاء هذا الأمر وإصدار قانون جديد للعلامات بالأمر رقم 03-06.

جاء هذا الأمر في سياق مفاوضات انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة (OMC) التي بدأت بإبداء النية في الانضمام إلى الاتفاقية العامة للتجارة والتعريف الجمركية سنة 1987، وأبدت الرغبة في الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة في سنة 1995. وقد كانت المفاوضات شاقة في المجالات المرتبطة بالتجارة، ومنها حماية عناصر الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة؛ مما دفع بالجزائر إلى تعديل مجمل قوانينها المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية، ومنها قانون العلامات، في سنة 2003⁽²⁾.

المطلب الأول: إلزامية استعمال العلامة وتسجيلها

بقي المشرع الجزائري وفيما لنظام التسجيل كواقعة منشئة لحق الملكية، ولكن وفق مبادئ وإجراءات أكثر انسجاما مع طبيعة الأعمال التجارية التي تنمو وتزدهر في ظل المنافسة المشروعة بين المتدخلين في السوق، وضمانا لحقوق المستهلكين التي كثيرا ما تتأثر سلبا وإيجابا بحماية العلامة التجارية.

الفرع الأول: إلزامية العلامة لأي منتج أو خدمة

نص المشرع في المادة 3 من قانون العلامات الجديد، صراحة على اعتبار علامة السلعة أو الخدمة إلزامية لكل سلعة أو خدمة مقدمة، يبعث أو عرضت للبيع عبر التراب الوطني، ويتم ذلك إما على السلعة أو الخدمة بصورة مباشرة، وإذا لم تسمح طبيعتها وخصائصها بذلك توضع العلامة على الغلاف أو على الحاوية، ولا يطبق هذا الإلزام على السلع أو الخدمات التي لا تسمح طبيعتها وخصائصها بوضع العلامة عليها بأي شكل من الأشكال، وكذلك السلع التي تحمل تسمية منشأ.

(1) - أمر رقم 75-2 مكرر، مؤرخ في 9 يناير 1975، يتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، الجريدة الرسمية عدد: 10 المؤرخة في 4 فبراير 1975.

(2) - نقلا عن الموقع الإلكتروني لوزارة التجارة الجزائرية، بتاريخ 23/12/2016.

لم يفرق المشرع في الأمر 03-06 بين العلامة الصناعية والعلامة التجارية وعلامة الخدمة، وألزم جميع المتدخلين مهما كانت صفتهم بوضع علامة لتمييز منتجاتهم الصناعية أو التجارية أو الخدمائية، التي يبيعونها، أو يعرضونها للبيع، خلافاً لما كان عليه القانون القديم (الأمر 66-57).

كما بين المشرع أن إلزامية وضع العلامة يكون في جميع الحالات ومهما كانت صفة السلع أو الخدمات التي يتم تسويقها، إذا كانت طبيعتها تسمح بوضع العلامة عليها، أما إذا كانت طبيعتها لا تسمح بذلك فيجب أن توضع العلامة على غلاف السلعة، وإذا تعذر ذلك يتم وضعها على الحاوية، ولم يستثن المشرع من إلزامية وضع العلامة إلا السلع أو الخدمات التي لا تسمح خصائصها وطبيعتها من وضع العلامة عليها، أو تلك السلع التي تحمل تسمية المنشأ، لأن ذلك سيغني كل المتدخلين من الحاجة إلى العلامة، التي تنوب عنها تسمية المنشأ في أداء وظيفة التمييز بين السلع والخدمات المشابهة.

الفرع الثاني: إلزامية تسجيل العلامة المستعملة

نص المشرع في المادة 4 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات على أن استعمال العلامة وحده لا يكفي للقول بأن من استعملها قد التزم بما اشترطه عليه القانون، بل لا بد من أن تكون العلامة المستعملة عبر الإقليم الوطني مسجلة، أو تم إيداع طلب تسجيل بشأنها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

نستفيد من ذلك أن المشرع في الأمر 03-06 حرص كل الحرص على الدفع بأصحاب المشاريع والمتدخلين في السوق إلى تسجيل علاماتهم التي يستعملونها لتمييز منتجاتهم، وألزمهم بعدم استعمال أي علامة قبل تسجيلها أو إيداع طلب تسجيل بشأنها، مهما كانت المبررات والأعذار، وفي ذلك سدّ لأي منازعة حول ملكية العلامة بين من استعملها قبل تسجيلها، ومن بادر بإيداع طلب تسجيلها، وقد منح الأولوية في ملكية العلامة إلى من سجلت باسمه.

المطلب الثاني: جزاء مخالفة مبدأ إلزامية استعمال العلامة وتسجيلها

أمعن المشرع الجزائري في الحرص على تسجيل العلامة عندما جرم بيع أو عرض للبيع السلع التي لا تحمل علامة، أو تلك التي وضعت عليها علامة غير

مسجلة، وفي ذلك انسجام كبير مع المبدأ الذي كرسه في قانون العلامات، الذي ينص على إلزامية استعمال العلامة، وإلزامية أن تكون العلامة المستعملة مسجلة؛ لأن مخالفة هذا المبدأ تستوجب العقوبة.

الفرع الأول: تجريم تسويق منتجات أو خدمات لا تحمل علامة

نص المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون العلامات الجديد، على أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة، وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط الأشخاص:

1) الذين خالفوا أحكام المادة 1/3 و2 من هذا الأمر (03-06) بعدم وضع علامة على سلعهم أو خدماتهم، أو الذين تعمدوا بيع أو عرضوا للبيع سلعة أو أكثر أو قدموا خدمات لا تحمل علامة.

يظهر من خلال هذا النص أن المشرع ميز بين نوعين من الأفعال:

النوع الأول: يتعلق الفعل المجرّم الأول بعدم وضع علامة على السلع أو الخدمات، وهذا يعني أنه بمجرد إنتاج السلع وإعدادها للتسويق، وقبل بيعها أو عرضها للبيع يعتبر صاحب هذه السلع مخالفا للقانون إذا كانت لا تحمل علامة، ولكن ينبغي أن نُميّز بين السلع التي اكتمل إنتاجها وتعبئتها وتغليفها ولم توضع عليها علامة بما يؤكد أن مالكيها يريد تسويقها على تلك الهيئة، وبين السلع التي لا يزال مالكيها في فسحة من أمره ليضع عليها علامة، أو أن طبيعة هذه السلع أو خصائصها لا تسمح بوضع العلامة عليها (المادة 3/3 من الأمر 03-06).

النوع الثاني: يتعلق بتعمد بيع أو عرض للبيع سلعا أو خدمات لا تحمل علامة. وقد اشترط المشرع في هذا النوع من الأفعال المجرّمة أن يتوفر ركن القصد الجنائي في الفاعل، أي لا بد من إثبات سوء النية فيمن قام ببيع أو عرض للبيع سلعة أو خدمة لا تحمل علامة، وهنا أيضا يجب أن نؤكد أن الفاعل المقصود في هذه الحالة هو التاجر أو الموزع أو المستورد من غير المنتج الأصلي للسلعة أو الخدمة، الذي يعتبر القصد الجنائي فيه مفترضاً.

الفرع الثاني: تجريم استعمال علامة غير مسجلة

تمشيا مع النظام القانوني للعلامات الذي اعتمده المشرع الجزائري اعتبر في المادة 3/33 منه، أن استعمال علامة غير مسجلة، أو لم يتم إيداع طلب بشأن تسجيلها، جريمة يعاقب عليها القانون بنفس عقوبة جريمة عدم استعمال علامة لبيع أو عرض سلعة أو خدمة.

لذلك فإن أيما متدخل في السوق قام ببيع أو عرض للبيع سلعة أو خدمة للمستهلكين، وقد وضع عليها علامة لم يسجلها، ولم يودع طلبا بشأن تسجيلها لدى المصلحة المختصة⁽¹⁾، يكون قد خالف مبدأ إلزامية عدم استعمال أي علامة لسلع أو خدمات عبر الإقليم الوطني إلا بعد تسجيلها أو إيداع طلب تسجيلها (المادة 4 من الأمر 06-03).

يستفاد من ذلك أن المشرع قد فصل فصلا قاطعا في أن العلامة غير المسجلة لا يمكن أن تكون محلا للمطالبة بالتعويض المدني عندما يتم الاعتداء عليها؛ لأن قرينة استعمال هذه العلامة تصبح أداة لإدانة الذي استعمالها ومعاقبته، وقد استثنى المشرع من هذا المبدأ في المادة 2/6 من قانون العلامات، عرض سلع أو خدمات تحت العلامة المطلوبة أثناء معرض دولي رسمي أو معترف به رسميا، حيث يحق لصاحب هذه العلامة أن يطلب تسجيلها ويطلب بحق الأولوية فيها ابتداءً من تاريخ العرض، وذلك في أجل ثلاثة أشهر ابتداءً من انتهاء العرض.

المطلب الثالث: تسجيل العلامة قرينة قطعية أم بسيطة على ملكيتها؟

عندما ألزم المشرع المتدخلين في السوق بتسجيل علاماتهم حتى يتمكنوا من حمايتها في مواجهة كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية للعلامة، فإن ذلك لا يعني أن ملكية العلامة تثبت بصفة قطعية لمن قام بتسجيلها باسمه مباشرة وبدون أي حق للغير في منازعته فيها، أو إبطالها؛ لذلك فإن تسجيل العلامة حسب قانون العلامات

(1) - المصلحة المختصة في الجزائر هي: المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية INAPI

يعتبر قرينة بسيطة يمكن للغير أن يثبت عكسها، ضمن الآجال التي حددها القانون، وإلا تصبح قرينة قطعية على ملكية العلامة لا تقبل إثبات العكس.

الفرع الأول: إبطال العلامة المسجلة

تختص الجهة القضائية وحدها في إبطال العلامة المسجلة، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 1/20 من قانون العلامات الجديد بقوله: "يمكن للجهة القضائية المختصة إبطال تسجيل العلامة بأثر رجعي من تاريخ الإيداع، وذلك بطلب من المصلحة المختصة أو من الغير عندما يتبين بأنه كان لا ينبغي تسجيل العلامة لسبب من الأسباب المذكورة في الفقرات 1 إلى 9 من المادة 7 من الأمر 03-06".

يظهر لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعتبر تسجيل العلامة أو إيداع طلب بشأن تسجيلها لدى المصلحة المختصة، قرينة قطعية ونهائية على ملكية العلامة، بل اعتبرها قرينة بسيطة يمكن طلب إبطالها أمام الجهة القضائية المختصة، إذا كانت تنطبق عليها إحدى الصفات التي استثنائها المشرع الجزائري في المادة 7 من التسجيل كعلامة، كتسجيل الرموز الخاصة بالملك العام، أو الرموز التي تمثل شكل السلعة أو غلافها، أو الرموز المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، أو الرموز التي فيها تقليد أو نقل لشعارات أو أعلام أو دمغات رسمية وطنية أو دولية، أو الرموز المضللة للمستهلك، أو الرموز التي تحدث لبساً مع مصدر السلعة، أو الرموز المشابهة لعلامات مشهورة، أو العلامات المقلدة لعلامات مسجلة، يقع تحت طائلة البطلان، ويكون ذلك من طرف المصلحة المختصة، أو من الغير.

لذلك فإن التسجيل الذي قد يكون محلاً للإبطال لا يرقى لدرجة القرينة القطعية التي يلتزم الغير بالتسليم بها دون أي وجه من أوجه الطعن فيها، غير أن التهديد بإبطال العلامة المسجلة يجعل من صاحب هذه العلامة غير مستقر في تعاملاته التجارية، ومتخوف من إبطال علامته في أي وقت، ولهذا التخوف انعكاسات سلبية كبيرة على تنمية وتطوير منتجاته، وتوسيع رقعة توزيعها، وانتشار وشهرة علامته؛ لذلك لم يترك المشرع الجزائري إمكانية رفع دعوى إبطال العلامة التي ما كان ينبغي للمصلحة المختصة تسجيلها، بدون أي قيد زمني، بل نص في

المادة 2/20 على تقادم هذه الدعوى بانقضاء خمس سنوات من تاريخ تسجيلها، إذا كان مسجلها حسن النية.

نفهم من ذلك أن العلامة التي مضى على تسجيلها خمس سنوات، ينتقل ذلك التسجيل من قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، إلى قرينة قطعية على ملكية العلامة لا تقبل إثبات العكس.

الفرع الثاني: إلغاء العلامة المسجلة

يمكن للعلامة المسجلة أن تكون محل إلغاء في بعض الحالات التي أشار إليها المشرع إذا توفرت أسبابه التي لا تخرج عن الآتي:

1. إذا كانت العلامة المسجلة تتشكل من الرموز التي تمثل شكل السلع (الشكل الدائري لعجلات السيارات)، أو غلافها إذا كانت الطبيعة أو وظيفة السلع أو التغليف يفرضها (المادة 3/7 من الأمر 06-03).

2. إذا كانت العلامة تتشكل من الرموز التي تحمل من بين عناصرها نقلا أو تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام أو شعارات أخرى أو اسماً مختصراً، أو رمزاً أو إشارة أو دمغة رسمية، تستخدم للرقابة أو الضمان من طرف دولة أو منظمة مشتركة بين الحكومات أنشئت بموجب اتفاقية دولية، إلا إذا رخصت لها السلطة المختصة لهذه الدولة أو المنظمة بذلك (المادة 5/7 من الأمر 06-03). ومن أمثلة هذه الشعارات والدمغات: الهلال الأحمر، والصليب الأحمر، ودمغات ضمان المعادن الثمينة⁽¹⁾.

3. إذا كانت العلامة تتشكل من الرموز التي يمكن أن تضلل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر السلع والخدمات والخصائص الأخرى المتصلة بها (المادة 6/7 من الأمر 06-03). وهذه الرموز كما هي محل لدعوى الإبطال يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، كمن يستغل شهرة

(1) - سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق ص 286.

علامة ما لترويج منتجاته بإجراء تعديل بسيط عليها قصد خداع المستهلكين وكمثال على ذلك استغلال علامة (DELFI) لصناعة نوابض السيارات بجودة عالية، لإنتاج نوابض سيارات تحمل علامة (BELFI)⁽¹⁾.

4. العلامة التي تتشكل من الرموز التي تحدث لبسا مع المصدر الجغرافي للسلع أو الخدمات، بصفة كلية أو جزئية.

5. عدم استعمال العلامة بشكل جدي، ما عدا الحالات الآتية:

- إذا لم يستغرق عدم الاستعمال أكثر من ثلاث سنوات دون انقطاع.
- إذا لم يقيم مالك العلامة قبل انتهاء هذا الأجل بتقديم الحجة أن ظروف عسيرة حالت دون استعمالها، ففي هذه الحالة يسمح بتمديد الأجل إلى سنتين على الأكثر (المادة 11 من الأمر 03-06).
- إذا كانت مستعملة من قبل حامل الرخصة (المادة 12 من الأمر 03-06).

خاتمة:

في ختام هذا المقال نخلص إلى أن المشرع تدارك الكثير من النقائص التي كانت في القانون 66-57 الملغى بموجب الأمر 03-06، خاصة فيما تعلق بالواقعة المنشئة لحق الملكية، التي كان يكتفي فيها بواقعة الإيداع دون التسجيل، بينما نص في القانون الجديد على الواقعتين معا، واعتبرهما قرينة بسيطة على ملكية العلامة يمكن إثبات عكسها، كما أنه كان يُقر بمبدأ الاختيار في استعمال العلامة التجارية، غير أنه صرف النظر عنه وعوضه بمبدأ إجبارية استعمال العلامة، وإجبارية تسجيلها.

غير أن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد كفل الحماية المدنية والجزائية للعلامة المسجلة فقط دون العلامة غير المسجلة، وهو بذلك أراد تشجيع المتدخلين

(1) - عجة الجليلي، منازعات العلامات التجارية والصناعية، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2009، ص 291.

في السوق على تسجيل علاماتهم من أجل حمايتها، وحماية جمهور المستهلكين وضمان حقوقهم، لكنه أضر كثيرا بمن يرغب في استعمال علامته قبل تسجيلها، وحرمة حتى من الحماية المدنية التي تستظل تحتها جميع الحقوق، وبالغ في الحرمان بإدانة أي استعمال للعلامة قبل تسجيلها، وكان من الأفضل منحه مهلة زمنية في حدود 06 أشهر، لتسجيل علامته المستعملة أو فقدانه للحق في الحماية.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

- حمادي زويير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، مكتبة القاهرة، مصر، 1967.
- سمير جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1988.
- سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية مكتبة القاهرة، مصر، 1967،
- فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار هومة، الجزائر، 2004/2003.
- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

ثانيا: المقالات

- عجة الجليلي، منازعات العلامات التجارية والصناعية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 1، 2009.

ثالثا: النصوص القانونية

- أمر رقم 75-2 المؤرخ في 9 يناير 1975 يتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية الجريدة الرسمية عدد: 10 المؤرخة في 4 فبراير 1975.

- أمر 57-66 المؤرخ في 27 ذي القعدة 1385 الموافق 19 مارس 1966 الصادر بالجريدة الرسمية عدد: 23، المؤرخة في 30 ذي القعدة 1385 الموافق 22 مارس 1966.
- أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية عدد: 44 الصادرة في 23 جمادى الأولى 1424 الموافق 23 يوليو 2003.
- أمر 277-05 المؤرخ في 25 أوت 2005 يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية عدد 54 الصادرة بتاريخ 02 أوت 2005.

القانون الإداري الجنائي وأزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

بقلم: فارح عصام *

الملخص

يهدف هذا البحث إلى دراسة أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، من خلال توضيح الآثار السلبية المتعددة لها، وبيان دور القانون الإداري الجنائي كفرع حديث النشأة في تقديم الحلول المناسبة لهذه الأزمة.

وقد خلصت الدراسة إلى أن هناك اهتماماً متزايداً من قبل المشرعين بالأهمية العملية للقانون الإداري الجنائي في حل أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، باعتباره أهم مظهر لسياسة الحد من العقاب، وتعاضم دوره في تقديم البدائل الناجعة في ضوء اتجاهات السياسة الجنائية الحديثة.

الكلمات المفتاحية: القانون الإداري الجنائي-العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة- الحد من العقاب- العقوبات الإدارية.

Résumé:

L'étude vise à explorer la crise de la courte peine privative de liberté, en démontrant ses nombreux effets négatifs, et en indiquant le rôle du droit administratif pénale en tant qu' une discipline récente butant à proposer des solutions adéquates à cette crise.

La présente étude conclut que l'importance du droit administratif pénale ne cesse d'être accentuée par les législateurs pour trouver des solutions à la crise de la courte peine privative de liberté, par ce qu'il représente un aspect majeur de la stratégie de la dépenalisation. Sachant qu'il montre de plus en plus une étape essentielle dans le processus des alternatives efficaces dans l'ombre des politiques pénales récentes.

Abstract:

This study aims at exploring the crisis of liberty deprivation short-

* أستاذ مساعد بجامعة أم البواقي، ومسجل بالكتوراه بجامعة عنابة.

term sanction through clarifying its various negative effects and showing the role of criminal administrative law as a new- born discipline which provides solutions for the crisis.

The study concludes that there is much growing interest of legislators concerning the practical importance of criminal administrative law in solving the crisis of liberty deprivation short-term sanction since criminal administrative law is considered as the most important aspect of depenalization, and it is playing a big role in providing effective alternatives in the light of the sights of the modern penal policy.

المقدمة:

من المفارقة الغريبة أن يكون الإنسان الذي ابتدع الجريمة، بل وأعمل فكره في ابتكار الجديد من أساليبها، هو نفسه الذي جاهر كثيراً بالشكوى منها، ونادى عالياً بوقف آثارها الخطيرة، فلحد منها سعى عبر تاريخه الطويل لضبط السلوك المنحرف بواسطة العقاب، هذا الأخير الذي كان دوماً أدواته في مقارعتها؛ ذلك أن الاعتقاد أن الجريمة لا بد أن يقابلها جزاء كان النتيجة المنطقية التي ارتضاها الضمير الجمعي، واستلزمها السيورة المنتظمة لحياة الأفراد في أي مجتمع.

وإذا تأكد لدينا أن الجزاء كان الوسيلة المثلى لرد الفعل الجماعي المستهجن للجريمة، فإن العقوبة كانت العنوان الأبرز لذلك الجزاء ردحاً طويلاً من الزمن، حيث تنوعت العقوبات وتباينت أهدافها، بين عصر وآخر وبين مجتمع وآخر.

المتبع لتاريخ الفكر العقابي في بداياته سيلحظ دون ريب سيطرة فكرة الانتقام الفردي ثم الجماعي من الجاني على أهداف العقوبة، فظلت العقوبات بشكل عام تتميز بالمبالغة في القسوة؛ مما دفع إلى المطالبة بإلغاء العقوبات البدنية والدعوة إلى التخفيف من شدة وطأتها، وإحلال عقوبات أخرى محلها، فكانت العقوبات السالبة للحرية، والتي استندت في فلسفتها على أغراض أخرى غير تلك المألوفة سابقاً، فظهرت الأغراض الأخلاقية للعقوبة السالبة للحرية التي تسعى إلى تحقيق العدالة وإصلاح الجاني وتأهيله، وأيضاً الأغراض النفعية، من ردع عام وخاص.

إذن فقد استقر الفكر العقابي الحديث على ضرورة الاهتمام بالجاني وتأهيله

لإعادة دمجها في المجتمع مرة أخرى، متبنياً العقوبات السالبة للحرية كأنجع الأساليب العقابية الحديثة، مقارنة مع العقوبات البدنية التي كانت الركن الذي أوى إليه النظام العقابي القديم، فلا ينكر أحد ما للعقوبات السالبة للحرية من أهمية، سواء أكانت العقوبات السالبة للحرية طويلة أو متوسطة المدة، أو قصيرة المدة، من حيث الآثار التي تحقق مقاصد العقوبة وأفكار السياسات الجنائية الحديثة.

ومنذ استبدال العقوبات البدنية بالعقوبات السالبة للحرية، والتي أراد واضعو السياسة الجنائية لهذه الأخيرة أن تحقق منفعة الفرد والمجتمع، وزيادة الفاعلية في القضاء على الجريمة؛ تبوأَت العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة مكانة متميزة بين أنواع العقوبات السالبة للحرية الأخرى، كمتأثر بأعلى نسبة من أحكام القضاء التي يُحكَم بها من مجمل الأحكام القضائية في كثير من دول العالم⁽¹⁾.

غير أن الدراسات والتجارب العملية بينت أن للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وعلى كثرة نطق القضاء بها مساوئ عديدة، فالمدة -وهي العنصر الأساسي في الإصلاح والتأهيل- تعجز في كثير من الأحيان عن إصلاح وتأهيل المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وبالتالي يتخلف تحقيق غرض الردع الخاص، ثم إن أضرارها لا تطل المحكوم عليه فحسب، بل تتعداه إلى ذويه والمجتمع ككل.

الحق أن مثالب العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة برزت بشكل لا يمكن تجاهله، وهو الأمر الذي جعلها محل انتقاد في البداية، وبعد ذلك جاءت الدعوة الصريحة لهجرها، واستبدالها ببدايل أخرى، سواء كانت هذه البدائل من داخل النظام الجنائي نفسه أو من خارجه.

ولعل أكثر البدائل حداثة وابتكاراً تلك العقوبات التي أضحت الإدارة توقعها على غير الخاضعين لها والمتعاملين معها بدلاً من القضاء، بحيث لا تشمل العقوبات السالبة للحرية، وإنما تنحصر في عقوبات مالية وحرمان من الحقوق والامتيازات، وهو ما يدعى بالقانون الإداري الجنائي.

(1) - أحمد عبد دحمان المغربي، السياسة الجزائية في قانون العقوبات الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011، ص 163.

على هدى ما سبق، فإن الإشكالية الأساسية لهذه الدراسة هي: البحث في الدور الذي يمكن أن يقوم به القانون الإداري الجنائي كفرع حديث النشأة في حل أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

حتى تتمكن من الإجابة عن هذه الإشكالية السابقة، وتم الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع بطريقة منسجمة، علينا أولاً تحديد مفهوم العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وبيان الاتجاهات الفقهية المتعلقة بأزمته، سواء بالإبقاء عليها أو إلغائها، وإيجاد بدائل عنها، ثم بعد ذلك نتناول بالبحث والتمحيص دور القانون الإداري الجنائي في حلها وتقديم البدائل الناجعة.

وقبل أن نلج موضوعنا يجدر بنا تنبيه القارئ لأمرين هامين يتعلقان بعنوان الدراسة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: رغم أن فكرة هذا الفرع الحديث من القانون كنظام متكامل، وهو القانون الإداري الجنائي لا تزال مجهولة في العديد من التشريعات، منها التشريع الجزائري، إلا أن بذورها موجودة فيها، ومن ذلك العقوبات الإدارية العامة التي توقعها السلطات الإدارية في حدود معينة، كما أن مواضعه أضحّت من المسائل الهامة التي تشغل فكر المشتغلين في المجال القانوني في الآونة الأخيرة، لا سيما أن بعض الدول تبنت الفكرة فعلاً ووضعت تقنيناً له كألمانيا وإيطاليا.

ثانياً: القصد من عبارة "أزمة" هنا: أن هناك مساوئ لتلك العقوبات لا تصمد أمامها المنافع التي قد يدافع عنها البعض، فالحديث هنا هو حديث عن الملاءمة وجدوى العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في ظل السياسة الجنائية الحديثة.

المبحث الأول: أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

لقد ساهمت العقوبات السالبة للحرية منذ ظهورها في بداية القرن الثامن عشر كصورة حديثة للجزاء الجنائي في الفكر العقابي المعاصر بإحداث تغييرات في النظرة للعقوبة، من حيث فلسفتها ونظرياتها، وقد استتبع ذلك ظهور السجون كمؤسسات عقابية تُنفذ بها تلك العقوبات⁽¹⁾.

(1) - بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الاجرامية، دار

غير أن الدراسات الإحصائية أكدت بعد ذلك أن حجم الإجرام ظل يتزايد حتى الآن، فحسب إحصاءات الأمم المتحدة فإن حجم الجريمة قد ازداد بنسبة فاقت بمراحل زيادة عدد السكان في العالم، ناهيك عن زيادة حجم السجون في المؤسسات العقابية، والتي أصبحت مستنقعا للشذوذ والأمراض المهلكة⁽¹⁾.

لتلك الأسباب وغيرها، فقد ارتفعت عقائرُ عديد الدول بالشكوى من مثالب العقوبات السالبة للحرية، سواء كانت طويلة المدة أو متوسطة المدة أو قصيرة المدة، ونوقشت عيوب العقوبات السالبة للحرية في المؤتمرات الدولية، حيث أوصى المؤتمر السادس لعلم الإجرام الذي انعقد بفنزويلا سنة 1980 بعدم التوسع في تلك العقوبات والبحث عن بدائل لها، خاصة إذا كانت العقوبة قصيرة المدة⁽²⁾، هذه الأخيرة التي تمثل أدق المشكلات الجنائية والعقابية التي واجهت الفقه الجنائي؛ لما لها من تعقيدات تتصل بفاعلية السياسة العقابية⁽³⁾، ومدى جدوى هذا النوع من العقوبات في تحقيق أغراض العقوبة⁽⁴⁾.

- وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013، ص 21.
- (1) - محمد محي الدين عوض، "الاتجاهات الحديثة في السياسة العقابية ومدى انعكاسها في العالم العربي"، المجلة العربية للدراسات الامنية والتدريب، العدد الحادي والعشرون، مايو 1996، ص 16.
- (2) - منصور رحمانى، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، ص 265.
- (3) - يوسف حسن يوسف، علم الاجرام والعقاب، الكاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص 200.
- (4) - لتحديد أغراض العقوبة في مكافحة الظاهرة الإجرامية، فإن آراء الفقهاء قد تعاقبت دون أن تُحدد في غرض واحد بعينه، وإنما بأغراضها الثلاثة مجتمعة، وهي:
- العدالة: أن تتسم العقوبة بقدر من الإيلاام يصيب الجاني سواء في شخصه أو حريته أو ماله، بالقدر الذي يتناسب مع الجرم الذي ارتكبه دون مبالغة أو تساهل في قدرها.
- الردع العام: إندار الناس كافة عن طريق التهديد بالعقاب بسوء عاقبة الاجرام، كي ينفرهم بذلك منه.
- الردع الخاص: تقويم المجرم بعلاج الخطورة الاجرامية في شخصه واستئصالها بالوسائل والأساليب المناسبة خلال مدة تأهيله لمنع من العودة إلى الإجرام مرة أخرى وإدماجه بالاجتمع ليصبح عضوا صالحا فيه. انظر: محمد عبد الله الوريكات، أثر الردع الخاص في الوقاية من الجريمة في القانون الأردني، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2007، ص 53-67.

تبعاً لما سبق تناول في هذا المبحث إشكاليتين، تتعلق الأولى بتحديد المقصود بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة من خلال المطلب الأول، ثم بيان الإشكالية الثانية والخاصة بإبقاء أو إلغاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المقصود بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

الحال أن فكرة العقوبة قصيرة المدة ليست بالفكرة القانونية المحددة، فقد اختلف الفقه حول أساس تحديد المقصود بالعقوبة قصيرة المدة، كما أن التشريعات الجنائية لا تسعفنا أيضاً في هذا المجال، نلحوا من تحديد للعقوبات السالبة للحرية التي يمكن أن تعتبر من قبيل العقوبات قصيرة المدة⁽¹⁾، إلا أن الملاحظ أن هناك ركناً لجانب كبير من الفقه إلى اعتماد مدة العقوبة كأفضل الأسس، ومع ذلك فقد تفاوتت آراء الفقهاء في تقديم معيار يحدد تلك المدة، وعليه تنوعت معايير تحديدهم لتلك المدة، فمنهم من اعتمد على المعيار الزمني، ومنهم من أخذ بمعيار كفاءة برامج الإصلاح والتأهيل⁽²⁾.

الفرع الأول: المعيار الزمني

هناك ثلاثة اتجاهات في تحديد مدة العقوبة قصيرة المدة، وهي على النحو الآتي:
- الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقوبة تكون قصيرة المدة حين لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وهي المدة التي أقرتها الهيئة الدولية للعقوبات والسجون في اجتماعها المنعقد في "برن" عام 1946⁽³⁾.

(1) - عمر خوري، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2009، ص 155.

(2) - فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010، ص 65.

(3) - عمر خوري، المرجع السابق، ص 156.

- الاتجاه الثاني: اعتبر أنصار هذا الاتجاه العقوبة قصيرة المدة تلك التي لا يزيد حدها الأقصى عن ستة أشهر، على أساس أن هذه المدة هي الحد الأدنى لضمان إعادة تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه، وهي المدة التي يميل إليها كثير من الفقهاء⁽¹⁾، وأيدها كذلك المؤتمر الذي تم عقده في "مديريا" بالبرتغال في نوفمبر 1982، حيث انتهت توصيات اللجنة بتعريف العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة: بأنها تلك التي لا تزيد عن ستة أشهر⁽²⁾.

- الاتجاه الثالث: يرى أنصاره أن العقوبة قصيرة المدة تلك التي لا يزيد حدها الأقصى على سنة واحدة، وهو الرأي المعمول به في بعض الدول مثل: الشيلي وكذلك في الصين وفرنسا وإيطاليا وإسبانيا⁽³⁾.

الفرع الثاني: معيار الإصلاح وإعادة التأهيل

يعتمد هذا المعيار في تحديد مفهوم مدة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة على أساس مدى كفاية المدة لتطبيق البرامج التأهيلية والإصلاحية على المحكوم عليه، فإن أمكن تطبيق تلك البرامج خلالها فهي عقوبة طويلة المدة، في حين تصبح قصيرة المدة حينما لا تسمح المدة بتحقيق غرض التأهيل والإصلاح من العقوبة⁽⁴⁾.

الحق أن معيار الإصلاح وإعادة التأهيل قد نظر لتحديد مدة العقوبة قصيرة المدة من خلال غرض العقوبة، فهو بذلك يعد معياراً كفيئاً، إلا أنه يتسم بالغموض والنسبية، بخلاف المعيار الزمني، الذي وإن كان يعتمد أساساً كميّاً في تحديد المدة، إلا أنه يتميز بالوضوح والدقة، فلا يمكن التأكيد أو حتى توقع كفاية مدة التأهيل والإصلاح من عدم كفايتها، فالأمر يتعلق بعدة عوامل، منها فاعلية تلك البرامج وقابليتها للتقييم، ومدى تكيف المحكوم عليه معها.

(1) - أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 217-218.

(2) - فهد يوسف الكساسبة، المرجع السابق، ص 65.

(3) - عمر خوري، المرجع السابق، ص 156.

(4) - يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 201.

وبالرجوع للمعيار الزمني، فإن الباحث يميل إلى الاتجاه القائل أن مدة العقوبة قصيرة المدة تلك التي لا تزيد عن سنة، على أساس أن الفترة تكفي لإرضاء شعور العدالة لدى الغير، كما تكفي من الناحية النظرية لتحقيق الردع العام، لما تسببه من مخاوف لديهم من سلوك ذلك المسلك الإجرامي⁽¹⁾.

المطلب الثاني: العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بين الإبقاء والإلغاء

إذا كانت عقوبة سلب الحرية محل انتقاد من الفقه العقابي، فإن عقوبة سلب الحرية قصيرة المدة كان لها النصيب الوافر من ذلك الانتقاد، مما أدى به للانقسام حول مصير هذه العقوبة إلى اتجاهات متباينة، بين من يطالب بالإبقاء عليها، وآخر يُصر على إلغائها بالجملة، وثالث يحاول التوفيق بين الرأيين السابقين. والحال أن كل رأي يعضد مذهبه بجملة من الحجج، وهو ما سنتناوله في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: اتجاه الإبقاء على العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يزال للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بريقها، وهو في ذلك يستند إلى عدد من الحجج، يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

1- أن فكرة الدخول إلى السجن ولو لأيام معدودة لا تزال مخيفة لعدد كبير من الناس، فرغم قصر مدتها إلا أنها تحقق الردع العام، كما أن صدمة السجن تُخلف أثراً نفسياً ملبوساً بالنسبة للمحكوم عليه، مما يحقق الردع الخاص خصوصاً في مواجهة المجرمين المبتدئين⁽²⁾.

2- لصدمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة فائدة أيضاً لأولئك الذين يُظهرون نوعاً من الطيش والاستهانة ببعض المخالفات، تكلم المتعلقة بالمرور، فرغم عدم حاجتهم لبرامج الإصلاح والتأهيل، إلا أن صدمة السجن تكون بمثابة تنبيه وإنذار لهم لتقويم سلوكهم⁽³⁾.

(1) - أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 218.

(2) - بشرى رضا راضي سعد، المرجع السابق، ص 90.

(3) - المرجع نفسه، ص 90.

3- إلغاء هذا النوع من العقوبات سيغري لا محالة العامة بارتكاب بعض الجرائم البسيطة، فالإبقاء على هذه العقوبات مشجع على دفع نوازع الإجرام لديهم.

الفرع الثاني: اتجاه إلغاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

برز اتجاه إلغاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة مدججاً بحجج مصدرها الدراسات الميدانية والإحصائية، والتي تثبت الآثار السلبية المتعددة والمتنوعة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وسنتناول تلك الآثار على النحو الآتي:

أولاً- الآثار السلبية على المستوى الفردي

- 1- شعور المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة دوماً بوصمة العار من قبل المجتمع، وتلك الوصمة مساوئ عديدة على شخصه وحياته، فتفقدته الثقة في نفسه واحترام الآخرين له، ويظل أسيراً للتجربة السجن، مسجوناً طول حياته في ذكراها⁽¹⁾.
- 2- عادة ما يكون السجن مدرسة لتعلم فنون الجريمة، فاختلاط المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة بعتاة المجرمين يكسبه كراهية للمجتمع، وبدل أن يكون السجن مكاناً للتهذيب والتقويم، يتحول إلى بيئة خصبة لنقل عدوى الجريمة من الخبراء في ارتكابها إلى المبتدئين، وقد يجندونهم معهم بعد الخروج من السجن⁽²⁾.
- 3- انقطاع المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة عن الحياة الاجتماعية، وضالة أعماله اليومية في مكان محدود، يترتب عنها حالات مرضية لديه، والتي تظهر في شكل اضطرابات متنوعة، نفسية وعصبية⁽³⁾.
- 4- دلت الأبحاث والدراسات في كثير من الدول أن السجن يؤدي في بعض الأحيان إلى مآسي أخلاقية بين المسجونين، رغم جهود تلك الدول في منعها⁽⁴⁾.

(1) - سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2001، ص 117.

(2) - محمد محي الدين عوض، المرجع السابق، ص 23.

(3) - غنام محمد غنام، علم الاجرام وعلم العقاب، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 249.

(4) - بشرى رضا راضي سعد، المرجع السابق، ص 41.

أانباً الأأار السلبللة على الماسأأ الأأاماعل

- 1- صعبلة إءماأ المأوم عللم بالعبوبلة السالبة للأرلة قصلرلة المءة فل النسلأ الأأاماعل بعء نفاء مءة العبوبلة، ولعلمم فلقدون موارءهم المالللة؛ ففل ءراسلة أأرلل فل ماصر على الأأار الأأاماعل للعبوبلة السالبة للأرلة قصلرلة المءة عام 1997 آللن من ألالها أن 31% من أفراء العلنة قء تم فصلهم من عملهم نللأة العبوبلة⁽¹⁾.
- 2- الأفكك الءل فلصلب الأسرة نللأة الزأ بالأب أو الأم ءاأل السأن؛ ففل ءراسلة أأرلل فل الأورء عام 2008 آللن أن 9.2% من علنة الءراسلة أكدوا أن الأأر الهام للعبوبلة كان أفكك أسرهم⁽²⁾.

أانباً: الأأار على الماسأأ الأاقآاصل

- 1- إن آزلء لآوء القآلاء إلى العبوبال السالبة للأرلة قصلرلة المءة لءرأة الإسرالف فل بعض الءول أءل إلى زلءاءة فل أءءاء النزلء بالسأون، وهو ما سلقالبه لا مآالة نفقات باهظة على عاآق الءولة آصرف على آسللر آلك السأون، فقء كانآ نسلبة الأحكام القآاصللة المآعلقة بالعبوبال السالبة للأرلة قصلرلة المءة من مآمل الأحكام فل إلآالللا عام 1993 ما نسلبته 60%، وفل ماصر فل إآصائللة عام 1965 كان مآمول الءلن ورءوا السأن (39692)، كان منهم (32526) مسأوناً أل بنسلبة 81% أكم عللم بالأس ستة أشهر فأقل، ومن هؤلاء المأوم عللم بأقل من ستة أشهر (68.6%) أكم عللم بالأس شهر واءء فأقل⁽³⁾.
- 2- أرمال الءولة من طاقال إآآاألة، لعل ءورها كبلر فل ءعم الأاقآاص الءوآنل، بسبب أرلمة قء آمس رفاهللة المآآمع، أكثر من كونها آمس أمنه ونظامه⁽⁴⁾.

(1) - فهدللوسف الكساسبله، المرأع السابق، ص68.

(2) - بشرل رضا راضل سعء، المرأع السابق، ص43.

(3) - أأمء عبء ءأمان المأرلنل، المرأع السابق، ص163.

(4) - فهدللوسف الكساسبله، المرأع السابق، ص69.

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي

بين تمسك الاتجاه الأول بالإبقاء على العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، ومغالاة الاتجاه الثاني في إلغائها، ظهر اتجاه ثالث حاول التوفيق بين الرأيين، فمن جهة يرى الاتجاه التوفيقي أن الإلغاء النهائي للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة هو أمر صعب المنال، فلا يزال لها فوائد لا يمكن الاستغناء عنها، فقد أشار مؤتمر الأمم المتحدة الثاني لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في لندن 1960 إلى أن الإلغاء الكامل لعقوبة الحبس ذي المدة القصيرة لا يمكن تحقيقه عملياً، ولا سبيل إلى حل المشكلة على نحو واقعي إلا بالإقلال من حالات تطبيق هذه العقوبة⁽¹⁾، ومن جهة أخرى يجب التخفيف من آثارها والتقليل من مساوئها بالبحث عن بدائل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

الحقيقة أن البدائل قد تنوعت واختلفت، فكانت هناك بدائل من داخل النظام الجنائي في حد ذاته، حيث تناولت عديد المؤلفات والدراسات بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة داخل النظام الجنائي، والتي نذكر منها⁽²⁾:

- إيقاف التنفيذ: ويقصد به أن يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقوبة التي حكم بها على الجاني لمدة معينة يحددها القانون.

- الوضع تحت الاختبار: ويعني تقييد حرية الجاني عن طريق فرض التزامات معينة عليه وخضوعه لبعض تدابير الرقابة والمساعدة.

- العمل للمصلحة العامة: باعتباره نظاماً عقابياً يطبق على الجناة خارج المؤسسات العقابية بإلزام المحكوم عليه بأعمال معينة لخدمة المجتمع بدون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة.

(1) - فتوح الشاذلي، علم العقاب، دون دار نشر، الاسكندرية، مصر، 1993، ص 151.

(2) - راجع كل من: شريف سيد كامل، "بدائل الحبس قصير المدة في التشريع الجنائي الحديث"، مجلة الفكر الشرطي، العدد 35، أكتوبر 2000، ص 208 وما بعدها؛ يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص 219-227.

- الغرامة اليومية: إذا كانت غرامة العقوبة التقليدية تمتضي إزام المحكوم عليه بدفع مبلغ الغرامة الذي حددته المحكمة إلى الخزانة العامة في التاريخ الذي يكون فيه الحكم الصادر بالإدانة نافذاً، فإن عقوبة الغرامة اليومية تعني فرض القاضي غرامة يومية خلال عدد معين من الأيام، مع الأخذ في الاعتبار دخل المحكوم عليه وأعباءه وجسامة الجريمة المرتكبة، والمبلغ الإجمالي للغرامة - الذي يتكون من حاصل ضرب مبلغ كل يوم غرامة في عدد أيام الغرامة المحدد في الحكم- لا يكون مستحقاً إلا في نهاية مدة أيام الغرامة.

- نظام الاعفاء من العقوبة وتأجيل النطق بها.

- نظام الوضع تحت المراقبة الالكترونية.

- نظام تقسيط العقوبات.

وهناك بدائل أخرى من خارج دائرة القانون الجنائي، والتي ستكون محل دراستنا في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: دور القانون الإداري الجنائي في حل أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

حتى تتم الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع بطريقة منسجمة، قد يكون من المفيد أولاً تحديد مفهوم القانون الإداري الجنائي، والذي يشكل في الوقت نفسه السياق المنطقي للتعرف على دوره في حل أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

المطلب الأول: مفهوم القانون الإداري الجنائي

يقصد بالقانون الإداري الجنائي أو قانون العقوبات الإداري سلطة الإدارة في فرض جزاءات بدلاً من القضاء على غير الخاضعين لها والمتعاملين معها، وهذه الجزاءات لا تشمل العقوبات السالبة للحرية، ولكنها تنحصر في عقوبات مالية وأخرى غير مالية⁽¹⁾.

(1) - محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص12.

إن بيان مفهوم القانون الإداري الجنائي السابق الذكر، يتحدد بداية من خلال تحليل وتوضيح عناصر هذا المفهوم، وعليه سنعقد لهذا المطلب ثلاثة فروع، يتعلق الأول بمناقشة حدود سلطة الإدارة في فرض جزاءات على جمهور المواطنين، في حين ينصرف الفرع الثاني لماهية ذلك الجزاء الذي تفرضه، أما الفرع الثالث فسنستبع فيه التطور التاريخي لهذا القانون.

الفرع الأول: سلطة الإدارة في فرض جزاءات على جمهور المواطنين

تتمتع الإدارة بعدد من السلطات لتمكينها من الوصول إلى هدفها المتمثل في تحقيق المصلحة العامة، ومنها سلطة فرض الجزاءات، فحيث ترتبط الإدارة بعلاقة مع موظفيها، فإن لهيئاتها التأديبية المختصة أن توقع عقوبات على مرتكبي المخالفات التأديبية طبقاً للأحكام القانونية المقررة بذلك الشأن⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك تتمتع جهة الإدارة بسلطة فرض جزاءات على المتعاقدين معها، حيث تتميز العقود الإدارية بنظام خاص لجزائها يعطي للإدارة الوسائل الفعالة التي تضمن بها تنفيذ العقد إذا عجز المتعاقد معها عن تنفيذه، ويعترف لها بأن تتخذ هذه الجزاءات بنفسها دون وساطة القاضي، وهو يستهدف بذلك دوام المرفق وانتظامه، كما يقرر هذا النظام للمتعاقد الآخر ضمانات لحماية حقوقه في مواجهة هذه السلطة المكفولة للإدارة⁽²⁾.

الواقع أن سلطة الإدارة في فرض عقوبات بدلاً من القضاء على الخاضعين لها والمتعاقدين معها، قد يبدو أساسها واضحاً، وله ما يسنده؛ فقبول الأفراد الدخول طواعية في علاقة قانونية منسئة لالتزامات متبادلة بينهم وبين الإدارة، وظيفية أو تعاقدية مبرر لمشروعية تلك الجزاءات⁽³⁾.

- (1) - عمار عوابدي، مبدأ تدرج السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 336.
- (2) - عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، 1975، ص 8.
- (3) - محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 7.

غير أن التساؤل هنا يثور بمناسبة إمكانية أن تفرض الإدارة جزاءات على غير الصنفين السابقين، أي جمهور المواطنين.

الحقيقة أن انعقاد الاختصاص للإدارة واضطلاعها بتوقيع جزاءات رادعة في حدود معينة كما ذكرنا آنفاً أمر يستوجب المنطق، ولا يمثل افتياتاً على اختصاص القضاء، لما قد يثيره من مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، فالاعتراف للإدارة بسلطة الجزاء لا يتعارض مع المستقر عليه من أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن أن يكون مطلقاً، وإنما الواقع يؤكد أنه فصل نسبي مرن⁽¹⁾.

وهو ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي، حيث قرر في حكم له في 1989/07/28 بأنه لا يمثل مبدأ الفصل بين السلطات ولا أي مبدأ دستوري آخر عقبة أمام الاعتراف للسلطة الإدارية التي تنصرف في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة بممارسة سلطة الجزاء بشرطين⁽²⁾:

أولهما: ألا تكون الجزاءات من الجزاءات السالبة للحرية.

وثانيهما: أن تكون ممارسة سلطة الجزاء مقترنة بالضمانات التي تكفل حماية الحقوق والحريات المكفولة دستورياً.

الفرع الثاني: الذاتية المستقلة للجزاء الإداري العام

تحدد الذاتية المستقلة للجزاء الإداري العام من خلال الخاصيتين الآتيتين:

أولاً- الجزاء الإداري العام توقعه سلطة إدارية

توصلنا سابقاً إلى أن للإدارة سلطة الردع بتوقيع جزاءات على جمهور الأفراد، ولا يقتصر استخدام الجزاءات الإدارية التي تقررها سلطات إدارية على الدول التي

(1) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الادارية العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2008، ص24.

(2) - موسى مصطفى شحادة، "الجزاءات الادارية في مواجهة المنشآت المصنفة الضارة بالبيئة ورقابة القضاء الاداري في فرنسا عليه"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 2004، ص12-13.

تأخذ بنظام قانون العقوبات الإداري، وإنما تمنح دول أخرى الإدارة سلطة تقرير جزاءات إدارية، وذلك دون أن يكون لها نظام متكامل للجرائم الإدارية، وللقانون الإداري الجنائي بصفة عامة⁽¹⁾.

كما أنه لا يلزم أن تكون الجهة الإدارية الموقعة للجزاء الإداري من اللجان الإدارية المستقلة، حيث يستوي في هذا الشأن أن تكون جهة إدارية تقليدية، أو أن تكون هيئة مستقلة⁽²⁾.

ثانياً- الجزاء الإداري العام ذو طبيعة ردعية

الجزاء الإداري العام مثله مثل الجزاء الجنائي له خاصية الردع، والحال أن صفته الردعية تلك، ترتب خضوعه للمبادئ ذاتها التي يخضع لها الجزاء الجنائي، وقد عبّر المجلس الدستوري الفرنسي عن ذلك بقوله: إن مبدأ الشرعية ومبدأ شخصية الجزاء ومبدأ التناسب بين الجرم والجزاء، ومبدأ عدم الرجعية، وغيرها من المبادئ لا تتعلق فقط بالجزاء الجنائي، وإنما يلزم توافرها بالنسبة لكل جزاء ذي طبيعة ردعية، حتى ولو عهد المشرع بسلطة اتخاذه إلى جهة غير قضائية⁽³⁾.

الفرع الثالث: التطور التاريخي للقانون الإداري الجنائي

بدأت مقدمات ظهور القانون الإداري الجنائي في صورة غرامة المصالحة التي تفرضها جهة الإدارة في موضوعات التهريب الجمركي والضريبي، فيسمح القانون في دول مختلفة بأن تعقد مصالحة مع المتهم ويترتب عن ذلك انقضاء الدعوى العمومية⁽⁴⁾.

لقد ساهمت ظروف الحرب العالمية الثانية وتطور وظيفة الإدارة في التوسع في فرض جزاءات إدارية جنائية في جرائم التمويل والجرائم الاقتصادية، والتي ظهرت خطورتها بسبب ظروف الحرب، غير أن سلطات الإدارة في فرض جزاءات

(1) - محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 13.

(2) - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 15.

(3) - موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 14.

(4) - غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، دون تاريخ، ص 6.

إدارية جنائية على الجمهور تطورت وبدأت تأخذ أبعاداً جديدة، لتغدو هي القاعدة المتعامل بها مع الجرائم المعاقب عليها بالغرامة في بعض الدول⁽¹⁾.

في هذه المرحلة من التطور اختلفت التشريعات بين من يستمر في اتباع الطريق التقليدي في التجريم والعقاب من خلال القواعد التقليدية للقانون الجنائي، فيما اتجهت تشريعات أخرى إلى إخراج الجرائم قليلة الأهمية من نطاق القانون الجنائي إلى نطاق آخر، عرف بالقانون الإداري الجنائي⁽²⁾.

فكان أول تقنين للقانون الإداري الجنائي الصادر بالنمسا سنة 1925، ومن الدول الرائدة أيضاً في هذا المجال ألمانيا، حيث أصدر المشرع الألماني سنة 1968 قانوناً بشأن الجريمة الإدارية، ثم صدرت قوانين أخرى سنة 1975، تضمنت نظاماً متكاملًا للجرائم الإدارية، وبولندا سنة 1971، وسويسرا سنة 1974، وفي إيطاليا صدر القانون الإداري الجنائي رقم 689 سنة 1981⁽³⁾.

المطلب الثاني: دور القانون الإداري الجنائي في حل أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

مع أن فكرة القانون الإداري الجنائي لا تزال مجهولة في العديد من التشريعات عامة، والتشريعات العربية خاصة، إلا أن قوانينها تضمنت نصوصاً متفرقة، تسمح للإدارة بسلطة فرض جزاءات إدارية، وفي ذلك دلالة واضحة على تزايد اهتمام المشرعين بدور الجزاء الإداري، وتعاضم دور القانون الإداري الجنائي في تقديم الحلول العملية للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

إن طبيعة عقوبات القانون الإداري الجنائي تجعل منها عقوبات متلائمة مع فئات من المخالفين، يكون ضرر العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة في أغلب

(1) - زكي محمد التجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع الغرامة، دار النهضة العربية، مصر، 1999-2000، ص 1-2.

(2) - غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، المرجع السابق، ص 4.

(3) - محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 52.

الأحيان عليهم أكثر من نفعها لهم، كما تتناسب عقوباته مع المصالح الاجتماعية المتجددة الواجب حمايتها، فيمكن تطبيق نظام القانون الإداري الجنائي إذن على تلك القوانين التي تتناول بالتنظيم جرائم لا تهدد المصالح الأساسية للمجتمع.

الفرع الأول: القانون الإداري الجنائي كأهم مظهر لسياسة الحد من العقاب

لحقت بالسياسة الجنائية مؤخرا اتجاهات حديثة، تهدف إلى تقديم حلول لمشكلات العدالة الجنائية، ومن بينها أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، ويمكن القول إن ظاهرة الحد من العقاب قد استأثرت بنصيب وافر من الاهتمام والتطبيق العملي، باعتبارها اتجاها حديثا يعتبر من أهم بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة⁽¹⁾.

إن سياسة الحد من العقاب في ضوء الاتجاهات العقابية الحديثة لا تنكر وجود رد الفعل الاجتماعي للجريمة، ولكنها تقر في الوقت نفسه بحقيقة مؤداها أن رد الفعل الاجتماعي ذاك سيسعى لتخفيض العقاب، من خلال استخدامه كل المكات للتسامح التي توضع تحت تصرف السلطات العامة⁽²⁾.

وتستند سياسة الحد من العقاب إلى أفكار المدرسة الوضعية، والتي أرادت إحلال التداير الاحترافية محل العقوبة، كما تستند أيضا إلى حركة الاتحاد الدولي للقانون الجنائي، الذي أقر بضرورة التسامح مع بعض المجرمين، منهم أولئك الذين يخضعون للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، فهؤلاء يجب اخضاعهم لبدائل أخرى غير العقوبة الجنائية⁽³⁾.

لا شك أن سياسة الحد من العقاب جاءت كثمرة للإصلاح الجنائي الذي

(1) - أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 221.

(2) - محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري- ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون تاريخ، ص32.

(3) - عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1997، ص100.

عمّ التشريعات الحديثة، والذي خُصّ إلى أن مسؤولية منع الجريمة لا تقع على النظام الجنائي وحده - رغم اعترافنا بأصالة مهمته في هذا الشأن- بل كل القطاعات الاجتماعية تشاركه تلك المسؤولية⁽¹⁾.

والحق أن حادثة مصطلح الحد من العقاب كان له أثر في تحديد المقصود منه، وقد تباينت الآراء وتعددت في هذا المجال، وإن كان يمكن ردها إلى اتجاهين رئيسين: يمثل الاتجاه الأول في تلك الآراء التي تذهب إلى القول إن تطبيقات الظاهرة تكون داخل القانون الجنائي فقط، بينما يمثل الاتجاه الثاني في بقية الآراء التي تعتقد أن مجال تلك التطبيقات يتحدد داخل القانون الجنائي، وأيضاً خارجه.

-الاتجاه الأول: يشمل هذا الاتجاه تلك الآراء التي تناولت تطبيقات ظاهرة الحد من العقاب في نطاق القانون الجنائي، حيث يرى الأستاذ: "G. LECLERCQ" أن الحد من العقاب يشمل إلغاء العقوبة، وأيضاً كل أشكال التخفيف أو التعديل للجزاء القابلة للتطبيق على الجرائم التي لم يتم بعد إلغاء تجريمها، فيما رأت اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية أن الحد من العقاب يمثل في كل أشكال التخفيض داخل النظام الجنائي، فيتم نقل الجريمة من حالة الجناية إلى الجنحة، أو نقل الجنحة إلى حالة المخالفة، وكذلك كل الحالات التي تحل فيها عقوبات أقل صرامة وأخف أثراً محل العقوبة السالبة للحرية كالغرامة، والوضع تحت المراقبة⁽²⁾.

-الاتجاه الثاني: يمثل في تحديد تطبيقات ظاهرة الحد من العقاب داخل وخارج نطاق القانون الجنائي، حيث ترى الأستاذة الفرنسية: "M. DELMAS-MARTY" أن الحد من العقاب هو التخلي عن النظام الجنائي لصالح نظام آخر كالنظام الإداري أو المدني أو نظام الصلح أو التوفيق، بينما يذهب الأستاذ:

(1) - محمد صغير سداوي، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 59.

(2) - أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري- ظاهرة الحد من العقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 18-23.

"J.PRADEL" إلى أن الحد من العقاب هو كل شكل من أشكال التخفيض داخل النظام الجنائي، ومثال ذلك: النزول من حالة الجناية إلى حالة الجنحة أو تخفيف العقوبة بواسطة المشرع، أو هو كذلك كل شكل من أشكال التخلي عن النظام الجنائي لصالح نظام آخر، كالقانون المدني أو الإداري، أو التوفيق⁽¹⁾.

بناءً على عرض الآراء السابقة لمفهوم سياسة الحد من العقاب، يمكن تحديد علاقة القانون الإداري الجنائي بتلك السياسة من خلال ثلاثة أوجه:

1- الوجه الأول: أن أشكال الحد من العقاب وأساليبه تتم دوماً في إطار القانون الجنائي، فلا مجال للحديث عن أي بدائل قد يقدمها قانون آخر، وبالتالي فلا علاقة بين القانون الإداري الجنائي وسياسة الحد من العقاب.

2- الوجه الثاني: أن تطبيقات ظاهرة الحد من العقاب تتم داخل النظام الجنائي وخارجه، فتشمل أشكال الحد في النظام الجنائي، وأيضاً الاعتماد على نظم قانونية أخرى، كالقانون الإداري الجنائي.

3- الوجه الثالث: يرى أن ظاهرة الحد من العقاب هي التخلي والتحول تماماً عن النظام الجنائي لصالح نظام آخر، إذ يتم رفع الصفة التجرىمية عن فعل ما غير مشروع طبقاً لقانون العقوبات، ويصبح بالتالي مشروعاً من الناحية الجنائية، ولن يظل غير مشروع طبقاً لقانون آخر، وعلى هذا المستوى يمكن أن نصل إلى مطابقة بين سياسة الحد من العقاب والقانون الإداري الجنائي.

لا ننكر أن لكل رأى وجاهته، غير أن الباحث يميل إلى الاتجاه الثاني، وإن كان مفهومه واسعاً للظاهرة، إلا أنه يُعبّر بدقة ووضوح عن فلسفة سياسة الحد من العقاب وأهدافها، وهو المفهوم الذي تبناه كل من الأستاذين: M. Ancel & M. Beria، من أن الحد من العقاب هو إضعاف رد الفعل الاجتماعي الذي يهجر أحياناً الطريق الجنائي بمعناه الضيق، وأحياناً التخفيف منه، وأحياناً أخرى استبداله

(1) - المرجع نفسه، ص 27-28.

بأساللب أأرى أقل تصادماً وأأر فآالة⁽¹⁾.

ومن آهة أأرى فف آعآادنا أن آقرفر آزاء قانونفة أأرى فف إآار الء من العقاب سففآه غالباً إلى الآزاء الإءارفة، الفف آفرضها السلطاف الإءارفة، وءونك الأصواف المآعالة الءاعفة إلى آعآار القانون الآنأف الملاء الأفر فف آوقفع الآزاء، وأنه لفس الوسفلة الوأفءة لآوففر الأمن وآآقق العءالة، وأفسا آعافم ءور الآزاء الإءارف، وآزاف أهمافة كبعءل لآل أزمة العقبواف السالبة للآرف بصفة عامة، والعقوبة السالبة للآرف قصفرة المءة على وآه الآصفص، فالآزاء الإءارف لا فآساف مع مرآكبف آرائم الآبس قصفر المءة، ولكنه أفسا فمفع عنهم فضفآة السآن ووصمة عاره، ولن فنظم ذلك كله إلا القانون الإءارف الآنأف، فهو بآق أهم مآهر للء من العقاب.

وأءا آعآرنا نظام الء من العقاب كأهم بعائل العقوبة قصفرة المءة، ففمآن من النواف العملفة آطبقق آزاء القانون الإءارف الآنأف على الآرائم الآنأفة الفف فعاقب علفها سواء بعقوبة الغرامة وءءها، أو فآقرر إلى آانبها عقوبة الآبس قصفر المءة كعقوبة آآفرفة، أف عءما فكون القاضف مآولاً بالآم بأءى هاففن العقبوففن، على أن لا فزفء مءة الآبس المنصوص علفها عن السنة، ولفسآ آلك المءة الفف فنطق بها القاضف من آهة، ومراعة المصاف القانونفة من آهة أأرى⁽²⁾.

وأءا كانت الغرامة والمصاءرة آءء الآزاء الغالب فف الآزاء الإءارفة الآنأفة، إلا أن الإءارة آملك فرض آزاء إءارفة آنأفة أأرى آمآل فف آرمان الفرف من بعض الآقوق والامآافازاف من سآب آرفصف أو علق منشاء أو إزالة⁽³⁾.

وفمآننا بفان أنواع العقبواف الإءارفة على النحو الآف:

(1) - مآء سعء فوءة، المرجع السابق، ص 40.

(2) - أمفن مصطفف مآء، علم الآزاء الآنأف، المرجع السابق، ص 221-222.

(3) - زكف مآء الآآار، المرجع السابق، ص 102.

أولاً- العقوبات الإدارية المالية

تعد الغرامة ذات الطابع الإداري أهم العقوبات الإدارية المالية، ومجال تطبيقها هنا عندما تتحول من العقاب في إطار القانون الجنائي لصالح القانون الإداري الجنائي، فإنه يخضع للعقوبة المقررة في هذا الأخير، وهي غرامة إدارية تدفع للإدارة المعنية مقدرة الحد الأدنى والحد الأقصى، ومتناسبة مع الجرم⁽¹⁾.

وهناك أيضاً صورة المصادرة، والتي تقررها الإدارة طبقاً للقانون الإداري الجنائي كجزء إداري أصلي أو تبعية أو تكميلي لمواجهة بعض الجرائم الإدارية، وقد أقر قانون العقوبات الإداري الإيطالي رقم 689 لسنة 1981 المصادرة كتدبير إداري، كما أجاز القانون الألماني الصادر سنة 1975 أن يتخذ قرار إداري بالمصادرة في الحالات التي يميز فيها القانون ذلك⁽²⁾.

ثانياً- العقوبات الإدارية العينية

هي عقوبات توقعها الإدارة، بحيث تكون منصبة على محل المخالفة الإدارية، فإذا كان محلها ترخيص إداري تمت مخالفة ضوابطه كانت العقوبة سحبه أو إلغاءه، أما إذا كان محل المخالفة منشأة أديرت مخالفة للقانون، تمثل جزاؤها في إغلاق تلك المنشأة، أو منعها من الاستمرار في نشاطها إذا ما شكل ذلك خطراً على النظام العام⁽³⁾.

الفرع الثاني: نقل المخالفات في قانون العقوبات لدائرة القانون الإداري الجنائي

استعدت كثير من الدول مثل: إيطاليا وألمانيا منذ عام 1975، والمجر والبرازيل والبرتغال منذ عام 1955، المخالفات من نطاق تطبيق القانون الجنائي التقليدي وأخضعها للقانون الإداري الجنائي، وقد أضافت كل من إيطاليا وألمانيا إلى المخالفات بعض الجنح المعاقب عليها بالغرامة، وعلى هذا فإن السمة العامة

(1) - محمد صغير سعداوي، المرجع السابق، ص 105.

(2) - محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 130-131.

(3) - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 14-15.

للتشريعات التي تأخذ بنظام القانون الإداري الجنائي تبني التقسيم الثنائي للجرائم، كما هو الحال في إيطاليا وألمانيا، كذلك تبني قانون العقوبات في النمسا الصادر في سنة 1974 نظاماً ثنائياً لتقسيم الجرائم بالإضافة إلى وجود الجرائم الإدارية، وكذلك فعل المشرع السويسري والمجري الذي استبعد المخالفات من نطاق القانون الجنائي عام 1955 واعتبرها مخالفات إدارية⁽¹⁾.

إن تغير نظرة بعض المشرعين للمخالفة كجريمة بالمعنى الحقيقي ومدى ضرورة التدخل بالجزاء الجنائي، وأن تخضع لمجرد جزاء إداري، سيؤدي كل ذلك حتماً إلى التخفيف من مثالب الحبس قصير المدة، لا سيما أن هذا الجزاء الإداري الجنائي لن يصم المخالف بوصمة الإجرام وعار السجن، وكثير من مقترفي تلك المخالفات سيدفعون مبالغ مالية بدل الحبس، أو أن يتوقف نشاطهم بسبب العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة⁽²⁾.

فالسطات الإدارية هي التي لها سلطة توقيع الجزاءات، وهي التي تتخذ الإجراءات وتعاقب على المخالفات بعقوبات القانون الإداري الجنائي، مع فارق أن الإجراءات المطبقة على تلك المخالفات لا يجوز القهر أو الإكراه على تنفيذها، كما هو الحال في طرق الإجراءات الجنائية العادية، يضاف إلى ذلك أن هناك دوماً ضمانات للمتهم، كحقه في معارضة جزاء الإدارة، فلا تطبق العقوبة آلياً⁽³⁾.

وعلى الرغم من أن الكلمة النهائية قد تكون للقاضي الجنائي، وذلك في حالة معارضة المتهم، إلا أن العمل بنظام القانون الإداري الجنائي قد أثبت نجاحه في الواقع، من حيث تخفيف العبء على المحاكم، فلابين القضايا أزيحت من على عاتق العدالة الجنائية التقليدية وفقاً لهذا النظام⁽⁴⁾.

(1) - غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، المرجع السابق، ص 28.

(2) - أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائي، المرجع السابق، ص 226-227.

(3) - عمر سالم، المرجع السابق، ص 97.

(4) - المرجع نفسه، ص 97.

الفرع الثالث: تحقيق القانون الإداري الجنائي لفكرة ملائمة العقوبة

لا نجانب الصواب حين نعتقد مع القائلين بأن قصور النظام العقابي التقليدي في تحقيق أغراض العقوبة، وحماية القيم والمصالح الاجتماعية، قد أضحي أحد المبررات الأساسية لإيجاد بدائل عقابية، تستهدف تقديم حلول لجانب من مساوئ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة⁽¹⁾.

فقد كان للتطور التكنولوجي والصناعي الحادث في النصف الثاني من القرن العشرين، وما أفرزته الظروف والأزمات الاقتصادية والاجتماعية؛ أثراً كبيراً لتسبب تدخل المشرعين بالتجريم في كثير من المجالات المتعددة، حيث كان الجزء الجنائي هو أداته المثلى والميسرة لحماية المصالح الجديدة التي تولدت عن تلك المجالات، وعليه فضل المشرعون في الغالب مواجهة جرائم عديدة تمس مجالات متنوعة، كالاختكار والنقد والتسعين والتموين والبيئة والمرور وتسيير المدن وغيرها، بقواعد تجريم تحتوي بالأصل على عقوبات الحبس قصيرة المدة⁽²⁾.

غير أن ذلك التجريم وإن كان له سنده آنذاك، باعتباره مطلباً مجتمعياً، هدفه حماية القيم والمصالح الاجتماعية المتجددة والمتناسبة مع سمة التطور الاقتصادي والتكنولوجي السريع؛ فقد أضحي عبثاً لا حلاً؛ فن جهة أدى ذلك إلى التضخم التشريعي في مجال التجريم، ومن جهة ثانية لم يعد يسلير نظرة المجتمعات ذاتها نحو ضرورة التجريم في بعض المجالات.

إن تكرار جرائم معينة، واعتياد بعض الأفراد على اقترافها، وضالة ما ينتج عنها من خطر أو ضرر، لم تعد رغم عدم مشروعيتها في حاجة لتدخل القانون الجنائي، خاصة في المجال الاقتصادي، حيث أصبح اقتراف بعض الجرائم الاقتصادية لا يدل على وجود نزعة إجرامية لدى فاعليها، كما أن التساؤل يثور حول: جدوى الحفاظ على تجريم عدد من الأفعال في مجالات كثيرة يكفي في أغلبها استخدام

(1) - محمد صغير سعداوي، المرجع السابق، ص 59.

(2) - المرجع نفسه، ص 61.

الجزاء غير الجنائي⁽¹⁾، واستبدالها بعقوبات القانون الإداري الجنائي، والذي تتناسب عقوباته مع تلك الجرائم، وتحقق في الوقت ذاته المنفعة الاجتماعية من العقاب.

فالقيمة الإقناعية للقاعدة الجنائية بما يحقق أهدافها في الردع إنما يعززها ملاءمة وتناسب العقوبة التي توقع على الجاني مع الجرم الذي ارتكبه⁽²⁾، ومعنى التناسب يقع على عاتق المشرع، الذي عليه عند وضع العقوبة، أن يراعي مدى توافقها مع جسامة الجريمة، من حيث النوع والمقدار، وبدونها يستحيل ضمان التطبيق العادل للعقوبة⁽³⁾.

وفي السياق نفسه اقترحت إحدى لجان المؤتمر التمهيدي للمؤتمر الرابع عشر لقانون العقوبات الذي انعقد في القاهرة عام 1987، بمناسبة بحثها في مجال التحديد الموضوعي للمصالح التي يعد الاعتداء عليها جريمة إدارية، حيث يطبق قانون العقوبات على الجرائم التي تمس المصالح الأساسية للمجتمع، أما بالنسبة للأفعال الموجودة في حيز قانون العقوبات والتشريعات الجنائية التكميلية، والتي لا تمس مصالح أساسية للمجتمع، فإنها تعد النطاق الجوهرى للقانون الإداري الجنائي، بحيث ترفع عنها صفة التجريم، ويتقرر لها مجرد جزاءات إدارية⁽⁴⁾.

الخاتمة:

نخلص في نهاية بحثنا هذا إلى نتائج، أهمها:

1- دلت الدراسات والأبحاث الميدانية أن الآثار السلبية المترتبة عن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لم تعد تبررها الإيجابيات المرجوة من تلك العقوبة،

(1) - أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري- ظاهرة الحد من العقاب، المرجع السابق، ص 65.

(2) - محمد عبد الله الوريكات، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009، ص 62.

(3) - عمر خوري، المرجع السابق، ص 130.

(4) - أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري- ظاهرة الحد من العقاب، المرجع السابق، ص 65.

فأضحى لزاماً على المشرعين تضمين التشريعات حلولاً لأزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، واعتماد بدائل تحقق السياسات الجنائية الحديثة داخل النظام الجنائي، أو باللجوء لنظم قانونية أخرى، مثل النظام الإداري.

2- إذا كانت سياسة الحد من العقاب من الاتجاهات الأساسية للسياسة العقابية الحديثة، فإن القانون الإداري الجنائي هو بحق أهم مظهر لسياسة الحد من العقاب، وبالفعل قامت بعض الدول المتقدمة بتقنين نظام متكامل للعقوبات الإدارية، يُعرف بالقانون الإداري الجنائي.

3- مع أن فكرة القانون الإداري الجنائي لا تزال مجهولة في العديد من التشريعات عامة، والتشريعات العربية خاصة، إلا أن قوانينها تضمنت نصوصاً متفرقة تسمح للإدارة بسلطة فرض جزاءات إدارية لتفادي الإجراءات الجنائية.

4- تعاضم دور القانون الإداري الجنائي في تقديم الحلول العملية للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وتناسب عقوباته مع منفعتها والمصالح الاجتماعية الواجب حمايتها، وتزايد اهتمام المشرعين بدور الجزاء الإداري، واعتبار الجزاء الجنائي هو الملاذ الأخير.

5- طبيعة عقوبات القانون الإداري الجنائي تجعل منها عقوبات تتلاءم مع بعض المجرمين، خاصة مجرمي الصدفة، وأولئك الذين ارتكبوا جرائم لأول مرة لا تتصف بالخطورة، ولا تمس مصالح أساسية وثابتة في المجتمع، فتكفي تلك العقوبات لتحقيق الردع دون الحاجة للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، والتي يكون ضررها أكثر من نفعها.

6- يمكن تطبيق نظام القانون الإداري الجنائي على تلك القوانين التي تناول بالتنظيم الجرائم التي لا تهدد نوعاً من المصالح الأساسية والأقل ثباتاً والأكثر تغييراً، ونقلها إلى القانون الإداري الجنائي، ويشمل ذلك مجالات يمكن ذكرها على سبيل المثال فقط دون الحصر: المرور، العمل، البيئة، الفنادق، الصيد، المنافسة، التهريب الجرمي، التسعير، النقل، التجارة، الصحة.

قائمة المراجع:

أولاً- الكتب:

- 1- أحمد عبد الله دحمان المغربي، السياسة الجزائية في قانون العقوبات الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011.
- 2- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري- ظاهرة الحد من العقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 3- _____، علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 4- بشرى رضا راضي سعد، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الإجرامية، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013.
- 5- زكي محمد النجار، حدود سلطات الادارة في توقيع عقوبة الغرامة، دار النهضة العربية، مصر، 2000/1999.
- 6- سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 7- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2008.
- 8- عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، 1975.
- 9- عمار عوابدي، مبدأ تدرج السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
- 10- عمر خوري، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2009.
- 11- عمر سالم، نحو تيسير الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1997.
- 12- غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، دون تاريخ.

13- _____، علم الاجرام وعلم العقاب، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015.

14- فتوح الشاذلي، علم العقاب، دون دار نشر، الإسكندرية، مصر، 1993.

15- فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010.

16- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.

17- محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري- ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون تاريخ.

18- محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

19- محمد صغير سعادوي، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية الحديثة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

20- محمد عبد الله الوريكات، أثر الردع انخاص في الوقاية من الجريمة في القانون الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2007.

21- _____، مبادئ علم العقاب، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.

22- منصور رحمان، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006.

23- يوسف حسن يوسف، علم الإجرام والعقاب - الكتاب الثاني: العقاب، المركز القومي للإصدارات القانونية الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2013.
ثانيا- المقالات:

1- شريف سيد كامل، "بدائل الحبس قصيرة المدة في التشريع الجنائي الحديث"، مجلة الفكر الشرطي، العدد 35، أكتوبر 2000.

إشكالية تحديد مفهوم المقاتل الشرعي في النزاعات المسلحة غير المتكافئة

بقلم: أ/ رواجي عمر*

الملخص:

يعتبر مفهوم المقاتل الشرعي محددًا من الناحية القانونية بشكل جيد ضمن سياق النزاعات المسلحة الدولية، ولكن الإطار القانوني للمقاتل غير واضح المعالم بالنسبة للنزاعات المسلحة غير الدولية، ويزداد الغموض أكثر ضمن سياق النزاعات المسلحة غير المتكافئة، التي تختلف فيها طبيعة أطراف النزاع ووسائل وأساليب القتال التي يستخدمونها عما هو متعارف عليه في التصنيف الكلاسيكي وفق القانون الدولي الإنساني، ويحاول هذا المقال تحرير مفهوم المقاتل الشرعي ضمن سياق هذا النوع من النزاعات الجديدة تحديداً، من خلال التطرق لمفهوم المقاتل ضمن سياق النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وتحرير مفهوم النقيض الطبيعي للمقاتل ونقصد به الشخص المدني، ثم نستعرض أشكال مشاركة المدنيين في العمليات العدائية باعتبار ذلك ظاهرة مصاحبة للنزاعات المسلحة غير المتكافئة ومعايير التكييف المقترحة في الفقه والقانون، وختاماً، نتطرق للحماية غير المتكافئة للوظائف غير العدائية.

Résumé:

Il est clair que le concept de «combattant légitime» est bien défini dans le contexte des conflits armés internationaux, mais le cadre juridique du Combattant reste ambigu dans les Conflits armés non-internationaux. Cette ambiguïté est croissante en ce qui concerne les conflits armés asymétriques, dans lesquels la nature des parties au conflit, les moyens et méthodes de guerre qu'ils utilisent sont très différents par rapport à ce qui est habituel dans les catégories classiques de conflits reconnues par le droit international humanitaire.

Cet article tente d'identifier le concept de combattant légitime dans le cadre de ce genre de nouveaux conflits spécifiquement, à

* أستاذ مساعد قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة البصرة، باحث على مستوى الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران 2.

travers le concept du combattant abordé dans le contexte des conflits armés internationaux et non internationaux, et définir la notion de la personne civile, puis nous passons en revue les formes de participation des civils aux hostilités comme un phénomène d'accompagnement de «conflit armé asymétrique», tout en précisant les normes de qualification proposées par la doctrine et le droit. et Enfin, nous abordons la protection asymétrique des fonction non-hostile.

Abstract:

The "concept of legitimate fighter" detailed well within the context of international armed conflicts, but the legal framework for a fighter is not clearly defined in the context of non-international armed conflict, this ambiguity is more increasingly in the context of the so-called asymmetric armed conflict, in which the nature of the parties to the conflict and the means and methods of fighting that they use, are different than what is known in the classical categories in accordance with international humanitarian law. This article attempts to identify the concept of legitimate fighter within the context of this kind of new conflicts, through the concept of fighter addressed within the context of international armed conflicts and non-international, also we need to define the concept of civil person, Then we review the forms of civilian participation in hostilities as an accompanying phenomenon of "asymmetric armed conflicts " and proposed qualifications standards of Doctrine and law. Finally, we address the so-called asymmetrical protection of non-hostile fonctions.

مقدمة:

تعني التكافئية في النزاعات المسلحة استخدام وسائل وأساليب قتال من نفس النمط، وقد يحدث أن يكون هناك تفاوت نوعي و/أو كمي بين أطراف النزاع، لكن هذا لا يخرج النزاع عن صفة التكافئية، كما تعني أيضا تجانس الطبيعة القانونية لأطراف النزاع⁽¹⁾، وهذا يختلف جذريا عن اللاتكافئية في النزاعات المسلحة التي تستهدف

(*) نتيجة لشح المراجع باللغة العربية حول هذا الموضوع، فقد اعتمد الباحث أساسا على مراجع باللغتين الفرنسية والانجليزية، وقد تكفل الباحث شخصيا بتلخيص وترجمة ما ورد في هذه المراجع إلى اللغة العربية.
(1) تعرف الحروب المتكافئة في بعض المراجع الفرنسية كما يلي:

=

توظيف عناصر الضعف لدى الخصم لإلحاق أكبر ضرر به ومن ثم هزيمته⁽¹⁾.

ويتظاهر عدم تكافؤ النزاعات المسلحة في شكلين أساسيين يمكن أن يتميز بهما معاً نزاعٌ مسلحٌ ما، كما يمكن أن يتميز بأحدهما، وهما عدم تكافؤ الطبيعة القانونية لأطراف النزاع المسلح وفق المفهوم الذي يحدده القانون الدولي العام (دول، مجموعات مسلحة، حركات تحرر وطني)، وكذلك عدم تكافؤ وسائل وأساليب القتال المستخدمة⁽²⁾. ويعتبر استخدام الولايات المتحدة الأمريكية للقنبلة النووية في اليابان ضد هيروشيما في 6 أوت 1945، وناكازاكي في 9 أوت 1945، أبرز مثال على عدم تكافؤ وسائل القتال بين الطرفين.

ومن بين أهم الإشكاليات التي تثيرها ظاهرة النزاعات المسلحة غير المتكافئة،

«La guerre symétrique est généralement définie comme un conflit armé classique, dans lequel deux États de force à peu près égale s'affrontent dans un combat déclaré. On peut également dire que la guerre symétrique repose sur le «système westphalien» car elle suppose l'existence d'États nationaux ayant le monopole de la violence Légitime». Voir : Département fédéral des Affaires étrangères, «Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement», Annexe 3 du Rapport de politique étrangère 2007, DFAE, Berne, p.5301. disponible sur (www.admin.ch/ch/f/ff/2007/5301.pdf)

(1) Voir : Saïda Bédar, «L'asymétrie comme paradigme central de la stratégie américaine», *Le Débat stratégique*, no 56, mai 2001.

(2) تعرف الحروب غير المتكافئة في بعض المراجع الفرنسية والانجليزية كما يلي:

«Dans les guerres ou les conflits asymétriques, les parties qui se font face sont inégales. Les protagonistes, qu'ils soient étatiques ou non, ne sont pas de force équivalente, n'ont pas les mêmes équipements, emploient des moyens et des méthodes autres, poursuivent des buts différents». Voir: Département fédéral des Affaires étrangères, *op. cit*, p. 5302.

«The notion of asymmetrical conflict cannot be restricted to armed conflicts between states and non-state entities, for such a conflict may involve states in an international armed conflict within the meaning of IHL. However, most problematic legal questions do arise in armed conflicts between states and various non-state entities. Asymmetry becomes a problem for IHL when it does not merely refer to a factual difference of military capacity – which may exist in any armed conflict – but when both parties to an armed conflict are unequal and differently structured in a legal sense». See: Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze, «Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization», *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, N°. 873, March 2009, pp. 108-109.

مسألة الأشخاص الذين تتيح قواعد القانون الدولي الإنساني استهدافهم كأهداف عسكرية شرعية، وتحت هذا العنوان العريض تختفي الكثير من التفاصيل التي ترتبط بمفهوم المقاتل الشرعي الذي يحق استهدافه أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، فإذا كانت النصوص المنظمة للنزاعات المسلحة الدولية التقليدية قد حسمت إلى حد كبير مسألة تعريف المقاتل الشرعي، فإن الفراغ القانوني بخصوص هذه المسألة لا يزال يسود النصوص المنظمة للنزاعات المسلحة غير الدولية، فإذا أدخلنا عدم تكافؤ الطبيعة القانونية لأطراف النزاعات المسلحة (دول/ جماعات مسلحة/ حركات تحرر وطني)، وأدخلنا عدم تكافؤ وسائل وأساليب القتال التي تستخدمها هذه الأطراف، على المعادلة، ازداد الأمر تعقيداً، وازداد تأثير ذلك على تعريف الشخص المدني، الذي تسعى صكوك القانون الدولي الإنساني إلى حمايته من الاستهداف أثناء النزاعات المسلحة عموماً (المبحث الأول).

بين المقاتل الشرعي والشخص المدني تأتي فئة نثير جدلاً واسعاً بين فقهاء القانون الدولي الإنساني، وهي فئة السكان المدنيين الذين يشاركون في العمليات العدائية، فهؤلاء لا يتمتعون بصفة المقاتل الشرعي - حسب المفهوم التقليدي - ولكنهم رغم ذلك يشاركون بشكل مباشر في الأعمال العدائية. وقد احتلت هذه الفئة حيزاً هاماً من النقاشات الأكاديمية والأدبيات المكتوبة؛ نظراً لارتباطها بالتحديات التي نثيرها النزاعات المسلحة غير المتكافئة⁽¹⁾، وعلى وجه الخصوص تحدي فصل الوظائف العدائية عن غيرها من الوظائف غير العدائية التي يمارسها

(1) انظر: نادر إسكندر دياب، "تطور مفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية في القانون الدولي الإنساني"، مؤسسة عامل وجامعة الحكمة، لبنان، 2011.

See: Geoffrey S. CORN, «Unarmed but How dangerous? Civilian Augmentees, the Law of Armed Conflict, and the Search for a More Effective Test for Permissible Civilian Battlefield Functions», *Journal of National Security Law and Policy*, Vol. 2, 2008, pp. 257-295; Michael GUILLORY, «Civilianizing the Force : is the United States Crossing the Rubicon?» *Air Force Law Review*, 2001, pp. 111-142; Robert W. GEHRING, «Loss of the Civilian Protection under the Fourth Geneva Convention and Protocol I», *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. XIX-1-2, 1980, pp. 12-48.

السكان المدنيين، والتي تتطلب حماية غير متكافئة تمشيا مع الطبيعة غير المتكافئة لهذه النزاعات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحرير مفهوم المقاتل الشرعي والشخص المدني في النزاعات المسلحة

يتميز تحرير النصوص القانونية للقانون الدولي الإنساني باعتماد منهج التعريف السلي، عموما، فالأعيان المدنية هي الأعيان غير العسكرية، وهذه الأخيرة هي التي نجدتها تحظى بتعريف إيجابي، وبنفس المنطق فإن الشخص المدني في النزاعات المسلحة (المطلب الثاني)، هو نقيض للمقاتل الشرعي الذي حظى بتعريف إيجابي كذلك، على الأقل في سياق النزاعات المسلحة الدولية (المطلب الأول)

المطلب الأول: تعريف المقاتل الشرعي في النزاعات المسلحة

حظيت النزاعات المسلحة الدولية بالحصة الكبرى من الصكوك المكتوبة التي تنظمها مقارنة بالنزاعات المسلحة غير الدولية، وهذا بالإضافة إلى جملة اعتبارات أخرى⁽¹⁾؛ ما أثر على تعريف المقاتل الشرعي الذي غاب عن صلب الصكوك التي تنظم النزاعات المسلحة غير الدولية (الفرع الثاني)، وحضر في صلب الصكوك التي تنظم النزاعات المسلحة الدولية (الفرع الأول)، وبالتأكيد كان لهذا تأثيره على النزاعات المسلحة غير المتكافئة.

الفرع الأول: تعريف المقاتل الشرعي في النزاعات المسلحة الدولية

الشخص المقاتل في القانون الدولي الإنساني هو نقيض الشخص المدني، وقد اعتمدت هذه المقابلة بين المقاتل والمدني بموجب المادة (1/50) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف⁽²⁾ التي تحيلنا إلى نص المادة (4/ألف/1، 2، 3،

(1) من بين الاعتبارات الأخرى: عدم توافق الدول على كثير من الصكوك التي تنظم النزاعات المسلحة الدولية، وإيثارها الصياغات العامة في الصكوك التي تم اعتمادها، وذلك خشية من أن تحظى المجموعات المسلحة بالاعتراف السياسي بها.

(2) انضمت الجزائر لهذا البروتوكول بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-68 المؤرخ في 16 ماي 1989، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 20 بتاريخ 17 ماي 1989.

(6) من اتفاقية جنيف الثالثة⁽¹⁾ ونص المادة (43) من البروتوكول ذاته.
وبالرجوع إلى الفقرات (1،2،3) من المادة (4/ألف) لاتفاقية جنيف الثالثة نجد أن المقاتلين هم:

- أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع، والمليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة.

- أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً على أن تتوفر الشروط التالية في هذه المليشيات أو الوحدات المتطوعة بما فيها حركات المقاومة المنظمة المذكورة: (أ) أن يقودها شخص مسؤول عن مرؤوسيه، (ب) أن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد، (ج) أن تحمل الأسلحة جهرًا، (د) أن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها.

- أفراد القوات المسلحة النظامية الذين يعلنون ولاءهم لحكومة أو سلطة لا تعترف بها الدولة الحاجزة.

أما الفقرة (6) من نفس المادة فقد أضافت شريحة أخرى لفئة المقاتلين، هم: "سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية دون أن يتوفر لهم الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية، شريطة أن يحملوا السلاح جهرًا وأن يراعوا قوانين الحرب وعاداتها"⁽²⁾، بالإضافة إلى شرط آخر استنتجه بعض الأكاديميين من خلال استقراء النصوص الأخرى، وهو شرط عدم

(1) انضمت الجزائر إلى هذه الصكوك أثناء حرب التحرير الوطنية من طرف الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية.
(2) صنف نيلس ميلزر هذه الفئة من السكان تحت عنوان الهبة الجماعية في الدليل التفسيري لمفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية، بموجب القانون الدولي الإنساني الذي أعده تحت إشراف اللجنة الدولية للصليب الأحمر. انظر: نيلس ميلزر، دليل تفسيري لمفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية بموجب القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة العربية الأولى، القاهرة، مارس 2010، ص. 26.

امتداد مشاركتهم في الأعمال العدائية خارج الإطار الزمني لمحاولة دفع العدو عن أراضيهم⁽¹⁾، وبذلك تكون هذه الفقرة الاستثناء الوحيد لمبدأ رفض إعطاء صفة المقاتل للأشخاص الذين يشاركون بشكل مباشر في العمليات العدائية بشكل تلقائي، دون قيادة ولا حد أدنى من التنظيم⁽²⁾.

يمكن أن يستفيد من هذه الفقرة - من الناحية القانونية النظرية- على سبيل المثال السكان المدنيون العراقيون الذين رفعوا السلاح لمواجهة قوات الاحتلال الأمريكية سنة 2003، قبل مرحلة استتباب الاحتلال بسقوط بغداد⁽³⁾، غير أن إنفاذ هذه الفقرة لا يتم دائماً حسب ما هو مرغوب؛ لذلك نجد كثيراً من الأكاديميين يشنّون على الممارسات العملية وما يؤيدها من أطروحات فقهية تحاول أن تقدم تبريرات تعتبر سكان المناطق المهتدة بالاحتلال الذين يحملون السلاح، مقاتلين غير شرعيين لا يستفيدون من الحماية التي يربتها لهم القانون الدولي الإنساني⁽⁴⁾.

عند الاطلاع على المادة (1/43) من البروتوكول الإضافي الأول، المذكورة كإحالة في المادة 1/50 من البروتوكول نفسه، نجد أنها جاءت أشمل - في تعريف المقاتل الشرعي- من المادة (4/ألف) بفقراتها من (1 إلى 3)، الخاصة باتفاقيات جنيف الثالثة، وهذا ما جعل بعض الأكاديميين يعتبر الإحالة التي وردت في المادة (1/50) غير ضرورية وزائدة عن الحاجة⁽⁵⁾.

وتعتبر الإضافة النوعية التي أضفها البروتوكول الإضافي الأول، هي تلك

(1) IPSEN, K., «Combattants and non-combattants», in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ème éd., Oxford, 2008, pp. 93-94; Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 5e Edition, Bruylant, France, 2012, p. 422.

(2) نيلس ميلزر، مرجع سابق، ص. 26.

(3) Anthony ROGERS, «Combatant Status», in Elizabeth WILMSHURST and Susan BREAU (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 111.

(4) Recharad BAXTER, «So-Called Unprivileged Belligerency : Spies, Guerrillas and Saboteurs», *British Yearbook of International Law*, Vol 28, 1951, p. 335.

(5) Anthony ROGERS, «Combatant Status», in Elizabeth WILMSHURST and Susan BREAU (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 110.

المتعلقة بالترجيح في حالة الشك في وضعية شخص ما، هل هو مدني أو مقاتل؟ حيث نصت المادة (1/50) صراحة أن: "ذلك الشخص يعدّ مدنياً".

وإذا انتقلنا من الإطار النظري إلى الإطار العملي نجد أن الطرف الأضعف في النزاعات المسلحة غير المتكافئة لا يحظى مقاتلوه - في الغالب - باعتراف الطرف الأقوى بهم كمقاتلين شرعيين وهذا الواقع يؤدي، من بين أمور أخرى، إلى فشل تطبيق المادة (4/1) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، وكل المواد المتصلة بها كالمادة (3/44) على سبيل المثال لا الحصر، ذلك يعني أن النزاعات المسلحة غير المتكافئة في شقها الدولي، بسبب تصرفات الطرف الأقوى، تؤدي إلى استبعاد المنازعات المسلحة التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، من خانة النزاعات المسلحة الدولية، وتعطيل قسم هام من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف⁽¹⁾ الذي لطالما اعتبر إنجازاً على مستوى القانون الدولي الإنساني المكتوب.

الفرع الثاني: تعريف المقاتل الشرعي في النزاعات المسلحة غير الدولية

لم يعرف لنا البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف⁽²⁾ "المقاتل"، وذلك بسبب معارضة الدول التي حضرت المؤتمر الدبلوماسي الذي اعتمد نص البروتوكولين، خشية تأويله على أنه اعتراف بالفاعلين من غير الدول، وامتنياز يحمي المتمردين - الذين يمنحون صفة المقاتل - من المتابعات الجنائية وبالتالي يشجع على التمرد على المستوى الدولي⁽³⁾.

(1) Lorenzo Redalié, La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire, *Schulthess Médias Juridiques SA*, Genève, 2013, pp. 99-100.

(2) انضمت الجزائر لهذا البروتوكول بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-68 المؤرخ في 16 ماي 1989، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 20 بتاريخ 17 ماي 1989.

(3) Waldemar SOLF, «Problems with the Application of Norms Governing Interstate Armed Conflict to Non-International Armed Conflict», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 13, 1983, p. 292; Waldemar SOLF, «Status of Combatants», *The American University Law Review*, Vol. 33, 1983, p. 59.

ونتيجة لغياب التوصيف والتعريف القانوني للمقاتل في البروتوكول الإضافي الثاني، رغم ورود مصطلح "مقاتل" في أكثر من موضع في صلب نص البروتوكول⁽¹⁾؛ فإن مقارنة لتعريف المقاتل بالمعنى الأوسع بحيث ينطبق هذا التعريف على النزاعات المسلحة بشقيها الدولي وغير الدولي، تعتبر ضرورة ملحة، وهذا يقودنا مباشرة إلى المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف، وهي المادة التي استحدثت نعت "الانفاقية المصغرة"⁽²⁾؛ لكونها تضمنت صياغة تتيح استنتاج قواعد مهمة تتعلق بالأعمال العدائية، وتحديدًا اشتراطها المعاملة الإنسانية وبدون أي تمييز لفائدة الأشخاص الذين لا يشاركون مشاركة مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال. وبما أن المادة (3) المشتركة خاصة بالنزاعات المسلحة التي ليس لها طابع دولي؛ فإن ذلك يعني ضمناً أنها تخاطب بأحكامها ثلاث فئات هي: أفراد القوات المسلحة الحكومية، أفراد المجموعات المسلحة المنظمة، والسكان المدنيون⁽³⁾.

بقراءة تجمع بين المادة (3) المشتركة والمادة (1/1) من البروتوكول الإضافي الثاني، يمكن إعادة إسقاط ثنائية التصنيف المعتمدة بالنسبة للنزاعات المسلحة الدولية، على النزاعات المسلحة غير الدولية⁽⁴⁾ ونقصد بثنائية التقسيم: أفراد القوات المسلحة الحكومية والأفراد التابعون للمجموعات المسلحة المنظمة، الذين لا يستفيدون من الحماية المقررة ضد الهجمات المباشرة بسبب انتمائهم لجنح من أجنحة القوات المسلحة لطرف من أطراف النزاع، من جهة، والمدنيون المحميون من الهجمات ما

(1) راجع المواد: 13، 14، 15، 17 و 18 من البروتوكول الإضافي الثاني.

(2) Lindsay MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, *op. cit.*, p. 31; Georges ABI-SAAB, «Non-international Armed Conflict», in *International Dimensions of Humanitarian Law, Dordrecht*, UNESCO, 1988, p. 31; Georges ABI-SAAB, «Non-international Armed Conflict», in *International Dimensions of Humanitarian Law, Dordrecht*, UNESCO, 1988, p. 221.

(3) J.S. Pictet, *commentaire de la Troisième convention de Genève au traitement des prisonniers de guerre, comité international de la croix rouge*, Genève, 1958, p. 43.

(4) Michael BOTHE and all., *New rules for Victims of the armed Conflicts: Commentary on the two 1977 protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, *Martinus Nijhoff Publishers*, The Hague, 1982, p. 672.

لم يقوموا بدور مباشر في العمليات العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور المباشر، من جهة أخرى.

هذا الإسقاط والقياس يفيدنا في تعريف المقاتل ضمن سياق النزاعات المسلحة غير الدولية بأنه: كل فرد ينتمي للقوات المسلحة الحكومية حسب التعريف الوارد في الفقرة السابقة المتعلقة بالنزاعات المسلحة الدولية، يضاف إليه كل فرد ينتمي إلى الجماعات المسلحة المنظمة في النزاعات المسلحة غير الدولية، بحيث تكون مهمته الدائمة هي المشاركة المباشرة في العمليات العدائية، وهنا نلاحظ أن المعيار في تعريف المقاتل المنتمي إلى القوات المسلحة الحكومية هو معيار موسع، في حين أن المعيار المستخدم في تعريف المقاتل المنتمي إلى المجموعات المسلحة المنظمة هو معيار ضيق، أطلق عليه اسم "معيار الاستمرارية في وظيفة قتالية"⁽¹⁾.

ويعتبر هذا الاتجاه الفقهي في توسيع تعريف المقاتل ضمن القوات المسلحة الحكومية وتضييق تعريف المقاتل ضمن الجماعات المسلحة المنظمة، اتجاهاً إيجابياً بالنسبة لإعمال قواعد القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة غير المتكافئة، فهو يوسع دائرة التعريف بالنسبة للطرف القوي، الذي يمكنه بسبب تفوقه أن يوفر حماية أكبر لمقاتليه، ويضيقها بالنسبة للطرف الضعيف، حماية للسكان المدنيين الذين يكونون في الأصل في حالة تعاطف مع المجموعات المسلحة المنظمة القريبة منهم ويمكن أن يتعرضوا للاستهداف من قبل الطرف القوي، رغم عدم مشاركتهم بشكل مباشر في الأعمال العدائية.

المطلب الثاني: تعريف الشخص المدني في النزاعات المسلحة

"في النزاعات المسلحة الدولية، يعتبر جميع الأشخاص من غير الأعضاء في القوات المسلحة التابعة لأحد أطراف النزاع، أو الأشخاص المشاركين في هبة جماعية ضد غزو محتمل، هم أشخاص مدنيون، يستفيدون من الحماية ضد الهجمات المباشرة، ما لم يقوموا بدور مباشر في العمليات العدائية وعلى مدى الوقت الذي يقومون خلاله بهذا الدور".

(1) نيلس ميلزر، مرجع سابق، ص. 36.

هذه صياغة معدلة لتعريف الشخص المدني الذي ورد في المادة (50) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، والتي حافظت على نفس المنهج الذي اعتمده كل الصكوك المكتوبة والقواعد العرفية التي تنظم النزاعات المسلحة الدولية، والمتمثل في تبني التعريف السلي للشخص المدني⁽¹⁾، فكل الفئات التي لا تنتمي للقوات المسلحة أو للهبة الجماعية المعرفتين تعريفاً إيجابياً، فهي تنتمي للأشخاص المدنيين⁽²⁾.

وحسب الفقرة الثانية من المادة (50) فإنه: "يندرج [ضمن] السكان المدنيين كافة الأشخاص المدنيين"، ولا نعثر على تفسير مفصل لهذه الفقرة في تعليقات اللجنة الدولية للصليب الأحمر على مواد البروتوكول، غير أن كتابات بعض الباحثين والأكاديميين⁽³⁾ وضحت أن المقصود بها، هم:

- الأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة دون أن يكونوا في الواقع جزءاً منها، كالأشخاص المدنيين الموجودين ضمن أطقم الطائرات الحربية، والمراسلين الحربيين، ومتعهدي التموين، وأفراد وحدات العمال أو الخدمات المختصة بالترفيه عن العسكريين، شريطة أن يكون لديهم تصريح من القوات المسلحة التي يرافقونها⁽⁴⁾.
- أفراد الخدمات الطبية والدينية⁽⁵⁾.
- أسرى الحرب المحررين واحتياطي القوات المسلحة لإقليم محتل⁽⁶⁾.

(1) مثلاً: المادة 2/22 من إعلان بروكسل لعام 1874 والمادة 29 من قواعد لاهاي لعام 1907 تشيران إلى "المدنيين" بتمييز يقابل مصطلح "الجنود"، وانعكس ذلك حتى على القضاء الجنائي الدولي، حيث عرفت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سابقاً "المدنيين" في حالات النزاعات المسلحة الدولية بأنهم "أشخاص ليسوا أعضاء في القوات المسلحة أو لم يعودوا أعضاء فيها"، انظر:

ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, Judgment of March 2000, par. 180.

(2) Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Pays-Bas, 1986, par. 1914, p 625.

(3) Michael BOTHE and all., *op. cit.*, P. 294; Lorenzo Redalié, *op. cit.*, pp. 109-110.

(4) راجع: المادة 4/ألف/4 من اتفاقية جنيف الثالثة.

(5) راجع: المادة 33 من اتفاقية جنيف الثالثة، المادة 2/43 من البروتوكول الإضافي الأول.

(6) راجع: المادة 5/باء/1 من اتفاقية جنيف الثالثة.

- الأشخاص المدنيين العاملون في إنتاج، توزيع وتخزين الذخائر.
 - الأشخاص المدنيين الذين يشاركون مشاركة مباشرة في الأعمال العدائية خارج حالة الهبة الجماعية ضد غزو محتمل⁽¹⁾.
- أما فيما يخص تعريف الشخص المدني في النزاعات المسلحة غير الدولية، فبإجراء نفس المقاربة القياسية التي أجريناها في الفرع السابق، يمكن تعريف الأشخاص المدنيين بأنهم جميع الأشخاص من غير الأعضاء في القوات المسلحة الحكومية أو في الجماعات المسلحة المنظمة التابعة لطرف من أطراف النزاع.

المبحث الثاني: مفهوم المشاركة المباشرة بين العمليات العدائية والوظائف غير العدائية

لا شك أن المشاركة المباشرة للمقاتل الشرعي وللشخص المدني في العمليات العدائية، هي المعيار الأساسي الذي تقوم عليه مسألة تحديد شرعية الاستهداف من عدمه؛ لذلك وجب تحرير مفهومها بشكل دقيق، وتوضيح الفوارق بين سياق النزاع المسلح التقليدي والنزاع المسلح غير المتكافئ (المطلب الأول). ويعتبر نقيضا للمشاركة المباشرة في العمليات العدائية، المشاركة المباشرة في الوظائف غير العدائية، وهنا تبرز ازدواجية التكييف بين النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وهي ازدواجية تحاول أن تراعي فوارق القوة في النزاعات المسلحة غير المتكافئة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية

لا يوجد ضمن صكوك القانون الدولي الإنساني المكتوب تعريف محدد للمشاركة المباشرة في العمليات العدائية، كما لا توفر لنا السوابق المتعلقة بممارسة الدول وأحكام القضاء الجنائي الدولي، أي تعريف بهذا الصدد، وهذا الصمت ترك مجال الشك مفتوحا أمام المعلقين على صكوك القانون الدولي الإنساني الأساسية، وكذلك أمام قضاة المحاكم الجنائية الدولية، كما يتضح ذلك جليا من خلال

(1) راجع: المادة 3/51 من البروتوكول الإضافي الأول، المادة 3/13 من البروتوكول الإضافي الثاني.

تعريفاتهم الموحدة لمفاهيم مختلفة كـ "المشاركة المباشرة"⁽¹⁾، "العمل العدائي"⁽²⁾ و"المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية"⁽³⁾، حيث حظيت هذه المصطلحات الثلاثة بنفس التعريف، الذي يصفها بأنها: "أعمال بحكم طبيعتها وهدفها، تكون موجهة لضرب أفراد ومعدات القوات المسلحة للخصم، بشكل ملموس؛" لذلك ينبغي تفكيك هذه المصطلحات وتعريف كل منها على حدة، ثم جمعها ووضع تعريف شامل لها، ولا يتسنى ذلك إلا بمقاربة تحلل المكونات الأساسية لمفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية (الفرع الأول).

ولا تشكل جميع التصرفات جزءاً من العمليات العدائية أثناء النزاعات المسلحة، حيث إن هناك معايير محددة أو عناصر ينبغي توافرها حتى نحكم على عمل من الأعمال بأنه يرقى إلى المشاركة المباشرة في العمليات العدائية (الفرع الثاني)، ويندرج كذلك ضمن عملية التقييم التعرف على المراحل المختلفة للمشاركة المباشرة وهل تُكيّف كلها على أنها مشاركة مباشرة أم لا؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المكونات الأساسية لمفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية

يقوم مفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية على عنصرين رئيسيين هما: عنصر "المشاركة المباشرة" وعنصر "الأعمال العدائية"؛ ففي حين يشير العنصر الأول إلى مساهمة فرد من الأفراد في هذه العمليات، فإن العنصر الثاني يشير إلى اللجوء الجماعي لطرف من أطراف النزاع إلى وسائل وطرق من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر⁽⁴⁾.

وبحسب نوعية ودرجة المساهمة الفردية في العمليات العدائية، يمكن توصيفها

(1) Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève, *op. cit.*, par. 1944, p. 633.

(2) *Ibid.*, par. 1942, p. 633.

(3) TPRI, Prosecutor v. Rutanga, ICTR-96-3-A, Chambre d'Appel, Jugement, 26 mai 2003, par. 100; TPRI, Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-20-T, Chambre de première instance, Jugement et Sentence, 15 mai 2003, par. 366; TPRI, Prosecutor v. Bagillishma, ICTR-95-1A-T, Chambre de première instance, Jugement, 7 Juin 2001, par. 101.

(4) نيلس ميلزر، مرجع سابق، ص. 42.

بأنها مساهمة مباشرة أو غير مباشرة.

استخرج مصطلح المشاركة المباشرة في العمليات العدائية من الصيغة السلبية التي استخدمت في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف: "... الذين لا يشتركون مباشرة في العمليات العدائية"، ومن الملاحظ أن النسخة الانجليزية لاتفاقيات جنيف والبروتوكولين الملحقين بها، تراوح بين استخدام مصطلحي الدور "النشط"⁽¹⁾ والدور "المباشر"⁽²⁾ في العمليات العدائية، في حين أن النسختين العربية والفرنسية تكتفیان فقط باستخدام مصطلح "الدور المباشر"، وقد اعتبر الفقه والممارسة من خلال القضاء الجنائي الدولي، أن مصطلحي نشط ومباشر هما مترادفان يؤديان نفس المعنى والغرض في سياق النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية⁽³⁾.

وتأخذ مشاركة الأفراد المباشرة في العمليات العدائية صورة المشاركة العفوية أو المتقطعة أو غير المنظمة، كما يمكن أن تكون جزءاً من وظيفة دائمة يتولونها لصالح قوات حكومية أو جماعات مسلحة منظمة تتبع طرفاً من أطراف النزاع، ومعرفة أي من الصورتين تأخذها مشاركة الأفراد هو أمر حاسم بالنسبة لتحديد وضعهم كمدنيين أو غير ذلك، علماً أن تحديد وضعية الفرد المشارك لا تؤثر على العمليات العدائية من حيث ارتباط هذه المشاركة بشرعية توجيه الهجمات ضد المشاركين بشكل مباشر فيها، ولكن تحديد وضعية الفرد المشارك لها قيمة فيما بعد في حالة ما إذا وقع في الأسر، فإذا كان جزءاً من القوات المسلحة فإنه يحصل على امتياز أسير الحرب، أما إذا كان مدنياً فإنه يتعرض للمتابعة الجنائية، عدا حالة الهبة الجماعية ضد غزو محتمل التي أشرنا إليها سابقاً.

(1) راجع: المادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف (النسخة الانجليزية).

(2) راجع: المواد 3/51، 2/43، 1/67 هـ من البروتوكول الإضافي الأول، والمادة 3/13 من البروتوكول الإضافي الثاني (النسخة الانجليزية).

(3) TPRI, *Prosecutor V. Akayesu*, TPRI-96-4-T, Chambre de première instance I, Jugement, 2 Septembre 1998, par. 629; Jean-François QUEGUINER, «Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law», HPRC – Working Paper, November 2003, p. 1.

يميل الطرف الأقوى في النزاعات المسلحة غير المتكافئة، إلى التوسع في مفهوم المشاركة المباشرة للمدنيين في الأعمال العدائية، بما يتجاوز العمل المادي الملموس، ويتعداه إلى محاكمة النوايا العدائية للسكان المدنيين، وهذا يشكل خطورة على التمييز الذي يقره القانون الدولي الإنساني بين الفقدان المؤقت للحماية والمرتبب بالضرر الذي يسببه هؤلاء المدنيين للعدو خلال مشاركتهم في العمليات العدائية، وأثناء فترة هذه المشاركة حصراً، وبين الفقدان الدائم للحماية الذي ينبى على وظيفة محددة يضطلع بها هؤلاء المدنيون تدخلهم ضمن معيار الاستمرار في الوظيفة القتالية، حيث يلجأ الطرف الأقوى إلى التعامل مع المدنيين على أساس أنهم فقدوا بشكل دائم الحماية المقررة لهم دون أن تقوم على ذلك أدلة قوية.

الفرع الثاني: المعايير المحددة لمفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية

حتى يقيم عمل من الأعمال على أنه مشاركة مباشرة في العمليات العدائية ينبغى توفر ثلاثة شروط مجتمعة هي: أن يتسبب العمل العدائي بضرر متوقع للعدو (الفقرة الأولى)، أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين العمل والضرر المتوقع (الفقرة الثانية)، أن يكون العمل والضرر والعلاقة السببية بينهما ضمن سياق عمل حربي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: بلوغ عتبة الضرر

عندما يتوقع طرف من أطراف النزاع بأن هناك احتمالاً موضوعياً لوقوع ضرر ذي طبيعة عسكرية ناتج عن عمل فيه مشاركة مباشرة في العمليات العدائية⁽¹⁾، فإن شرط بلوغ عتبة الضرر يعتبر محققاً بغض النظر عن المخاطر والخسائر الكمية، ولا يقتصر تفسير الضرر العسكري على إلحاق الموت أو الإصابة بالعسكريين، والتسبب في الدمار لأعيانهم⁽²⁾، فحسب، بل يتعداه إلى أية عواقب يمكن أن تؤثر سلباً على العمليات والقدرة العسكرية لطرف من أطراف النزاع⁽¹⁾.

(1) Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève, *op. cit.*, par. 1944, p. 633.

(2) David KRETZMER, «Targeted Killing of Suspected Terrorists : Extrat – Judicial

وعلى سبيل المثال، يمكن أن تعتبر أعمال التخريب غير المسلحة التي من شأنها أن تعيق تقدم قوات العدو، أعمالاً تؤثر سلباً على العمليات العدائية التي يشنها العدو، ويدخل في هذا السياق أيضاً عمليات التشويش والاختراق الإلكتروني التي يقوم بها هاكرز مدنيون ضد قوات العدو، غير أن التوسع في مفهوم التأثيرات السلبية للمشاركة المباشرة في العمليات العدائية، يعتبر من سمات النزاعات المسلحة غير المتكافئة، أين يلجأ الطرف القوي إلى اعتبار عدم تعاون السكان المدنيين الذين ينتمون للطرف الضعيف، أعمالاً سلبية تعيق عملياته العسكرية، وبالتالي فإن استهدافهم من وجهة نظره يصبح شرعياً، غير أن هؤلاء السكان المدنيون أنفسهم يمكن أن يقعون ضحايا لتعسف قوات الطرف الضعيف الذي ينتمون إليه، كما حدث مع بدايات احتلال العراق عام 2003، حيث قام الطرف الضعيف باختطاف عدد كبير من الصحفيين للسيطرة على الفضاء الإعلامي العراقي تحت الاحتلال⁽²⁾، ولا توجد أي بدائل أمام الطرف الأقوى لتحقيق التمييز بين المشاركين بشكل مباشر في العمليات العدائية وبين الصحفيين المحتطفين، أثناء شن الهجوم، سوى ما توفره المعلومات الاستخبارية التي تعتبر عاملاً حاسماً لتطبيق معايير القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة غير المتكافئة.

لكن ماذا بشأن الأعمال التي لا تؤثر بشكل سلب على العمليات والقدرات العسكرية لطرف من أطراف النزاع، بل تكون موجهة ضد السكان المدنيين للخصم وأعيانهم؟

يمكن أن تدخل مثل هذه الأعمال في إطار ما أسمته المادة (1/49) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، بـ "أعمال العنف الهجومية والدفاعية

Executions or Legitimate Means of Defense?», *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N°. 02, 2005, p. 192.

(1) نيلس ميلزر، مرجع سابق، ص. 47.

ICRC, report of the Third expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Geneva, October 23-25, 2005, p.14.

(2) Pierre KRAHENBUHL, «The ICRC Approach to Contemporary security Challenges: A Future for Independent and Neutral humanitarian Action», *IRRC*, Vol. 86, N°. 855, September 2004, pp. 505-514.

ضد الخضم"، وهذا ما يفتح إمكانية أن ترقى الأعمال الموجهة ضد السكان المدنيين وأعيانهم إلى مشاركة مباشرة في العمليات العدائية، ومن الأمثلة على ذلك: إقدام الطرف القوي في النزاعات المسلحة غير المتكافئة على قصف الأحياء السكنية في المدن، أو إقدام الطرف الضعيف على إطلاق صواريخ بدائية الصنع بشكل عشوائي على مدن الطرف الأقوى، ولا يعتد بمثل هذه الأعمال، ما لم تسبب بالموت أو تلحق إصابات بالسكان المدنيين، أو تلحق دماراً بأعيانهم.

الفقرة الثانية: العلاقة السببية المباشرة

ترتبط مختلف نصوص القانون الدولي الإنساني مسألة المشاركة المباشرة في العمليات العدائية، بفقدان الحماية المقررة قانوناً ضد الهجمات، كنتيجة مباشرة لهذا الفعل، وبمفهوم المخالفة فإن هذا معناه، أن مشاركة المدنيين غير المباشرة في العمليات العدائية لا تؤدي بهم إلى فقدان هذه الحماية⁽¹⁾، وبإسقاط هذا المعنى على النزاع المسلح بشكل عام، يتضح أن المشاركة المباشرة مرتبطة أساساً بسير العمليات العدائية، أما المشاركة غير المباشرة فهي ما يرتبط عادة بالأنشطة التي تسهم في المجهود الحربي العام كصيانة البنى التحتية وإنتاج وشحن الأسلحة والمعدات العسكرية، أو ما يصطلح على تسميته بالأنشطة المساندة للحرب كشن حرب نفسية عن طريق وسائل الإعلام ضد العدو⁽²⁾.

ولا شك أن مثل هذا النوع من الأنشطة وإن لم يكن لها دور مباشر في العمليات العدائية، إلا أنها قد تلحق أضراراً على المدى المتوسط والطويل بالعدو يمكن أن يتجاوز أثره الأثر الذي تحدثه الأنشطة المباشرة.

ولذلك ينبغي أن نفرق بين العلاقة السببية المباشرة بين الفعل والضرر الناجم عنه، وبين العلاقة السببية غير المباشرة بين الفعل والضرر الناجم عنه؛ فالأولى

(1) Tom RUYSS, «License to Kill? State Sponsored Assassination under International Law», *Institute for International Law – Working Paper*, N°. 76, May 2005, p. 21.

(2) Anthony ROGERS and P. MALHERBE, «Model Manual on the Law of Armed Conflict», *ICRC*, Vol. 29, 1999, p. 30.

تؤدي ضمن سياق النزاعات المسلحة التقليدية إلى تكييف عمل ما على أنه مشاركة مباشرة في العمليات العدائية يشرع الهجوم على من قام به، بينما لا يعدد بالعلاقة السببية غير المباشرة في النزاعات المسلحة التقليدية، وهذا خلافا للنزاعات المسلحة غير المتكافئة، التي تتميز بالتوسع في مفهوم المشاركة المباشرة بحيث يدخل ضمنه الأنشطة التي تساهم في الجهود الحربية العام والأنشطة المساندة للحرب، حيث إن الطرف الأقوى يعتبر العلاقة السببية المباشرة وغير المباشرة تؤديان إلى نفس التكييف الذي مفاده بلوغ عتبة الضرر، وهذا بدوره يؤدي إلى حرمان قطاعات واسعة من السكان المدنيين من الحماية الممنوحة لهم ضد الهجمات المباشرة.

الفقرة الثالثة: الارتباط بعمل حربي

لغرض اكتمال شروط التكييف القانوني لعمل من الأعمال على أنه مشاركة مباشرة في العمليات العدائية، ينبغي فضلا عن الشروط الأخرى، أن يكون هذا العمل مرتبطا بعمل حربي يلحق الضرر بأحد أطراف النزاع لحساب الطرف الآخر⁽¹⁾، فلا اعتداد ضمن سياق النزاعات المسلحة بالأعمال التي لا تسبب ضررا لأحد الأطراف، أو تحلق ضررا بطرف آخر غير منخرط في هذا النزاع، فمثل هذه الحالات تغطيها القوانين الداخلية للدول⁽²⁾.

وكما هو الحال بالنسبة لأركان الجريمة المادية والمعنوية، فإن التفسير المعاصر لمفهوم الارتباط بالعمل الحربي، يذهب إلى الاعتداد بالركن المعنوي من وراء الإقدام على عمل يسبب ضررا لطرف من أطراف النزاع، ولكن بشكل استثنائي يتعلق بحالات مثل استخدام مدنيين كدروع بشرية غير طوعية في تأمين التغطية أثناء عمليات قتالية متقاربة، ولكن تبقى القاعدة العامة هي عدم مراعاة العوامل النفسية التي تتعلق بالمشاركين في الأعمال التي قد تكييف على أنها مشاركة مباشرة⁽³⁾.

(1) نيلس ميلزر، مرجع سابق، ص. 59.

(2) ICRC, report of the Fourth expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Geneva, November 27-28, 2006, p.52.

(3) ICRC, report of the Third expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, *op. cit*, p. 9.

وإذا كانت الحدود الفاصلة بين الأعمال التي تشكل ارتباطا بعمل حربي وغيرها من الأعمال الأخرى التي قد يفوق ضررها الضرر الناجم عن الفئة الأولى، مسألة واضحة المعالم في سياق النزاعات المسلحة التقليدية، فإنها ليست كذلك بالنسبة للنزاعات المسلحة غير المتكافئة، أين يلجأ الطرف الأقوى إلى التأثير عن طريق الحرب النفسية ووسائل استخباراتية أخرى على السكان المدنيين للطرف الأضعف ودفعتهم إلى الفوضى مما يستنزفه في اضطرابات داخلية. ولا شك أن مثل هذه الأعمال لا تعتبر أعمالا لها ارتباط بالعمل الحربي، غير أن سياق النزاعات المسلحة غير المتكافئة يعتمد على صناعة الاضطرابات الداخلية كأسلوب من أساليب الحرب، وبالتالي فإن إثبات العلاقة - رغم الصعوبات التي تكتنفه - بين الاضطرابات الداخلية وتدخل طرف من أطراف النزاع في صناعتها وتأجيحها، قد يعتبر عاملا حاسما في ربطها بالعمل الحربي.

الفرع الثالث: مراحل المشاركة المباشرة في العمليات العدائية

على اعتبار أن المدنيين الذين يشاركون مشاركة مباشرة في العمليات العدائية يفقدون الحماية الممنوحة لهم ضد الهجمات المباشرة طوال فترة مشاركتهم، ويستردون هذه الحماية بانتهاء مشاركتهم المباشرة، فإن البحث في مراحل المشاركة المباشرة يعتبر مسألة مهمة، والمقصود بذلك هو معرفة متى تبدأ المشاركة المباشرة ومتى تنتهي⁽¹⁾؟

عند طرح تساؤل بداية المشاركة المباشرة، ثور مسألة المرحلة التحضيرية للعمل العدائي، وهي عبارة عن جملة الإجراءات التحضيرية للعملية العدائية التي وصفتها المادة (3/44) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف بأنها: "العملية العسكرية التي تجهز لهجوم"، فهي بهذا مرتبطة بشكل وثيق بالعمل العدائي اللاحق، ويعتبر من يشارك في هذه المرحلة التحضيرية بشكل مباشر، بأنه شارك بشكل مباشر أيضا في العملية العدائية⁽²⁾، ومن الأمثلة على ذلك شحن ألغام أرضية على متن

(1) ICRC, report of the Fourth expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, *op. cit.*, p. 61.

(2) Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin

شاحنات لزرعها في منطقة عمليات محددة، أو تنفيذ عملية انتشار وتمركز للوحدات التي سوف تضطلع بتنفيذ العملية العدائية، ولا يشترط لتكييف هذا النوع من العمليات التحضيرية على أنه مشاركة مباشرة في العمل العدائي الأصلي، أن يكون هناك قرب زمني أو جغرافي بين المرحلتين التحضيرية والتنفيذية للعمل العدائي⁽¹⁾، بل إن التباعد الجغرافي والتقارب الزمني بين المرحلة التحضيرية والمرحلة التنفيذية لعمل عدائي ما أصبح من سمات النزاعات المسلحة غير المتكافئة، حيث يحرك الطرف الأقوى طائراته بدون طيار بمجرد تلقي المعلومة الاستخبارية (تقارب زمني)، ويقصف أهدافا تبعد عن قاعدة التحكم بآلاف الكيلومترات (تباعد جغرافي).

على أنه لا يدخل في عين الاعتبار المراحل التحضيرية التي لا تخدم المرحلة التنفيذية للعمل العدائي بشكل مباشر، مثل المراحل التحضيرية التي تعتبر جزءاً من بناء القدرات والاستعداد لتنفيذ هجمات بشكل عام وغير محدد.

أما فيما يخص نهاية العمل العدائي، فعادة ما تكون بالعودة ومغادرة منطقة العمليات بالنسبة للعمليات التقليدية التي تتطلب وجود وحدات عاملة على الأرض⁽²⁾، وفيما يتعلق بالعمليات العدائية غير التقليدية التي عادة ما تكون مصاحبة للنزاعات المسلحة غير المتكافئة كالهجمات السيبرانية، أو الطائرات بدون طيار، فتتخصص فيها مدة المشاركة المباشرة على التنفيذ الآني للعمل العدائي وما يمكن أن يكون صاحبه من إجراءات تحضيرية.

المطلب الثاني: الحماية غير المتكافئة للوظائف غير العدائية

من أجل تحديد مدى انتماء وتبعية الأفراد للقوات المسلحة النظامية وللمجموعات المسلحة غير النظامية، سواء تعلق الأمر بالنزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، طور الفقهاء والأكاديميون معيارين مساعدين لهذا الغرض، هما: معيار

1977 aux conventions de Genève, *op. cit.*, par. 1695, p. 535.

(1) نيلس ميلزر، مرجع سابق، ص. 67.

(2) نفس المرجع، ص. 68.

الانخراط الرسمي في القوات المسلحة النظامية، ومعيار الانخراط الوظيفي في الأعمال العدائية مع المجموعات المسلحة غير النظامية، الذي يستند إلى مفهوم الاستمرارية في وظيفة قتالية.

ويترتب على معيار الانخراط الوظيفي مجموعة من النتائج تمس عدة مستويات، بداية من قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بسير العمليات العدائية، حيث لا يفقد الأفراد المشاركون بشكل مباشر في العمليات العدائية الحماية الممنوحة لهم فحسب، بل إن وضعهم القانوني برمته يتغير، إذ يفقد المدنيون الذين يتولون وظيفة قتالية دائمة صفتهم كمدنيين ويتحولون إلى أعضاء في المجموعات المسلحة المنظمة⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، وبناءً على مفهوم الوظيفة القتالية المستمرة، لا يعتبر جزءاً من المجموعات المسلحة المنظمة سوى الأشخاص الذين يساهمون بانتظام بشكل مباشر في مختلف مراحل العمل العدائي، وهذا يعني أن الأشخاص المكلفين بوظائف الدعم غير المباشر للعمليات العدائية لا يعتبرون جزءاً من هذه المجموعات، في حين أن نفس الوظائف يعتبر من يقوم بها جزءاً من القوات المسلحة النظامية⁽²⁾، وبالتالي يصبح هدفاً شرعياً لاستهداف المجموعات المسلحة.

هذا التكييف المزدوج للوظائف غير العدائية بين القوات المسلحة النظامية والمجموعات المسلحة المنظمة، يعكس الطبيعة غير المتكافئة للنزاعات المسلحة المعاصرة⁽³⁾، والتي يمكن أن تقرأ كحالة لتعديل ميزان القوة بين الطرف الأقوى والطرف الأضعف، حيث تعتبر الحماية التي يحظى بها الأشخاص الذين يقومون بأدوار غير عدائية لصالح الجماعات المسلحة المنظمة في مقابل فقدان الحماية لنظرائهم

(1) Frits Kalshoven, «Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977- part 1: Combatants and Civilians», *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 8, 1977, pp. 84-86.

(2) Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève, *op. cit.*, par. 1677, p. 521.

(3) Kenneth WATKIN, «Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in hostilities' Interpretive Guidance», *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, p. 692.

ضمن القوات المسلحة النظامية من قبيل تعديل كفة الطرف الأضعف في مثل هذه النزاعات، ومن الأمثلة على ازدواجية التكييف اعتبار سائق لدى القوات المسلحة الأمريكية يقوم بنقل خيم إلى معسكر في أفغانستان، هدفا شرعيا للهجوم، في حين أن سائقا آخر يقوم بنفس المهام لصالح حركة طالبان يكيف على أنه لا يعد عضوا ضمن المجموعة المسلحة ويعامل كمدني يحظى بحماية كاملة ضد الهجمات.

وفي هذا السياق، من الجدير التذكير بأن المعلقين على البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف، في معرض إشارتهم إلى الحروب التي تتميز بأسلوب حرب العصابات، اقترحوا بأن يقوم أطراف النزاع بتبادل المعلومات فيما بينهم حول تشكيلات قواتهم المسلحة سواء كانت هذه القوات نظامية أو مجموعات مسلحة⁽¹⁾، وتمييز الأشخاص غير المسلحين الذين يعملون مع القوات المسلحة في وظائف ليست ذات طابع قتالي دائم⁽²⁾.

وبالعودة إلى الاختلال الحاصل في التعاطي مع الأشخاص الذين يقومون بوظائف غير قتالية⁽³⁾، بين الطرف الأقوى والأضعف في النزاعات المسلحة غير المتكافئة، من الملاحظ أن الأطراف القوية تلجأ في السنوات الأخيرة بشكل متصاعد إلى تعديل كفة هذا الاختلال عن طريق الاستعانة بجهات خارجية في العمليات العدائية مثل الشركات الأمنية الخاصة، وهي الشركات التي نادرا ما تدمج مع القوات المسلحة للطرف الأقوى⁽⁴⁾، وتستخدم غالبا لاستهداف الأشخاص المحميين قانونا في جانب الطرف الأضعف، وهو ما يوصف على أنه حرب بالوكالة لا تتحمل القوات المسلحة المشغلة لهذه الشركات مسؤولية الانتهاكات التي تنجم عنها.

(1) Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève, *op. cit.*, par. 1679, p. 522

(2) *Ibid.*, p. 534.

(3) Kenneth WATKIN, *op. cit.*, p. 690; Michael N. SCHMITT, «Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees», Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, ICRC, The Hague October 25-26, 2004.

(4) Emanuela-Chiara GILLARD, «Business goes to war: private military/ security companies and international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N°. 863, 2006, p.533.

الخلاصة:

لا شك أن قصور صكوك القانون الدولي الإنساني المكتوبة عن مواكبة النزاعات المسلحة غير المتكافئة أمر لا تخبطه عين الباحث والملاحظ، وفي الحقيقة تعتبر هذه ظاهرة ارتبطت بهذا الفرع من فروع القانون الدولي العام، ومن الأمثلة على ذلك: تأخر صدور البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الذي اعترف بحركات التحرر الوطني كأطراف تخوض نزاعات مسلحة دولية، سنوات طويلة، حتى تحررت أغلب الأقطار المحتلة في العالم، غير أن ميزة القانون الدولي الإنساني هي أن شقعه العرفي يكمل دائما شقعه المكتوب، ولكن في موضوعنا الذي عنوانه إشكالية تحديد مفهوم المقاتل الشرعي في النزاعات المسلحة غير المتكافئة، نسجل أن القانون الدولي الإنساني يخفق بشقيه: المكتوب والعرفي، في توفير إطار قانوني مناسب، وليس من سبيل إلا الاستعانة بالفقه الذي لطالما سبق القانون، في تفسير ما كان غامضا منه، والتنظير لما سكت عنه، ويوضح لنا الفقه بأن اعتماد معيار موسع في تعريف المقاتل المنتمى إلى القوات المسلحة النظامية (التي تعتبر غالبا هي الطرف الأقوى في النزاعات المسلحة غير المتكافئة)، واعتماد معيار ضيق في تعريف المقاتل المنتمى إلى المجموعات المسلحة المنظمة (التي تعتبر غالبا الطرف الأضعف في النزاعات المسلحة غير المتكافئة)، هو اتجاه إيجابي يستهدف تعديل كفة موازين القوة المحتلة بالأساس في هذا النوع من النزاعات.

ويشعُرُ الفقه في معظمه على محاولات الطرف القوي في النزاعات المسلحة غير المتكافئة، الالتفاف على هذا التفسير الإيجابي، من خلال توسعته لمفهوم المشاركة المباشرة للمدنيين في الأعمال العدائية، بما يتعدى معيار الاستمرار في وظيفة قتالية، إلى محاكمة النوايا والتذرّع بحجة عدم تعاون السكان المدنيين معه كطرف أقوى، ومن خلال لجوئه إلى الاستعانة بجهات خارجية في العمليات العدائية مثل الشركات الأمنية الخاصة، دون أن يدمجها مع قواته المسلحة، وتستخدم غالبا هذه الشركات لاستهداف الأشخاص المحميين قانونا الذين ينتمون للطرف الأضعف.

وتحضر كتابات الفقهاء، الطرف الأقوى على توظيف قوته بما يخدم مبدأ التمييز في القانون الدولي الإنساني، كتوظيف المعلومات الاستخبارية في تحديد المدنيين

الذين ينطبق عليهم معيار الاستمرار في وظيفة قتالية، وبالتالي اعتبارهم كأهداف شرعية للهجوم، بدل توظيف القدرات الاستخبارية في صناعة الاضطرابات الداخلية كأسلوب من أساليب الحرب.

ومما تخلص له هذه الدراسة أن الأفراد المشاركين بشكل مباشر في المراحل التحضيرية لعمل عدائي ينطبق عليهم ما ينطبق على الأفراد المشاركين في المراحل التنفيذية له، يدخلون ضمن تعريف المقاتل الشرعي الذي يسمح القانون الدولي الإنساني باستهدافه، ولا يتأثر ذلك بالتباعد الجغرافي والزمني بين المراحل التحضيرية والتنفيذية.

وختاماً نسجل أنه رغم التقدم المشهود للفقهاء في وضع تفسيرات ومعايير تحقق تكييف القانون الدولي الإنساني مع النزاعات المسلحة غير المتكافئة، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون إنجازاً نظرياً، بينما على المستوى العملي المتعلق بإنفاذ القانون الدولي الإنساني، يبقى الفقهاء قاصراً على تحقيق الغايات السامية التي وضع من أجلها القانون الدولي الإنساني، ما لم يتبن آراءه القضاء الجنائي الدولي، وما لم تتحول تلك الآراء إلى صكوك مكتوبة أو قواعد عرفية.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

- نادر إس كندر دياب، "تطور مفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية في القانون الدولي الإنساني"، مؤسسة عامل وجامعة الحكمة، لبنان، 2011.
- نيلسميلزر، دليل تفسيري لمفهوم المشاركة المباشرة في العمليات العدائية بموجب القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة العربية الأولى، القاهرة، مارس 2010، ص. 26.

باللغة الأجنبية:

- Anthony ROGERS and P. MALHERBE, «Model Manual on the Law of Armed Conflict», ICRC, Vol. 29, 1999.

- Anthony ROGERS, «Combatant Status», in Elizabeth WILMSHURST and Susan BREAU (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Anthony ROGERS, «Combatant Status», in Elizabeth WILMSHURST and Susan BREAU (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- David KRETZMER, «Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extraterritorial – Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?», *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N°. 02, 2005.
- Emanuela-Chiara GILLARD, «Business goes to war: privatemilitary/ security companies and international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N°. 863, 2006.
- Frits Kalshoven, «Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977- part 1: Combatants and Civilians», *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 8, 1977, pp. 84-86.
- Geoffrey S. CORN, «Unarmed but How dangerous? Civilian Augmentees, the Law of Armed Conflict, and the Search for a More Effective Test for Permissible Civilian Battlefield Functions», *Journal of National Security Law and Policy*, Vol. 2, 2008, pp. 257-295.
- Georges ABI-SAAB, «Non-international Armed Conflict», in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Dordrecht, UNESCO, 1988, p. 31; Georges ABI-SAAB, «Non-international Armed Conflict», in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Dordrecht, UNESCO, 1988.
- ICRC, report of the Fourth expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Geneva, November 27-28, 2006.
- ICRC, report of the Third expert Meeting on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Geneva, October 23-25, 2005.

- ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, Judgment of March 2000.
- IPSEN, K., «Combattants and non-combattants», in D. FLECK (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ème éd., Oxford, 2008, pp. 93-94; Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 5e Edition, Bruylant, France, 2012.
- J.S. Pictet, commentaire de la Troisième convention de Genève au traitement des prisonniers de guerre, *comité international de la croix rouge*, Genève, 1958.
- Jean-François QUEGUINER, «Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law», *HPRC – Working Paper*, November 2003.
- Kenneth WATKIN, «Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC ‘Direct Participation in hostilities’ Interpretive Guidance», *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010.
- Lorenzo Redalié, La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire, *Schulthess Médias Juridiques SA*, Genève, 2013.
- Michael BOTHE and all., New rules for Victims of the armed Conflicts: Commentary on the two 1977 protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, *Martinus Nijhoff Publishers*, The Hague, 1982.
- Michael GUILLORY, «Civilianizing the Force : is the United States Crossing the Rubicon ?» *Air Force Law Review*, 2001, pp. 111-142.
- Michael N. SCHMITT, «Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees», Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, *ICRC*, The Hague October 25-26, 2004.
- Pierre KRAHENBUHL, «The ICRC Approach to Contemporary security Challenges: A Future for Independent and Neutral humanitarian Action», *IRRC*, Vol. 86, N°. 855, September 2004, pp. 505-514.
- Recharad BAXTER, «So-Called Un privileged Belligerency: Spies, Guerrillas and Saboteurs», *British Yearbook of International Law*, Vol 28, 1951.

- Robert W. GEHRING, «Loss of the Civilian Protection under the Fourth Geneva Convention and Protocol I», *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. XIX-1-2, 1980, pp. 12-48.
- Saïda Bédar, «L'asymétrie comme paradigme central de la stratégie américaine», *Le Débat stratégique*, no 56, mai 2001.
- Tom RUYSS, «License to Kill? State Sponsored Assassination under International Law», *Institute for International Law – Working Paper*, N°. 76, May 2005.
- Waldemar SOLF, «Status of Combatants», *The American University Law Review*, Vol. 33, 1983.
- Waldemar SOLF, «Problems with the Application of Norms Governing Interstate Armed Conflict to Non-International Armed Conflict», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 13, 1983.
- Yves SANDOZ et autres, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Pays-Bas, 1986.

دور مفتشية العمل في تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة في التشريع الجزائري

بقلم: مزناد صبرينة *

الملخص

تختص مفتشية العمل في مراقبة احترام تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية، لاسيما المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة، كما لها دورا هاما في الوقاية من الأخطار المهنية التي قد تصيب العمال في أماكن العمل حيث يحق لمفتشي العمل القيام بالزيارات والدخول إلى أماكن العمل في أي ساعة من الليل أو النهار من أجل مراقبة تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والسلامة المهنيين، كما يمكن لهم القيام بالفحص والتحري من خلال الاطلاع على السجلات منها في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، وسجل حوادث العمل، وفي حالة ملاحظة مفتش العمل تقصيرا أو خرقا للقانون يوجه إعدارا للمستخدم أو تحرير محضر المخالفة.

Résumé

L'inspection du travail est spécialisée dans la surveillance de l'application des dispositions législatives et réglementaires, notamment celles relatives à la santé et à la sécurité au sein de l'établissement, elles ont en outre, un rôle important dans la prévention des risques professionnels qui peuvent affecter les travailleurs au lieu du travail, les inspecteurs ont le droit d'effectuer des visites et d'accéder au lieu du travail, à toute heure du jour ou de la nuit afin de surveiller l'application des dispositions relatives à la santé et à la sécurité professionnelles, ainsi qu'ils peuvent faire l'examen et l'enquête grâce à l'accès à leurs registres dans le domaine de la prévention de la santé, la sécurité et la médecine du travail, si l'inspecteur du travail observe une négligence ou une violation de la loi, il adresse une mise en demeure à l'employé ou il rédige un procès verbal de violation.

* باحثة في السنة الثالثة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.

Summary

Work inspectorate is specialized in supervising the application of legislative and regulatory provisions, in particular, those related to health and safety within the establishment, they also have an important role in the prevention of occupational risks, which can affect workers in the place of work, inspectors have the right to visit and access to the place of work at any time of the day and night, in order to supervise the application of the provisions related to occupational health and safety, so they can do the examination and investigation through access to their registers in the field of prevention of health, safety and occupational health-care, if the inspector observes a carelessness or a violation of the law, he addresses a formal notice to the employer or he draws up a report of violation.

مقدمة

يعتبر العمل إحدى ضروريات الحياة، إلا أنّ بيئة العمل أو المؤسسة في كثير من الأحيان تحتوي على عوامل متباينة تشكّل خطورة على صحّة العاملين⁽¹⁾، وعلى هذا تضطلع أجهزة التفتيش بدور رئيسي وهام في كفالة احترام إنفاذ قوانين العمل الوطنية، لاسيّما عندما يتعلق الأمر بحماية الحقوق العمالية وسلامتهم⁽²⁾، ونظراً لاحتلال صحّة العاملين وسلامتهم البدنية مكانة هامة ضمن القانون الاجتماعي في الجزائر لأنّها من بين حقوق الإنسان، ولضمان استقرار العامل وحمايته، أوكل المشرّع الجزائري مفتشية العمل مراقبة تنفيذ الأحكام المتعلقة بالوقاية والأمن داخل المؤسسة، إذ تعتبر هيئة خارجية ضمن المؤسسة تلعب دوراً هاماً في الوقاية من الأخطار المهنية التي قد تصيب العمّال في أماكن العمل، إذ منح لها المشرّع الجزائري اختصاصات في هذا المجال بموجب القانون 90-03 المؤرخ في 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بمفتشية العمل معدّل ومتمّم بالأمر رقم 96-11 سنة 1996 وبموجب القانون 88-07 مؤرخ في 26 يناير سنة 1988، يتعلق بالوقاية الصحية

(1) MARCHAUD Daniel, Le droit du travail en pratique, Edition d'organisation, Paris, 2003, P.329.

(2) ROY Véronique, Droit du travail, Dunod, Paris, 2004, P.59.

والأمن وطب العمل. والإشكال الذي يُطرح في هذا المقام ما مدى فعالية جهاز مفتشية العمل في وقاية العمال من الأخطار المهنية داخل المؤسسة؟ وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا التطرق إلى الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة في المبحث الأول، اختصاصات مفتشية العمل في مجال الصحة والأمن والجزاء المترتبة على مخالفتها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة

تشكل السلامة والصحة المهنيين نظاماً يتعامل مع الوقاية من الإصابات والأمراض المتعلقة في العمل فضلاً عن حماية وتعزيز صحة العمال، ويهدف إلى تحسين ظروف بيئة العمل والحفاظ على الصحة البدنية والعقلية للعمال في جميع المهن.

تعرف السلامة والصحة المهنية بأنها توفير ظروف العمل الآمنة اللازمة للمحافظة على عناصر الإنتاج⁽¹⁾، أو هي تلك النشاطات والإجراءات الإدارية الخاصة بوقاية العاملين من المخاطر الناجمة عن الأعمال التي يزاولونها، ومن أماكن العمل التي قد تؤدي إلى إصابتهم بالأمراض والحوادث⁽²⁾، وتتلخص أهداف السلامة والصحة المهنية في حماية العمال من الضرر الذي يلحق بهم من جراء وقوع حوادث وإصابات العمل وذلك عن طريق تطبيق مجموعة من الإجراءات والاحتياطات الوقائية.

حظي مجال الصحة والأمن اهتماماً كبيراً على المستوى الوطني من خلال صدور نصوص تشريعية، ولكن هذه النصوص التشريعية والتنظيمية لا معنى لها إذا لم يتم احترامها من طرف أرباب العمل والعمال أنفسهم، ولهذا أوجد المشرع

(1) أميمة صقر المغني، واقع إجراءات الأمن والسلامة المهنية المستخدمة في منشآت قطاع الصناعة التحويلية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا كلية التجارة قسم إدارة الأعمال، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص. 15-16.

(2) J.Vatin, Ci. Jérômeau, Droit du travail et droit social, (droit fiscale), édition Foucher, Paris, 1973, P.105.

الجزائري هيئات رقابية خارجية تمثل على وجه الخصوص في جهاز مفتشية العمل ناهيك عن الأجهزة الداخلية تمثل في لجان الوقاية الصحية والأمن⁽¹⁾، وعلى هذا قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن في الاتفاقيات الدولية وموقف المشرع الجزائري، أما المطلب الثاني فنخصناه لمفتشية العمل كجهاز مكلف برقابة الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة وهذا وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن في الاتفاقيات الدولية وموقف المشرع الجزائري

سرعان ما بات واضحاً أنّ الصحة والأمن داخل المؤسسة يتعلقان بحماية صحة وحياة العمال، إذ يعتبر كواجب على صاحب العمل تحقيقه، وسرعان ما برزت قضايا تتعلق بالأخلاقيات وبال حقوق والواجبات كان من الضروري النظر في الموضوع، إذ يجب ترسيخ هذا المجال في مبادئ معايير السلامة والصحة لمنظمة العمل الدولية وكذا التشريعات الوطنية، حيث يجب وضع سياسة وطنية للسلامة والصحة وتنفيذها ومراجعتها دورياً من قبل السلطة المختصة بالتشاور مع المنظمات الأكثر تمثيلاً لأصحاب العمل والعمال.

نتناول في هذا المطلب تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن في الاتفاقيات الدولية في الفرع الأول، وموقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول: تطبيق الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن في الاتفاقيات الدولية

إن حاجة العمال إلى الحماية لمواجهة الأخطار التي كانت تواجه لم تكن وليدة القرن الحالي بل تمتد إلى فترة زمنية بعيدة⁽²⁾ يرجع ذلك إلى ظهور الثورة الصناعية

(1) سكيل رقية، دور لجان الوقاية للصحة والأمن في وقاية العمال من الأخطار المهنية داخل المؤسسة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 11، جانفي 2014، ص 81.

(2) الطيب سماتي، ندوة حول مؤسسات التأمين التكافلي والتأمين التقليدي بين الأسس النظرية والتجريبية

واستعمال للألات وما أفرزته من أوضاع خطيرة على الفئات العمالية في ورشات الصناعية كانت تفتقر إلى شروط الأمن والوقاية وهو ما أدى إلى تعرض العمال لحوادث العمل وظهور حالات مرضية⁽¹⁾ ونتيجة لهذه الظروف القاسية التي أحاطت بالعمال في أماكن العمل التي يشتغل فيها والتي تفتقر إلى وسائل الوقاية فساءت حالتهم مما أدى إلى زيادة عدد الوفيات، وحسب تقرير مشاكل العمل لسنة 1891 فسجل 400 حادث عمل كل أسبوع في المصانع البريطانية⁽²⁾ ونظرا لهذه المخاطر المتعددة التي تتعرض لها العمال كان لا بد من الاهتمام باتخاذ الإجراءات اللازمة التي تضمن العناية⁽³⁾ والمحافظة عليهم من حيث التخطيط والتقييم لبرامج السلامة والصحة المهنية.

تسعى منظمة العمل الدولية بالنهوض بحقوق الاجتماعية للعامل في مختلف أنحاء العالم، وذلك من خلال مجموعة المبادئ والأحكام والمتعلقة بأوضاع العمل والعمال⁽⁴⁾، حيث قامت منظمة العمل الدولية بوضع العديد من مدونات قواعد الممارسات في ميدان السلامة والصحة المهنية⁽⁵⁾ كما سعت إلى إصدار العديد من التوصيات والاتفاقيات التي تضمن الإجراءات الوقائية والهدف منها تعزيز بيئات

والتطبيقية في مداخله تحت عنوان الإطار القانوني للتأمينات الاجتماعية في التشريع الجزائري ومشاكله العملية، جامعة فرحات عباس، 26/25 أبريل 2011.

(1) منجل جمال، الاتجاهات النظرية المفسرة لحوادث العمل: محاولة لفهم التشريع الجزائري لحوادث العمل، مجلة التواصل، عدد 20 ديسمبر 2007، عنابة، 2007، ص 12.

(2) بن ديدي العربي، الرقابة على تطبيق الأحكام التشريعية في قانون العمل الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة مستغانم، 2011/2010، ص أ.

(3) أميمة صقر المغني، المرجع السابق، ص 2.

(4) بدرية عبد الله العوضي، دول مجلس التعاون الخليجي ومستويات العمل الدولية، عالم المعرفة، الكويت، 1985، ص 5.

(5) مؤتمر العمل الدولي، أنشطة منظمة العمل الدولية المتصلة بالمعايير في مجال السلامة والصحة المهنية، الدورة 91، جنيف 2003، ص 11.

عمل توفر مستوى أفضل من السلامة الصحية⁽¹⁾، منها التوصية رقم (5) لسنة 1919 "يوصي المؤتمر العام كل دولة عضو في منظمة العمل الدولية بأن تنشئ في أقرب وقت ممكن إن لم تكن قد فعلت بعد نظاماً يكفل تفتيشاً فعالاً على المصانع، بالإضافة إلى خدمة حكومية تكلف بالتحديد بمهمة حماية صحة العمّال وتظل على اتصال دائم بمكتب العمل الدولي"⁽²⁾.

رغم أنّ التوصية غير ملزمة، فإنّها بهذا المفهوم تتضمن لفت الانتباه إلى وجوب تفتيش العمل بالرقابة على المصانع لأنّ العمل الصناعي يحمل مخاطر عدّة على سلامة وصحة العاملين فيه، بالإضافة إلى توفير خدمة حكومية تكلف بمهمة حماية صحة العمّال⁽³⁾.

إن معايير العمل الدولية التي جاءت بها منظمة العمل الدولية، اهتمت كثيراً بهذا المجال وجعلته من أولوياتها، وقد رعت إضفاء الطابع الإنساني على الحماية فأصدرت عدة اتفاقيات، تبين للدول السياسات التي يجب إتباعها لمنع وقوع الخطر والحفاظ على صحة وسلامة حياة العامل⁽⁴⁾، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد:

-اتفاقية رقم 155 بشأن السلامة والصحة المهنتين وبيئة العمل التي يتضمن أربعة أجزاء، فالجزء الأول يتمثل في النطاق والتعارف، أما الجزء الثاني يتمثل في مبادئ السياسة الوطنية، الجزء الثالث يتمثل في العمل على المستوى الوطني، أما الجزء الرابع والأخير فيتضمن العمل على مستوى المنشأة.
تنص المادة 1 من هذه الاتفاقية على أنه: "تطبق هذه الاتفاقية على جميع

(1) مؤتمر العمل الدولي، إطار ترويجي للسلامة والصحة المهنتين، التقرير الرابع، الدورة 90، جنيف 2006، ص4.

(2) التوصية رقم (5) لسنة 1919، بشأن إنشاء خدمات صحية حكومية.

(3) التوصية رقم (5) لسنة 1919، نفس المرجع.

(4) محمود سالم، الالتزامات صاحب العمل بحماية العامل من حوادث العمل، مجلة العمل الكويتية، 7 سبتمبر 2009.

www/ Ktuf/ org

فروع النشاط الاقتصادي".

اهتمت الاتفاقية الدولية رقم (155)⁽¹⁾ بالسلامة والصحة المهنية للعمال حيث تنطبق هذه الاتفاقية علي جميع فروع النشاط الاقتصادي، إلا أنه يجوز للدولة التي تصادق على الاتفاقية أن تستثني بعض فروع النشاط الاقتصادي وذلك بعد التشاور مع منظمة العمال وأصحاب العمل، ولكن علي الدول أن تأخذ تدابير لتوفير الحماية الكافية للعمال الفروع المستثناة⁽²⁾.

ألزمت المادة 4 الدول المصادقة على الاتفاقية بوضع سياسة وطنية بشأن السلامة والصحة المهنيين ومراجعة هذه السياسة بصورة دورية كلما اقتضت الظروف بالتشاور مع منظمات العمال وأصحاب العمل والهدف من هذه السياسة الوطنية الوقاية من الحوادث والأمراض المهنية⁽³⁾.

يطلب من أصحاب العمل أن تكون أماكن العمل والآلات والمعدات والمواد المستعملة لا تشكل خطراً على الصحة، وأن يتخذ جميع التدابير للحماية، وعند الاقتضاء يجب أن يوفر ما يكفي من الملابس والمعدات الواقية لتفادي خطر الحوادث أو الآثار الضارة بالصحة⁽⁴⁾، إذ إن توفير شروط الصحة والسلامة المهنية من بين التزامات أصحاب العمل، حيث يجب عليهم اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة وتوفير كل المعدات الوقائية لحماية صحة وسلامة العمال من الأخطار المهنية.

صدرت اتفاقية 167 بشأن السلامة والصحة في البناء إذ تنص المادة 7 من هذه الاتفاقية: "تقضي القوانين أو اللوائح الوطنية بأن من واجب أصحاب العمل

(1) الاتفاقية رقم (155) بشأن السلامة والصحة المهنيين وبيئة العمل، جنيف 1981 بدأ النفاذ بها سنة 1983، صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 06-59 مؤرخ في 11 فبراير 2006 في الجريدة الرسمية عدد 7 لسنة 2006.

(2) انظر المواد (1 ، 2) من نفس الاتفاقية.

(3) المادة 4، نفس الاتفاقية.

(4) المادة 16 من الاتفاقية رقم 155 بشأن السلامة والصحة وبيئة العمل، المرجع السابق.

والأشخاص الذين يعملون لحسابهم الخاص أن يلتزموا بتدابير السلامة والصحة المقررة في مكان العمل".

إن اتخاذ الإجراءات والشروط اللازمة للصحة والأمن في مكان الأنشطة التي تجري في موقع البناء من التزامات صاحب العمل⁽¹⁾، حيث يبقى صاحب العمل مسؤولاً في تطبيق هذه التدابير بالنسبة للعمال الذين يشغلون تحت سلطته، وهذا ما نصت عليه المادة 2/8، وهذه التدابير تكون بتوفير جو ملائم وسليم من الأخطار كتوفير سلام مناسبة وسليمة للوصول إلى أماكن مرتفعة وكذلك الرافعات والآلات والمعدات، ويجب أن تكون هذه صالحة دائماً للعمل وكذلك اتخاذ التدابير لمنع سقوط العمال... الخ هذا ما تضمنته المواد 16، 17، 18 و⁽²⁾.

أما على مستوى معايير العمل الدولية العربية فقد أصدرت منظمة العمل العربية اتفاقيات تضمن حماية صحة وسلامة العاملين من المخاطر المهنية، إيماناً بان حماية اليد العاملة من المخاطر المهنية بتوفير بيئة عمل سليمة، ذلك ينعكس بصورة إيجابية على الناتج القومي، كما أن الدول العربية تسعى لمواكبة التقدم التقني في مختلف المجالات في الصناعة والزراعة والتجارة والنقل والخدمات وتبع ذلك اتساع دائرة المخاطر المهنية، حيث إن منظمة العمل العربية تهدف إلى تحسين مستويات وظروف العمل وتعمل من أجل ذلك على تطوير تشريعات العمل، سعت إلى إصدار اتفاقيات وأهم ما جاءت به نجد:

- اتفاقية رقم 13 بشأن بيئة العمل حيث تطرقت إلى السلامة والصحة المهنتين إذ تنص المادة الرابعة: "يجب أن تتوفر في أماكن العمل الشروط الصحية خاصة من حيث النظافة والسلامة من التلوث بالعوامل الحية المسببة للأمراض...".

(1) المادة 7 من اتفاقية رقم 167 بشأن السلامة والصحة في البناء، الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي، جنيف، 1988، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-06 مؤرخ في 11 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 7 لسنة 2006.

(2) المواد 16، 17، 18، نفس المرجع.

كما تنص المادة 6: "يجب حماية العاملين وبيئة العمل من أخطار المواد الكيميائية وتفاعلاتها، سواءً كانت من المواد الصلبة أو السائلة أو الغازية، مع مراعاة عدم تجاوز تركيزها في بيئة العمل للحد المسموح به".

يتضح من خلال نص المادتين أنه يجب توافر الشروط الصحية في أماكن العمل أو داخل المؤسسة المستخدمة خاصة من حيث النظافة والسلامة من كل الأخطار وحماية العاملين منها⁽¹⁾.

كما صدر اتفاقية رقم 7 بشأن السلامة والصحة المهنية التي تقضي بأن تشمل التشريعات العربية أحكاماً خاصة بالسلامة والصحة المهنية في جميع مجالات العمل وقطاعاته، وأحكاماً خاصة بالتأمين على العمّال من حوادث العمل وأمراض المهنية⁽²⁾.

إنّ الدّول ملزمة بإقرار أحكاماً خاصة بالسلامة والصحة المهنية وتأمين العمّال ضدّ الحوادث والأمراض المهنية وذلك في النصوص واللوائح الوطنية كما يجب إنشاء جهاز تفتيش خاص بالسلامة والصحة المهنية ويجب أن يدعم هذا الجهاز بكل الوسائل ومنحه السلطات القانونية للقيام بعمله.

الفرع الثاني: موقف المشرّع الجزائري

اهتم المشرّع الجزائري على غرار باقي التشريعات بموضوع الوقاية الصحية والأمن داخل أماكن العمل، وكرّس هذا المبدأ في شكل مبدأ دستوري عمل على تطبيقه من خلال مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية، وهذا تطبيقاً للاتفاقيات العربية والدولية المصادق عليها، وقد منح المشرع الجزائري هذه الحماية للعامل من الأخطار المهنية في ظل التحولات الاقتصادية التي مرت بها الجزائر، ففي ظل التسيير الاشتراكي للهؤسسات فأعتبر العامل هو المسير والمنتج وهذا ما استدعى التكفل بهم، حيث

(1) المواد 4، 6 من الاتفاقية العربية (13) بشأن بيئة العمل، الصادرة عن مؤتمر العمل العربي، بنغازي، 1981.
(2) المادة 1 من الاتفاقية العربية رقم 7 بشأن السلامة والصحة المهنية الصادرة عن مؤتمر العمل العربي، مصر، 1988.

قضت المادة 62 من دستور 1976 على أنه: "تضمن الدولة أثناء العمل الحق في الحماية والأمن والوقاية الصحية"⁽¹⁾، ثم جاءت مرحلة اقتصاد السوق التي كانت نتيجة الإصلاحات المترتبة على دستور 1989 وقد كان لها الأثر على تكيف علاقات العمل وتنظيم القطاع العام الاقتصادي إلى مبدأ استقلالية المؤسسات مما أدى إلى النص على إقرار الحماية للعامل كمبدأ وترك التفاصيل إلى الاتفاقيات الجماعية والأنظمة الداخلية للمؤسسات نظرا للطابع التعاقدية لعلاقة العمل⁽²⁾، هذا ما تضمنته المادة 52 فقرة 2 من دستور 1989 على ما يلي: "يضمن القانون في أثناء العمل الحق في الحماية والأمن والنظافة"⁽³⁾، ونفس الصياغة جاء به دستور 1996 في نص المادة 55⁽⁴⁾ وكذلك التعديل الدستوري لسنة 2016 في نص المادة 1/69⁽⁵⁾، وتطرق المشرع الجزائري إلى التدابير العامة للحماية الصحية وسلامتها في الأمر رقم 31-75 إذ ينص في المادة 241: "إنّ المحاللات والأماكن التي فيها العمل يجب أن تكون نظيفة بصورة مستمرة وأن تتوفر فيها شروط الوقاية الصحية الضرورييتين لصحة العمّال أو المتدربين".

كما تنص المادة 243 على أنه: "يجب على العمّال أن يضعوا في متناول مستخدمي كل مؤسسة أو وحدة الوسائل الكفيلة بتأمين النظافة الفريدة ولاسيما خزانات الملابس والمغاسل والمراحيض والمرشات"⁽⁶⁾.

(1) المادة 62 من أمر رقم 97-76 مؤرخ في 23 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، ج ر عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

(2) محمد الصغير بعلي، تشريع العمل الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 3-21.

(3) المادة 52 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر عدد 9 مؤرخة في 1 مارس 1989.

(4) المادة 55 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

(5) قانون رقم 01-16 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 44 مؤرخة في 7 مارس 2016.

(6) المادة 243 من أمر رقم 31-75 مؤرخ في 29 أبريل سنة 1975، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات

=

يتضح من خلال نص المادتين أنه يجب توفير شروط الحماية والأمن داخل أماكن العمل ويجب على أصحاب العمل أن يقوموا بجمع التدابير لحماية صحة العمال، ونظم هذا المجال في المواد من 13 إلى 15 من القانون رقم 78-12 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل⁽¹⁾، وبعدها قانون التأمينات الاجتماعية رقم 83-11⁽²⁾ وفي القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية⁽³⁾ وأكد المشرع الجزائري بتدعيم هذه الحماية بمجموعة من التدابير الأمنية والوقائية وحماية الصحة في القانون رقم 88-07 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل الذي ألزم المؤسسة المستخدمة بضمان الوقاية الصحية والأمن وذلك مهما كان قطاع النشاط الذي ينتمي إليه⁽⁴⁾، كما أوجب المشرع الجزائري على المستخدم الاهتمام بمجال الصحة والأمن داخل المؤسسة في القانون 90-11 وجعله حق من حقوق العمال⁽⁵⁾.

إلا أنّ هذه النصوص التشريعية لا معنى لها إذا لم يتم احترامها من قبل المؤسسة المستخدمة والعمال أنفسهم كما سبق الإشارة إليه لهذا أوجد المشرع هيئات رقابية داخلية على مستوى المؤسسة المستخدمة وهيئات خارجية منها مفتشية العمل كما نوضحه لاحقاً.

العمل في القطاع الخاص، ج ر عدد 39 مؤرخة في 16 ماي 1975.

(1) قانون رقم 78-12 مؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج ر عدد 32 مؤرخة في 8 أوت 1978، إذ تنص المادة 88 فقرة 1: "يتعين على كل مؤسسة مستخدمة أن تضع نظاماً داخلياً يتحدّد بموجبه...ومعايير الصحة والأمن في العمل طبقاً للقوانين والأنظمة".

(2) قانون رقم 83-11 مؤرخ في 2 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر عدد 28 لسنة 1983.

(3) قانون رقم 83-13 مؤرخ في 13 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج ر عدد 28 لسنة 1983.

(4) قانون رقم 88-07 مؤرخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج ر عدد 4 مؤرخة في 27 جانفي 1988.

(5) قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 أفريل 1990، المعدل بالقانون رقم 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68 مؤرخة في 25 ديسمبر 1991 والأمر رقم 96-21 مؤرخ في 9 جويلية 1996، ج ر عدد 43 مؤرخة في 10 جويلية 1996.

المطلب الثاني: مفتشية العمل كجهاز مكلف في رقابة الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة

يلزم صاحب العمل بتوفير ظروف الصحة والسلامة المهنية للعامل أي توفير المستلزمات التي تمكن العامل من أداء عمله بصورة صحيحة وتامة⁽¹⁾، حيث يلزم صاحب العمل بأن يجعل مؤسسته نظيفة ومستكملة للشروط الصحية والوسائل اللازمة التي تحول دون إصابة صحة العامل بضرر⁽²⁾، ولحسن تطبيق هذه الأحكام المتعلقة بمجال الصحة والأمن داخل المؤسسة منح المشرع لمفتشية العمل بمراقبة حسن تطبيق هذه الأحكام وذلك من خلال الزيارات الميدانية لمواقع العمل وإبداء النصح والتوجيه وصولاً للتطبيق السليم⁽³⁾، ولتوضيح أكثر قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف مفتشية العمل، أما الفرع الثاني خصصناه لمهام مفتشية العمل وهذا وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: تعريف مفتشية العمل

المفتشية العامة للعمل هيئة موضوعة تحت وصاية وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي، وصدرت مهامها في المرسوم 05-05⁽⁴⁾ ونفس الصيغة التي جاء بها المشرع الفرنسي هي موضوعة تحت وصاية وزارة العمل والمديرية الجهوية للعمل واليد العاملة، وهي هيئة لها وسائل وسلطات لتنفيذ مهامها⁽⁵⁾.

كما يمكن تعريفها بأنها هيئة رقابية مكونة من مجموعة مفتشين تمارس صلاحيتها في حدود القانون فهي مكلفة بتطبيق الأحكام المتعلقة بقانون العمل.

(1) BAUVAT Paulette, NICOLE Siret D E C F 2 Manuel, relation juridique, « travail, protection social, crédit pénal, contentieux », 11ème édition, Dunod, Paris, 2006/2007, P.162.

(2) غالب علي الداودي، شرح قانون العمل وتعديلاته (دراسة مقارنة مع ملحق بالصوص وأخر التعديلات)، ط.3، دار وائل للنشر، الأردن، 2004، ص.134.

(3) سليمان بدري الناصري، قانون العمل (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، (د.ب.ن)، 2005، ص.164.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 05-05 مؤرخ في 6 جانفي 2005، يتضمن تنظيم المفتشية العامة للعمل وسيرها.

(5) Jean-Luc Koehl, Droit du travail et droit social, Ellipses, Paris, 1994, P.46.

الفرع الثاني: مهام مفتشية العمل

تتولى رقابة مدى تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية في مجال الوقاية والأمن داخل المؤسسة مفتشية العمل من خلال المهام الذي منحها المشرع الجزائري في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽¹⁾، إذ جعل هذا القانون حق من حقوق العمال ويظهر جلياً في نص المادة 5 فقرة 5، وكذلك من خلال نص المادة 31 من قانون 88-07 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل السالف الذكر إذ تنص: "تعهد رقابة تطبيق التشريع الساري في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل إلى مفتشية العمل طبقاً للصلاحيات المخولة لها".

كذلك تنص المادة 33: "فضلاً عن الرقابة التقنية والإدارية المنوطة بالمصالح الصحية، تمارس رقابة تطبيق النصوص التشريعية في مجال العمل من قبل مفتشية العمل والمصالح الصحية التي يتعين لهذا الغرض أطباء مكلفين بمهمة الرقابة والتفتيش".

تنص المادة 2 فقرة 1 من قانون رقم 90-03 المتعلق بمفتشية العمل على ما يلي: "تختص مفتشية العمل بما يأتي: -مراقبة تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بعلاقات العمل الفردية والجماعية وظروف العمل والوقاية والصحة وأمن العمال".

يفهم من خلال النص أن مراقبة الأحكام المتعلقة بظروف العمل والوقاية والصحة والأمن داخل المؤسسة من المهام الأساسية التي خولها المشرع الجزائري لمفتشية العمل.

المبحث الثاني: اختصاصات مفتشية العمل في مجال الصحة والأمن داخل

المؤسسة والجزاءات المترتبة عن مخالفتها

تهدف التشريعات في مجال الصحة والأمن إلى توفير بيئة العمل الآمنة والحفاظ على صحة وسلامة العاملين، وجعل توفير هذه البيئة الملائمة للعمل من التزامات صاحب العمل⁽²⁾، إذ تقع مسؤولية تنفيذ السلامة والصحة المهنتين

(1) قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.

(2) DUQUESNE François, Droit du travail, 4ème édition, Gualino, Paris, 2007, P.243.

والامتنال للمتطلبات في كافة الدول وفقا للقوانين واللوائح الوطنية على عاتق صاحب العمل⁽¹⁾، إذ يجب عليه أن يتخلص من المخاطر أو التقليل منها بقدر ما هو معقول عملياً وذلك من خلال وضع نظام آمن للعمل والحفاظ على مكان العمل⁽²⁾، وتتطلب حماية الصحة في أماكن العمل توفير جهاز مكلف بتنفيذ الشروط والأحكام المتعلقة بالأمن والصحة داخل المؤسسة، وأحسن ما فعل المشرع الجزائري يجعل مراقبة تنفيذ هذه الأحكام من اختصاصات مفتشية العمل، ويظهر ذلك جلياً في القانون 03-90 والقانون 07-88 وهذا ما سنوضحه في المطلب الأول، وأقر عقوبات على مخالفة هذه الأحكام، إذ يترتب عنها عقوبات مدنية وأخرى جزائية، هذا ما نتطرق إليه في المطلب الثاني وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: اختصاصات مفتشية العمل في مجال الصحة والأمن داخل المؤسسة

إن مفتشية العمل تختص بمراقبة شاملة في مدى تنفيذ الأحكام المتعلقة بعلاقات العمل الفردية والجماعية، طبقاً لنص المادة 6 من القانون 03-90 والقانون 07-88 يتبين بأن مراقبة الأحكام المتعلقة بشروط الصحة والأمن وطب العمل من اختصاصات مفتشية العمل⁽³⁾، حيث منح المشرع الجزائري صلاحيات واسعة لمفتش العمل إذ يمارس الرقابة على صاحب العمل والمؤسسة المستخدمة للبحث والتأكد من مدى مراعاتها للنصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بحماية ومراعاة سلامة العامل، وتصل صلاحياته إلى تقرير العقوبة، كما يمكن له إزالة الخطر، ولتحقيق ذلك يجب أن يقف مفتش العمل على الواقع الذي يعيشه العامل ويكون ذلك بالزيارات الميدانية لأماكن العمل وليقوم بعد ذلك تحرير وتدوين كل النتائج المتوصل إليها ليصل في الخير إلى توقيع العقوبة على المؤسسة المخالفة، على هذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نتناول في الفرع الأول الدخول إلى

(1) مبادئ منظمة العمل الدولية التوجيهية بشأن السلامة والصحة المهنتين، 2001، ص.7.

(2) WORK Safe Victoria, Information for employers Arabic, Occupation health and safety Act 2004, P.1-2.

(3) KORICHE Mohammed Nasr-Eddine, Droit du travail, Tome 02 office des publications universitaires, Alger, 2009, P.29.

أماكن العمل، أما الفرع الثاني تناول فيه الفحص والتحري، ذلك وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: دخول مفتش العمل إلى أماكن العمل

إن أول سلطة تعطىها قوانين العمل للمفتش هي حق الدخول إلى المؤسسات وأماكن العمل الخاضعة لرقابة التفتيش، أي التي يسري بشأنها قانون العمل، حيث يتمتع مفتش العمل بسلطة القيام بزيارات إلى أماكن العمل التابعة لمهامه ومجال اختصاصه، قصد مراقبة تطبيق الأحكام القانونية والتنظيمية⁽¹⁾، فلهفتش العمل حق الزيارة في أي مكان عمل يشتغل فيه العمال أجراء أو ممتنون من الجنسين باستثناء المستخدمين للقانون الأساسي للوظائف العسكري والمؤسسات التي تقتضي فيها ضرورات الدفاع والأمن الوطنيين⁽¹⁾.

إن حق دخول أماكن العمل ليس مقررًا لذاته، بل مقررٌ لتمكين مفتش العمل من تفتيش أماكن العمل لمراقبة تطبيق نصوص قانون العمل التي تهدف إلى حماية الحقوق العمالية، كما أن تواجد المفتش داخل المؤسسة يؤدي إلى شعور العمال بالأمان⁽²⁾، والسؤال الذي يمكن طرحه هنا هل المشرع الجزائري وضع وقت للسماح لمفتش العمل بدخول أماكن العمل؟

مفتش العمل له حق الدخول إلى أي مؤسسة مستخدمة تشغل فيها أشخاص يحميهم القانون وهو غير ملزم باحترام وقت معين، فقد يقوم بزيارة المؤسسة المستخدمة نهرا، كما يمكن له أن يقوم بذلك ليلا حيث يمكن له بهذه الصفة الدخول في أية ساعة من النهار أو الليل إلى أي مكان يشغل فيه أشخاص تحميهم الأحكام القانونية والتنظيمية التي يتعين عليه معاينة تطبيقها، هذا ما قضت به المادة 2/5 من القانون 90-03، إلا إذا كان الورشة أو وسائل الإنتاج موجودة في محل

(1) انظر المادة 1/5 والمادة 3 من القانون 90-03 المرجع السابق.

(2) علي فيصل علي، تفتيش العمل ودوره في كفالة إنفاذ تشريعات العمل (دراسة مقارنة في نظم وقوانين العمل بدول مجلس التعاون ومعايير العمل الدولية)، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، 2014، ص.235.

مخصص للسكن فهنا مفتش العمل ملزم بالقيام بزياراته في ساعات العمل، هذا ما جاء في نص المادة 5 فقرة 3⁽¹⁾، بالإضافة أنه ليس لمفتش العمل أن يخطر صاحب العمل بزيارته مسبقاً، إلا أن عند وصوله إلى المؤسسة المستخدمة يجب عليه أن يعلم صاحب العمل أو من يمثله، كما يمكن لصاحب العمل أن يطلب من مفتش العمل إثبات صفته وذلك بتقديم بطاقته المهنية⁽²⁾.

يتمتع مفتش العمل في مجال الوقاية الصحية والأمن بحق الزيارة والدخول إلى المؤسسات المستخدمة، حيث يمكن له القيام بالزيارة بمفرده أو طلب اصطحاب المستخدم أو ممثله أو أي شخص آخر بحكم سلطته.

يبقى الهدف من زيارة مفتش العمل هو السهر على رقابة تطبيق الأحكام والنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بعلاقات العمل الفردية والجماعية وظروف العمل خاصة قواعد الصحة والأمن داخل المؤسسة، كما يحرص مفتش العمل من خلال هذه الزيارات إلى إزالة المخالفات التي تهدد صحة وسلامة العاملين.

الفرع الثاني: الفحص والتحري

يتمتع مفتش العمل بسلطة القيام بزيارات إلى أماكن العمل التابعة لمهامهم واختصاصهم الإقليمي أين يركز نشاطه على فحص ومراقبة ظروف وشروط العمل، كما يمكن له إجراء أي تحقيق يراه ضروري للتأكد من مدى تطبيق الأحكام القانونية خاصة المتعلقة بالصحة والأمن، حيث يحق له أيضاً الاطلاع على مختلف السجلات التي تنحصر في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل وسجل حوادث العمل وسجل المراقبة التقنية للآلات الصناعية، وتعدّ هذه السجلات التي يلزم بها المستخدم⁽³⁾، ويجب على المستخدم أن يتخذ كل التدابير حتى يتسنى لمفتش العمل

(1) المادة 5 فقرة 2 و3 من القانون رقم 90-03، المتعلق بمفتشية العمل، المرجع السابق.

(2) بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري (نشأة علاقة العمل الفردية والآثار المترتبة عنها)، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص.244،

(3) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-98 المؤرخ في 6 مارس 1996، المحدد قائمة الدفاتر

=

أن يطلع عليها وهذا ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي 96-98 السالف الذكر، إذ يمكن لمفتش العمل أن يطلب أي دفتر أو سجل بغية التحقق من مطابقته للتشريع العمول به⁽¹⁾، الاستماع والاستعانة بأي شخص يرى مفتش العمل ضروري للاستشارة برأيه خاصة حين يتعلق الأمر بمجال الوقاية الصحية والأمن، وقد نص المشرع صراحة على هذه الصلاحية في المادة 6 فقرة أ وفقرة هـ، كما يمكن له استجواب صاحب العمل والعمّال، وقد يعتبر هذا الاستجواب ضرورياً ليعرف مفتش العمل ما يعرض عليه من معلومات أو بيانات ويتأكد من مدى تطبيق شروط الصحة والأمن داخل المؤسسة المستخدمة.

كما أنه يمكن مراقبة المواد المستعملة في المؤسسة وأخذ عينات منها لفحصها والتي قد يكون لها تأثير ضار على سلامة العمّال وصحتهم أو بيئة العمل، وذلك بغرض تحليلها لمعرفة مدى الأخطار الناجمة عند استعمالها، وإذا كانت مطابقة للمعايير المحددة قانوناً، هذا ما جاء في نص المادة 6 فقرة ب إذ تنص: "أخذ عينة من أية مادة أو من أي منتج موزع أو مستعمل أو السعي لأخذها قصد تحليلها"⁽²⁾.

سمح القانون لمفتش العمل إجراء مثل هذه التحاليل لمعرفة والكشف عن الأوضاع الحقيقية للمؤسسة المستخدمة وظروف وشروط العمل فيها، خاصة ما تعلق بمجال الصحة والأمن، ونظراً لتعقيدات المواد المستعملة في المؤسسة، ولعدم تأهيل مفتش العمل لمعرفة ما إذا كانت هذه المواد مطابقة لمعايير السلامة والصحة المهنية، يمكن له الاستعانة بأشخاص وهيئات مختصة في هذا المجال لإجراء هذه الفحوص والتحليل، للتحقق والتأكد من مدى مطابقتها لمقاييس الصحة وعدم إضرارها بصحة وسلامة العمال.

والسجلات الخاصة التي يلزم بها المستخدمون ومحتواها، ج ر عدد 17 لسنة 1996.

(1) المادة 3/6 من القانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل، المرجع السابق.

(2) المادة 6 من قانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل، نفس المرجع.

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة على مخالفة الأحكام المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة

وضع المشرع الفرنسي عدة قواعد لحفظ الصحة والأمن في العمل والمنفذة جزائياً في حالة مخالفة هذه القواعد، ويعتبر صاحب العمل مسؤولاً جزائياً لارتكابه خطأ⁽¹⁾، وحذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بوضع قواعد وأحكام متعلقة بالصحة والأمن وطب العمل، وفي حالة خرق لهذه النصوص التشريعية والتنظيمية يترتب عنها جزاءات وهذا ما سوف نبينه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى العقوبات المدنية في الفرع الأول والعقوبات الجزائية في الفرع الثاني وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: العقوبات المدنية

بعد أن ينهي مفتش العمل زيارته إلى مكان العمل، يخرج بمجموعة من النتائج والملاحظات المتعلقة بغرض الزيارة وهي مدى احترام المؤسسة المستخدمة للقوانين والتشريعات بصفة عامة وما تعلق بالوقاية الصحية والأمن بصفة خاصة⁽²⁾ نجد من صلاحيات مفتش العمل إعطاء ملاحظات كتابية، إعطاء أوامر وكذا تقديم إنذارات حيث يقوم مفتش العمل بإعذار صاحب العمل عند معاينته للمخالفة حتى يمثل للتعليمات بمقتضى التشريع والتنظيم المعمول بهما، ويضع مفتش العمل أجلاً للمؤسسة المستخدمة آجالاً قصداً وضع حد لتلك المخالفة، فبالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة منها التشريع الفرنسي، حيث إذا لاحظ مفتش العمل تقصيراً أو خرقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصحة والأمن، فإنه يقدم إعذاراً إلى المستخدم قصد الامتثال إلى التعليمات ويكون الاعذار كتابياً وللمستخدم 4 أيام ليضع حداً لهذا التقصير، ويمكن لمفتش العمل توجيه محضر مخالفة مباشرة دون

(1) CRISTEL Morel journal, Droit général, 4ème édition, Gualino l'extenso édition, Paris, 2010, P.345.

(2) غالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2012، ص83.

اعذاره في حال تعرض العمّال لأخطار جسمية⁽¹⁾، أما المستخدم يمكن الطعن في قرارات مفتش العمل في أجل شهرين من تاريخ القرار وفقاً للتشريع الفرنسي⁽²⁾.

أما في التشريع الجزائري، يحجر مفتش العمل الملاحظات الكتّابية والإعذارات ومحاضر المخالفة كلما عين تقصيرا في تطبيق التشريع والتنظيم المتعلقين بالعمل والمعمول بهما، وله السلطة التقديرية في تحرير إحدى هذه الوثائق حسب كل حالة يقوم مفتش العمل بتدوين الملاحظات الكتّابية والإعذارات في دفتر الإعذارات الذي يفتحه المستخدم أو صاحب العمل خصيصاً لهذا الغرض، وهو يعتبر من الدفاتر الواجب إمساكها⁽³⁾. أما إذا لاحظ مفتش العمل وجود أي تقصير أو خرقاً لقاعدة من قواعد القانون المتعلق بالوقاية الصحية والأمن فهنا يمنحه أجلاً لا يتجاوز 8 أيام للامتثال، وفي حالة تقاعس صاحب العمل فيحرر ضده محضر المخالفة حيث يحدد نوع المخالفة ويوجهه للجهات القضائية المختصة.

نفس الأمر للحالات التي يلاحظ فيها مفتش العمل تعرض العمال لحالات خطرة بسبب الظروف السيئة التي يعملون فيها، أو ملاحظته عدم احترام صاحب العمل للتدابير المقررة في التشريع والتنظيم المعمول به، يحظر والي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي قصد اتخاذ التدابير والإجراءات المناسبة ضد الهيئة المستخدمة، هذا وفقاً لما نص عليه المشرع في القانون 90-03 السالف الذكر حيث جاء في نص المادة 1/10 التي تضي: "إذا تعرض العمّال لأخطار جسمية سببها مواقع العمل أو أساليبه العديمة النظافة أو الخطيرة يحجر مفتش العمل فوراً محضر المخالفة، ويعذر المستخدم باتخاذ تدابير الوقاية الملائمة للأخطار المطلوب اتقائها". وإذا لاحظ مفتش العمل خطراً جسيماً على صحة العمال يحظر والي أو رئيس المجلس الشعبي

(1) DOMINIQUE Gaudguillot, Droit du travail et de la sécurité sociale, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 2006, P.32-33.

(2) MOLINGREY Philippe, Droit de la sante et de la sécurité au travail, Galino édition, Paris, 2003, P.37.

(3) انظر المادة 02 من الرسوم التنفيذي رقم 96-98 المحدد لقائمة الدفاتر والسجلات الخاصة المزمع للمستخدم مسكها.

البلدي، وللمستخدم أجل 8 أيام ليضع حداً للتقصير، وإذا لم ينفذ المستخدم هذا الالتزام، يخطر مفتش العمل الجهات القضائية المختصة⁽¹⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا لاحظ مفتش العمل تقصيرا أو خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل يوجه إلى المستخدم إعدارا بالامثال لتعليمات العمل في آجال حددها القانون بصفة خاصة في المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المتعلق بتنظيم طب العمل⁽²⁾ التي تنص: "عملا بأحكام المادة 31 من القانون 88-07 المؤرخ في 26 يناير سنة 1988 والمذكور أعلاه، لا يمكن أن تقل المهلة التي يحددها مفتش العمل للهيئة المستخدمة فيما يخص الأوامر التي يترتب عليها تطبيق إجراء الإنذار بموجب الوفاء عن آجال التنفيذ الدنيا المنصوص عليها فيما يلي:

- 1- أجل أدنى قدره ثلاثة (03) أشهر بالنسبة للأوامر المنصوص عليها في المواد 2، 4، 9 و11.
- 2- أجل أدنى قدره شهر واحد (01) بالنسبة للأوامر المنصوص عليها في المواد 3، 7، 10، 15، 16، 20، 27، 31 و02.
- 3- أجل أدنى قدره 08 أيام بالنسبة للأوامر المنصوص عليها في المواد 14، 17، 18، 19، 21، 24، 35، 36 و37.
- 4- أجل أدنى قدره يوم واحد (01) بالنسبة للأوامر المنصوص عليها في المادتين 26 و36".

الفرع الثاني: العقوبات الجزائية

لا يمكن للمستخدم أو أي شخص أن يمنع مفتش العمل من الدخول إلى أماكن العمل، أو عرقلته في أداء مهمته، وإلا قد تعرض إلى عقوبات، كما أن في

(1) المادتين 11-12 من القانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل، المرجع السابق، وكذلك المادة 13 من القانون 88-07 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

(2) المرسوم التنفيذي 93-120 المؤرخ في 15 ماي 1993، المتعلق بتنظيم طب العمل، ج ر عدد 33 لسنة 1993.

حالة إخلال المؤسسة المستخدمة بقواعد الوقاية الصحية والأمن، وكذا القواعد العامة في مجال طب العمل، يتعرض صاحب العمل إلى العقوبات المقررة قانوناً والتي ثبت بموجب محاضر المخالفة التي يحررها مفتش العمل، كما يمكن أن تصل العقوبة وبناءً على قرار المحكمة المختصة إلى الغلق الكلي أو الجزئي للمؤسسة إلى غاية إنجاز الأشغال، قصد ضمان الوقاية الصحية والأمن للعمال⁽¹⁾.

لم ينص المشرع الجزائري على العقوبات التي يتعرض لها المستخدم في حالة إخلاله للتنظيم والتشريع المعمول به في قانون معين، إذ نجد عقوبات منصوص عليها في القانون 90-03 حيث إن في حالة اعتراض صاحب العمل دخول مفتش العمل إلى المؤسسة فقد ارتكب جريمة تتابع جزائياً، هذا ما تنص عليه المادة 24: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح ما بين 2000 دج و4000 دج وبالحبس من ثلاثة أيام إلى شهرين، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل شخص يعرقل مهمة مفتش العمل أو مهمة الأشخاص الذين يساعدونه بمقتضى المادة 6 أعلاه.

وفي حالة العود، يعاقب بغرامة مالية تتراوح ما بين 4000 دج إلى 8000 دج وبالحبس من شهرين إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين".

كما نظم المشرع الجزائري عقوبات جزائية في القانون 88-07 المتعلق بالصحة والأمن وطب العمل إذ تنص المادة 37: "يعاقب كل مخالف لأحكام المواد 8، 10، و34 بغرامة من 1000 دج إلى 2000 دج.

في حالة العود يعاقب المخالف بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 4000 دج إلى 6000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وقد يتعرض صاحب العمل لعقوبات تطبيقاً لقانون العقوبات في حالة حادث عمل أو وفاة أو جروح حسب مفهوم التشريع الجاري العمل به، إلا أن يبقى تقرير المشرع الجزائري لهذه العقوبات الجزائية سواءً كانت غرامة مالية أو الحبس قصد تنفيذ وتطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصحة والأمن داخل المؤسسة.

(1) انظر المادة 40 من القانون 88-07 المتعلق بالصحة والأمن وطب العمل المرجع السابق.

خاتمة

دعم المشرع الحماية الوقائية بمفتشية العمل حيث منحها صلاحيات واسعة أهمها مدى تطبيق المؤسسة المستخدمة للأحكام التشريعية والتنظيمية خاصة المتعلقة بالصحة والأمن وحماية العمال من الأخطار المهنية، حيث أخذت مهمة مفتشية العمل في الرقابة على تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية بعداً جديداً بمقتضى المرسوم التنفيذي 05-05 المتعلق بتنظيم مفتشية العمل من خلال إنشاء مديرية فرعية لمراقبة ظروف العمل، مهمتها السهر على مراقبة وتحسين ظروف العمل، وتلعب مفتشية العمل دوراً إيجابياً من خلال الزيارات الميدانية لأماكن العمل، حيث منح المشرع لمفتش العمل حق الدخول إلى أماكن العمل في أي ساعة نهاراً أو ليلاً، والقيام بالفحص والتحري، وفي حالة ملاحظته تقصيراً أو خرقاً للأحكام التشريعية والتنظيم المعمول به يوجه إعداراً للمستخدم أو تحرير محضر المخالفة، إلا أن الملاحظ من الناحية الواقعية فإنه نادراً ما تتفع الزيارات في الليل إلا في حالات الضرورة.

في الأخير حاولنا إبداء بعض الاقتراحات في مجال الوقاية الصحية والأمن داخل المؤسسة وهي:

- إعادة النظر في العقوبات المقررة في القانون 88-07 عند مخالفة الأحكام المتعلقة بالوقاية والأمن داخل المؤسسة، إذ على المشرع الجزائري وضع عقوبات صارمة لأنّ عند مخالفة هذه الأحكام قد تؤدي إلى خسائر بشرية ومادية كبيرة.

- إقامة فترات تدريبية للمفتشين لتكوينهم.

- توسيع مجال تعليم وتكوين جميع العمال حول مخاطر العمل وكيفية التعامل معها.

- توفير طب العمل في كل المؤسسات خاصة المؤسسات الكبرى الصناعية التي تحتوي على مواد كيميائية، فإنّ العمال فيها أكثر عرضة للأخطار والأمراض المهنية، إذ يجب توفير طبيب على الأقل داخل المؤسسة وإقامة فحوصات دورية ومستمرة.

- يجب على مفتش العمل برحمة الزيارات الميدانية من خلال إعداد برنامج عمل يتضمن تحديد المؤسسات المرغوب زيارتها، وإعطاء الأولوية للمؤسسات التي

قد تكون ظروف عملها تشكل خطورة على صحة وسلامة العمال، ففي هذه الحالة يجب أن تكون زيارة مفتش العمل لهذه المؤسسة باستمرار كي يفرض احترام تطبيق الأحكام المتعلقة بتشريع العمل خاصة أحكام حفظ الصحة والأمن والوقاية من مخاطر العمل، لأن الرقابة في هذا المجال قد تكون من المفروض قبل إنشاء أي مؤسسة و قبل المصادقة عليه من طرف السلطات المعنية.

قائمة المراجع

- الكتب:

أولاً: باللغة العربية

- أميمة صقر المغني، واقع إجراءات الأمن والسلامة المهنية المستخدمة في منشآت قطاع الصناعة التحويلية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا كلية التجارة قسم إدارة الأعمال، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006.
- الطيب سماتي، ندوة حول مؤسسات التأمين التكافلي والتأمين التقليدي بين الأسس النظرية والتجريبية والتطبيقية في مداخله تحت عنوان الإطار القانون للتأمينات الاجتماعية في التشريع الجزائري ومشاكله العملية، جامعة فرحات عباس، 26/25 أبريل 2011.
- بدرية عبد الله العوضي، دول مجلس التعاون الخليجي ومستويات العمل الدولية، عالم المعرفة، الكويت، 1985.
- بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري (نشأة علاقة العمل الفردية والآثار المترتبة عنها)، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- بن ديدي العربي، الرقابة على تطبيق الأحكام التشريعية في قانون العمل الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة مستغانم، 2011/2010.
- سكيل رقية، دور لجان الوقاية الصحة والأمن في وقاية العمال من الأخطار المهنية داخل المؤسسة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، العدد 11، جانفي 2014.

- سليمان بدري الناصري، قانون العمل (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، (د.ب.ن)، 2005.
- علي فيصل علي، تفتيش العمل ودوره في كفالة إنفاذ تشريعات العمل (دراسة مقارنة في نظم وقوانين العمل بدول مجلس التعاون ومعايير العمل الدولية)، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، 2014.
- غالب علي الداودي، شرح قانون العمل وتعديلاته (دراسة مقارنة مع ملحق بالنصوص وآخر التعديلات)، ط.3، دار وائل للنشر، الأردن، 2004.
- غالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2012.
- محمود سالم، الالتزامات صاحب العمل بحماية العامل من حوادث العمل، مجلة العمل الكويتية، 7 سبتمبر 2009
- منجل جمال، الاتجاهات النظرية المفسرة لحوادث العمل: محاولة لفهم التشريع الجزائري لحوادث العمل، مجلة التواصل، عدد 20 ديسمبر 2007، عناية، 2007.
- مؤتمر العمل الدولي، أنشطة منظمة العمل الدولية المتصلة بالمعايير في مجال السلامة والصحة المهنية، الدورة 91، جنيف 2003، ص.11
- مؤتمر العمل الدولي، إطار ترويجي للسلامة والصحة المهنية، التقرير الرابع، الدورة 90، جنيف 2006، ص 4.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- BAUVAT Paulette, NICOLE Siret D E C F 2 Manuel, relation juridique, « travail, protection social, crédit pénal, contentieux », 11^{ème} édition, Dunod, Paris, 2006/2007.
- CRISTEL Morel journal, Droit général, 4^{ème} édition, Gualino l'extenso édition, Paris, 2010.
- DOMINIQUE Gaudguillot, Droit du travail et de la sécurité sociale, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 2006.
- DUQUESNE François, Droit du travail, 4^{ème} édition, Gualino, Paris, 2007.
- KORICHE Mohammed Nasr-Eddine, Droit du travail, Tome 02 office des publications universitaires, Alger, 2009.

- MARCHAUD Daniel, Le droit du travail en pratique, Edition d'organisation, Paris, 2003.
- ˆMOLINGREY Philippe, Droit de la sante et de la sécurité au travail, Galino édition, Paris, 2003.
- Jean-Luc Koehl, Droit du travail et droit social, Ellipses, Paris, 1994.
- J.Vatin, Ci. Jérômeau, Droit du travail et droit social, (droit fiscale), édition Foucher, Paris, 1973.
- ROY. Véronique, Droit du travail, Dunod, Paris, 2004.
- WORK Safe Victoria, Information for employers Arabic,Occupation health and safty Act 2004.

- الاتفاقيات الدولية والتوصيات:

- الاتفاقية العربية 13 بشأن بيئة العمل، الصادرة عن مؤتمر العمل العربي، بنغازي، 1981.
- اتفاقية رقم 155 بشأن السلامة والصحة وبيئة العمل الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي، جنيف 1981.
- الاتفاقية العربية رقم 7 بشأن السلامة والصحة المهنية الصادرة عن مؤتمر العمل العربي، مصر، 1988.
- اتفاقية 167 بشأن السلامة والصحة في البناء، الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي، جنيف 1988.
- توصية رقم 5 بشأن توفير خدمات حكومية، 1919.
- النصوص القانونية:
- مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر عدد 9 مؤرخة في 1 مارس 1989.
- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996.
- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 44 مؤرخة في 7 مارس 2016.

- مرسوم تنفيذي رقم 96-98 المؤرخ في 6 مارس 1996، المحدد قائمة الدفاتر والسجلات الخاصة التي يلزم بها المستخدمون ومحتواها، ج ر عدد 17 لسنة 1996.
- مرسوم تنفيذي رقم 05-05 مؤرخ في 6 جانفي 2005، يتضمن تنظيم المفتشية العامة للعمل وسيرها.
- قانون رقم 78-12 مؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج ر عدد 32 مؤرخة في 8 أوت 1978.
- قانون رقم 83-11 مؤرخ في 2 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر عدد 28 لسنة 1983.
- قانون رقم 83-13 مؤرخ في 13 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج ر عدد 28 لسنة 1983.
- قانون رقم 88-07 مؤرخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج ر عدد 4 مؤرخة في 27 جانفي 1988.
- قانون رقم 90-03 مؤرخ في 9 فبراير سنة 1990، يتعلق بمفتشية العمل، المعدل والمتمم، ج ر عدد 6 لسنة 1990.
- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990، المعدل بالقانون رقم 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68 مؤرخة في 25 ديسمبر 1991 والأمر رقم 96-21 مؤرخ في 9 جويلية 1996، ج ر عدد 43 مؤرخة في 10 جويلية 1996.
- أمر رقم 75-31 مؤرخ في 29 أبريل سنة 1975، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج ر عدد 39 مؤرخة في 16 ماي 1975.
- أمر رقم 76-97 مؤرخ في 23 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، ج ر عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة

بقلم: د/ بلحارث ليندة*

الملخص:

كرّست المادة 37 من دستور 1996 مبدأ حرية الصناعة والتجارة، والذي انبثق منه مبدأ حرية المنافسة، وأكدت ذلك المادة 43 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، ومن خلال الاعتراف بحرية التجارة من جهة وتكفل الدولة بضبط السوق وحماية القانون لحقوق المستهلكين من جهة أخرى.

لأجل التطبيق الفعلي والعملي لهذا المبدأ، تمّ وضعه في إطار قانوني وتنظيمي، حتى يحقق فعلا المصلحة الاقتصادية الوطنية من جهة وحماية المستهلك من جهة أخرى، الأمر الذي استدعى ضرورة تغيير وظيفة الدولة، من الدولة المتدخلة إلى الدولة الحارسة، من خلال تحويل الوظيفة الرقابية لها إلى هيئات ضبط مستقلة، وتجسّدت في مجال المنافسة في "مجلس المنافسة" الذي خول له مهام الحفاظ والسهر على تحقيق مبدأ المنافسة الحرة وحماية النظام العام الاقتصادي، وعلى تطبيق واحترام مبادئ وأحكام قانون المنافسة؛ لهذا يسمّى بسلطة الضبط العام للمنافسة.

يمارس مجلس المنافسة مجموعة من الصلاحيات الاستشارية والتنازعية في جميع المسائل ذات الصلة بالمنافسة، لأجل وضع حدّ لمختلف الممارسات المقيّدة للمنافسة والتي تأخذ أشكالا مختلفة، وذلك من خلال اتباع مجموعة من الإجراءات يقوم بها أطراف النزاع حتى يتمكنوا من طرح نزاعهم أمام المجلس، وحتى يتمكن هذا الأخير من الوصول إلى اتخاذ القرار الصحيح الذي يضع حدّا لتلك الممارسات المقيّدة للمنافسة، وبالتالي ضبط المنافسة في السوق.

الكلمات الدالة: اقتصاد السوق، حرية الصناعة والتجارة، حرية المنافسة، مجلس المنافسة، الممارسات المقيّدة للمنافسة، ضبط السوق، الصلاحيات الاستشارية والتنازعية.

* أستاذة محاضرة قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة.

Résumé:

L'article 37 de la Constitution de 1996 consacre le principe de la liberté industrielle et commerciale, d'où la liberté de la concurrence, ce qui est appuyé par l'article 43 du dernier amendement constitutionnel de 2016 par la reconnaissance de la liberté commerciale d'une part, et la régulation du marché par l'état ainsi que la protection des droits du consommateur par la loi.

Pour une application effective et pratique dudit principe, il a été juridiquement et règlementairement encadré afin d'atteindre concrètement l'intérêt économique national d'une part, outre la protection du consommateur d'autre part, ce qui a amené l'état à devenir surveillant non intervenant en transformant les missions de contrôle à des organismes indépendants, d'où la création du **Conseil de la concurrence** chargé des missions de maintenir et veiller à la consécration du principe de la concurrence libre et la protection de l'ordre public économique, outre l'application et le respect des principes et des dispositions du code de la concurrence, d'où son appellation l'autorité de régulation générale de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence exerce une batterie de prérogatives concernant la consultation et le contentieux dans toute affaire ayant trait à la concurrence pour mettre un terme à différents pratiques limitant la concurrence sous leurs différentes formes, et ce en appliquant un nombre de mesures sur les parties litigieuses pour leur permettre de soumettre leur différent devant ledit Conseil, et permettre à ce dernier de statuer et mettre fin auxdites pratiques limitant la concurrence de façon à réguler la concurrence sur le marché.

Mots clés: Économie de marché - Liberté industrielle et commerciale - Liberté de concurrence - Conseil de la concurrence - Pratiques limitant la concurrence - Régulation du marché - Prérogatives de consultation et de contentieux.

Summary:

the article 37 of the Constitution of 1996 enshrines the principle of industrial and commercial freedom, hence the freedom of competition, which is supported by Article 43 of the latest constitutional amendment of 2016 by the recognition of commercial freedom on hand and the regulation of the market by the state as well as the protection of the rights of the consumer from the other.

For the effective and practical application of this principle, it has been legally regulated in order to really rich the national economic interest on side and consumer protection on the other, which has led the state to become Non-intervening supervisor by transforming control missions to independent bodies, hence the creation of the Competition Council entrusted with the tasks of maintaining and ensuring the principle of free competition and protection of economic public order, In addition to the application and respect of the principles and provisions of the Competition Code, hence its name the general regulator of competition.

The Competition Council exercises a range of prerogatives regarding consultation and litigation in all competition cases in order to put an end to various practices restricting competition in their different forms by applying a number of measures to the parties in order to enable them to submit their disputes before the Council and to enable the latter to give a ruling and put an end to those practices restricting competition to regulate competition on the market.

Keywords: Market economy - Industrial and commercial liberty - Freedom of competition - Competition Council - Practices limiting competition - Market regulation - Prerogatives for consultation and litigation.

مقدمة:

ترتب عن أزمة البترول العالمية لسنة 1986 تدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الجزائر، الأمر الذي استدعى ضرورة إعادة النظر في كامل المنظومة القانونية، بداية بتغيير النظام السياسي الجزائري من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي، وذلك بموجب دستور 1989⁽¹⁾، والذي تبعه بالضرورة تغيير طبيعة النظام الاقتصادي من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، وبالتالي تغيير دور الدولة من الدور المتدخل إلى الدور الضابط.

تجلت ملامح الإصلاح الأولى في صدور القانون رقم 88-01 والمتضمن

(1) مرسوم رئاسي رقم 89-14 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق في استفتاء 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية العدد 09، الصادر في 1 مارس 1989.

القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁾، والقانون رقم 89-12 والمتعلق بالأسعار⁽²⁾، ثم توالى تشريعات عديدة تركز نظام الاقتصاد الحر، لتنصب مجملها حول خصخصة المؤسسات العمومية الاقتصادية وإزالة الاحتكارات العمومية مع إزالة التنظيم، إلى أن تم أخيراً تبني نظام اقتصاد السوق، حيث تم تكريسه صراحة بموجب المادة 37 من دستور 1996 "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتتمارس في إطار القانون"⁽³⁾، ثم المادة 43 من التعديل الأخير لسنة 2016⁽⁴⁾، والتي أكدت الاعتراف بحرية التجارة من جهة، وعلى تكفل الدولة بضبط السوق وحماية القانون لحقوق المستهلكين من جهة أخرى.

نتج عن هذا المبدأ مجموعة من المبادئ المكرسة لاقتصاد السوق، ومن أهمها مبدأ المنافسة الحرة.

إلا أنه ولأجل التطبيق الفعلي والحقيقي لهذا المبدأ، ولأجل تكريسه في الميدان؛ لا بد من وضعه في إطار قانوني وتنظيمي، حتى يحقق فعلاً المصلحة الاقتصادية الوطنية من جهة، وحماية المستهلك من جهة ثانية.

صدر القانون رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة⁽⁵⁾، والذي يعتبر الإطار القانوني الذي كرس فعلاً مبدأ المنافسة الحرة، وتبع بعدة مراسيم تنفيذية بهدف تنظيم

(1) قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية العدد 02، الصادر في 19 جويلية 1989.

(2) قانون رقم 89-12 مؤرخ في 05 ماي 1989، يتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية العدد 29، الصادر في 19 جويلية 1996 معدل ومتمم.

(3) مرسوم رئاسي رقم 96-38 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996.

(4) قانون رقم 16-01 مؤرخ في مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

(5) أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 09، الصادر في 22 فيفري 1995، ملغى بالأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة.

المنافسة الحرة وترقيتها، وتحديد قواعد حمايتها قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين، ثم تحديد شروط ممارسة المنافسة الحرة بموجب الأمر رقم 03-03⁽¹⁾؛ لأنها لم تعد تحتاج إلى ترقية بعد انتشارها في جميع القطاعات بقدر ما تحتاج إلى شروط، وبعدها تعزيز هذا القانون بكل من القانون رقم 08-12⁽²⁾، ثم القانون رقم 10-05⁽³⁾، حتى يواكب النظام الاقتصادي العالمي الحالي ويسهل من مسار انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة.

أدى المرور من الاحتكار العمومي إلى المنافسة الحرة إلى إعادة النظر أيضا في دور الدولة وعلاقتها بالاقتصاد، من خلال الفصل التام بين وظائفها باعتبارها عوناً تجارياً اقتصادياً، ووظائفها باعتبارها سلطة عامة ضامنة للرفق العام؛ فبالنسبة للدور الأول، أصبحت تنافس كلاً من المتعاملين الخواص، المحليين والأجانب، وذلك بالنظر إلى أهمية اشتراك القطاع الخاص في استغلال وتسيير المرفق العام.

أما بالنسبة للدور الثاني، فقد تم تحويل الوظيفة الرقابية للدولة إلى هيئات ضبط مستقلة، وهي هيئات تنوب عنها وتمتع بنظام قانوني خاص بها، يسمح لها بممارسة الوظيفة الضبطية والرقابة التي عرفهما نظام اقتصاد السوق، إذ تكتفي الدولة في دورها الجديد فقط بالتخطيط القطاعي، وصياغة السياسات العمومية القطاعية دون التدخل مباشرة في التسيير أو في الرقابة.

تجسدت الهيئة المختصة في الحفاظ والسهر على تحقيق مبدأ المنافسة الحرة في مجلس المنافسة، الذي يمثل جهاز الضبط العام المكلف بالسهر على حماية النظام العام الاقتصادي، وعلى تطبيق واحترام مبادئ وأحكام قانون المنافسة، لكن

(1) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 09، الصادر في 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم.

(2) قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم بالأمر رقم 03-03، الجريدة الرسمية العدد 36، الصادر في 2 جويلية 2008.

(3) قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 اوت 2010، يعدل ومتمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادر في 18 اوت 2010.

كيف يتولى هذا الجهاز ضبط عملية المنافسة الحرة في السوق؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، لا بد من التطرق إلى المحاور التالية:

- أولاً: مجلس المنافسة كسلطة ضابطة للسوق.
- ثانياً: صلاحيات المجلس في ضبط المنافسة الحرة.
- ثالثاً: القواعد الإجرائية لتدخل مجلس المنافسة في ضبط السوق.

أولاً: مجلس المنافسة كسلطة ضابطة للسوق

يعتبر هذا المجلس سلطة الضبط العام للمنافسة، ويدخل في إطار ما يعرف بالسلطات الإدارية المستقلة⁽¹⁾، والتي تعتبر نموذجاً حديثاً لتنظيم المجال الاقتصادي والمالي، وهو ما كرسته المادة 23/1 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 والمتعلق بالمنافسة، والتي تنص على: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة".

والمقصود بالسلطة هنا منح المجلس القدرة على اتخاذ القرارات، حتى يتمكن من مزاولة صلاحياته، باعتباره إدارة من إدارات الدولة فقط⁽²⁾، وليس السلطة بمعناها التقليدي والتي تحتكرها فقط السلطات الثلاث المعروفة في الدولة⁽³⁾.

لقد تم تكريس دور مجلس المنافسة في إطار توسيع الطابع التنافسي للأسواق والأنشطة الاقتصادية، من خلال تدعيم القواعد الهادفة إلى تصحيح مختلف الممارسات التي من شأنها أن تعرقل المنافسة الحرة والنزيهة؛ لذلك جعل المشرع الجزائري من هذا المجلس سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية

(1) وليد بوجلمين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، دون سنة نشر.

- حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 52.

(2) سامية كسال، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في ملتقى وطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، يومي 13-14 نوفمبر 2012، جامعة قلمة.

(3) وهي طبعاً السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

والاستقلال المالي، مع الاعتراف له بممارسة السلطة القمعية لضبط مجال المنافسة.

1. مجلس المنافسة سلطة إدارية:

تميز هذه الطبيعة بميزتين أساسيتين هما:

أ. الميزة السلطوية لمجلس المنافسة: يقصد بمصطلح السلطة الذي أطلق على المجلس عدم اعتباره مجرد هيئة استشارية، أي تمتعه بسلطة اتخاذ القرار؛ لأن من خصوصيات السلطات الإدارية المستقلة، لا سيما مجلس المنافسة، سلطة اتخاذ القرارات، والتي كانت تؤول في الأصل إلى السلطة التنفيذية⁽¹⁾، خصوصا في مجال قمع ومنع جميع الممارسات المنافية للمنافسة والحد منها، والتي كانت تؤول في السابق إلى القضاء الجزائري⁽²⁾، الذي أصبح اليوم غير قادر على مسيرة التطورات الاقتصادية التي تتم بسرعة الحركة والتغيير.

كان في السابق وزير التجارة هو السلطة المختصة بضبط السوق، ثم حل محله مجلس المنافسة والذي يتمتع بسلطة فعّالة لضبط المنافسة في السوق، والتي تشمل جميع القطاعات الاقتصادية، وهو ما أكدته المادة 02 من القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، إذ تطبق أحكام قانون المنافسة على جميع القطاعات الاقتصادية المتعلقة بنشاط الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد والصفقات العمومية وجميع النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، لنلاحظ جلياً توسيع مجال صلاحية مجلس المنافسة.

كما يتمتع أيضا مجلس المنافسة باختصاص تنظيمي من خلال إمكانيته اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة⁽³⁾،

(1) ZOUAIMIA Rachid «les autorités administratives indépendantes et la régulation économique», Revue IDARA, N° 02, 2003, p 30 .

(2) BERRI Norddine, La régulation des services publics, le secteur des Télécommunications, Revue Académique de la recherche juridique, N° : 02, 2010, p20.

- المادة 1/90 من القانون رقم 95-06 الملغى، تقابلها المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(3) المادة 2/34 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

غير أن هذا الاختصاص وحسب رأي البروفيسور "زوايمية رشيد" يشوبه نوع من الغموض والنقص، طالما أن سلطة التنظيم تبقى من صلاحيات السلطة التنفيذية، وأن الأنظمة الصادرة عن المجلس تُنشر في النشرة الرسمية للمنافسة وليس في الجريدة الرسمية، لكن بالمقابل فإنه بإمكان مجلس المنافسة أن يُصدر أي تعليمة، وأي منشور لأجل شرح وتنفيذ أحكام قانون المنافسة.

ب. الميزة الإدارية لمجلس المنافسة: كيف مجلس الدولة الفرنسي مجلس المنافسة على أنه ذو طابع إداري رغم خضوعه للسلطة السلمية الوزارية؛ لأنه في الأخير يعمل باسم ولحساب الدولة التي تتحمل المسؤولية في حالة ارتكاب المجلس لأخطاء جسيمة⁽¹⁾.

في حين لم يخلع المشرع الجزائري في البداية هذه الصفة على مجلس المنافسة صراحة، حيث كان يكتنف طبيعته الإدارية الغموض في أول قانون للمنافسة رقم 95-06، لما اكتفى فقط بالنص على صلاحياته، ثم أصبح يتمتع صراحة بهذه الصفة في ظل الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، من خلال المادة 23 منه التي نصت على عبارة: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة".

يسهر مجلس المنافسة على تطبيق قواعد المنافسة في السوق والعمل على احترامها، والتي تتخذ شكل قرارات إدارية إلزامية كانت في السابق من صلاحيات وزير التجارة، كما أن ميزانية المجلس تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة وتخضع للقواعد العامة للتسيير⁽²⁾، وهو ما يؤكد أكثر أنه سلطة ذات طابع إداري.

2. مجلس المنافسة سلطة مستقلة:

يقصد بالاستقلالية هنا تحرر السلطات الإدارية من الخضوع لأي وصاية أو

(1) خميلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 24.

(2) المادة 33 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03.

سلطة سلمية⁽¹⁾، وأن القرارات الصادرة عنها لا يمكن أن تكون محلاً لأي إلغاء أو تعديل أو سحب من أي سلطة تعلوها⁽²⁾، وهذه الاستقلالية هي التي تمنح الخصوصية لهيئات الضبط المستقلة، كمجلس المنافسة؛ لأن سلطته ومصاديقته متوقفة على مدى استقلاليته عن جميع السلطات الأخرى، فهو وسيلة غير عادية مثل السلطات الثلاث السالفة الذكر، ولا يهيم إن كان يتمتع بالشخصية المعنوية؛ لأنه ليس بمقياس لقياس نسبة الاستقلالية⁽³⁾، وحتى أنه لم يكرّس بموجب الدستور وإنما بموجب قانون عادي⁽⁴⁾، علماً أن إنشاء مثل هذه السلطات يتطلب أكثر من مجرد قانون عادي، وهو الدستور⁽⁵⁾.

نص المشرع الجزائري صراحة على استقلالية مجلس المنافسة في ظل الأمر رقم 03-03، حيث كيّفه في المادة 23 بأنه سلطة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي فنص: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص، مجلس المنافسة، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي"، وفي تعديل 2008 بموجب الأمر رقم 12-08 زاد عليه بأنه: "...سلطة... توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة". وتتجسد استقلالية مجلس المنافسة من خلال النقاط الآتية:

أ. تشكيلة العضوية: بعد أن كان عدده 12 عضواً في الأمر رقم 95-06، تقلص إلى 09 أعضاء في ظل الأمر 03-03، ليعود مرة أخرى إلى 12 عضواً في ظل تعديل 2008، حيث يتكون حسب المادة 24 منه من اثني عشر (12) عضواً ينتمون إلى فئات مختلفة. وكانت التشكيلة في السابق تضم القضاة وذوي الكفاءات في المجال الاقتصادي والمعينين الذي يُختارون من مجالات مختلفة، ثم تمّ تقليصها بموجب الأمر رقم 03-03 أين تمّ الاستغناء عن المهنيين والحرفيين، ليم

(1) ZOUIAMIA Rachid, op cit, p 25.

(2) نحمايلية سمير، مرجع سابق، ص ص 25-26.

(3) ZOUIAMIA Rachid, op cit, p 34- 35.

(4) وهذا القانون هو الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة.

(5) حنفي عبد الله، مرجع سابق، ص 56.

إعادة إدراجهم مرّة أخرى بموجب تعديل 2008، الأمر الذي جعل هذه التشكيلة الجديدة تسم بالتنوع، مما يدعم لا محالة استقلالية المجلس، من خلال تحديد الطابع الجماعي له والاعتماد على معيار التخصص الذي يعتبر من أبرز المعايير التي تشكل استقلاليته، الأمر الذي يساعده على حماية حقوق وحرّيات المستهلكين والأعوان الاقتصاديين الذين ينشطون في السوق، بالإضافة إلى ضمان وتحقيق الضبط الاقتصادي الفعال.

ب. مدة التعيين: بالرجوع لأحكام المادة 25 من القانون رقم 08-12، يعين رئيس المجلس ونائبه والأعضاء الآخرون له بموجب مرسوم رئاسي، وتنتهي مهامهم بالشكل نفسه، وذلك لمدة 04 سنوات، مع قابلية تجديد العهدة في حدود نصف الأعضاء لجميع الفئات المشكلة له وذلك حسب نص المادة 11 من القانون سالف الذكر، ويعتبر هذا أيضا مظهرا من مظاهر الاستقلالية. ولا يمكن عزلهم إلا في حالات استثنائية، وهذا أيضا يعدّ ضمنا أساسيا للأعضاء المعيّنين، الذين يظلون يؤدون وظائفهم طوال فترة العهدة المحددة قانونا، وبالتالي ضمان المحافظة أيضا على حقوق وحرّيات الأعوان الاقتصاديين وحماية حقوق المستهلكين من خلال السهر على توفير منافسة نزيهة وشريفة بين الأعوان الاقتصاديين داخل السوق.

ت. مبدأ التنافي: يعتبر هذا المبدأ من أبرز مظاهر استقلالية المجلس، ويقصد به تنافي وظيفة أعضاء المجلس مع أي وظيفة أخرى، سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص، وهو ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة 29 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم. وقد أدرك المشرع الجزائري أهمية مبدأ التنافي في دعمه لاستقلالية أعضاء سلطات الضبط الاقتصادي لاسيما مجلس المنافسة وحيادها⁽¹⁾، مما دفعه إلى إصدار الأمر رقم 07-01 المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض الوظائف⁽²⁾.

(1) ZOUAIMIA Rachid, «les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique, Revue IDARA, N° 02, 2004, p143.

(2) أمر رقم 07-01 مؤرخ في 1 مارس 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر في 7 مارس 2007.

ج. من خلال إجراء الامتحان: أي امتناع أي عضو داخل المجلس من المشاركة في المداولة إذا وجدت مصالح معينة تربطه بأحد الأطراف، وهو ما أكدته المادة 29 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، ويعتبر هذا أيضاً من أهم مظاهر استقلالية المجلس وحياده في تأدية وظائفه.

د. من خلال إجراء التسبيب: يعتبر التسبيب إجراءً جوهرياً يرتب تخلفه عدم مشروعية القرار الذي اتخذته مجلس المنافسة، وهو ما يوضح مبدأ حياد المجلس واستقلالية من خلال إبرازه الأسس القانونية المعتمدة عليها في اتخاذ قراراته، وهو ما أكدته المادة 45 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، وذلك بهدف وضع حدٍّ للممارسات المعايينة المقيّدة للمنافسة.

ح. الاعتراف بالشخصية المعنوية: أكدت المادة 23 من القانون رقم 08-14 تمتع المجلس بالشخصية المعنوية، ويعتبر هذا من أهم مظاهر الاستقلالية عكس المشرع الفرنسي، ويترتب عن هذا الاعتراف مجموعة من الآثار القانونية المعروفة في قواعد القانون المدني، من أهلية التعاقد وأهلية التقاضي... الخ.

خ. صلاحية المجلس بوضع نظامه الداخلي: من مظاهر استقلالية المجلس حرية وضعه لنظامه الداخلي، الذي يشكل مجموعة من القواعد التي تحدد كيفية عمله بصورة مستقلة عن أي سلطة أخرى لاسيما السلطة التنفيذية، وهذا في ظل القانون رقم 95-06.

لكن تم نزع هذه الصلاحية بصدور الأمر رقم 03-03، حيث آلت هذه المهمة حسب المادة 31 إلى السلطة التنفيذية، وهو ما أكدته تعديل 2008، حيث أبقى المادة 31 على نفس الأحكام أين يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره بموجب مرسوم تنفيذي، وبالفعل فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، والذي حول له صلاحية وضع نظامه الداخلي⁽¹⁾.

(1) المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس

ثانياً: صلاحيات مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة

يعتبر مجلس المنافسة هيئة مستقلة، يكلف في إطار تنظيم منافسة حرة ومشروعة لضمان الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية المختلفة والمتعددة، لا سيما تحليل وضبط وضعية المنافسة في السوق ومراقبة الممارسات المنافية لها والممارسات التجارية غير المشروعة؛ لذلك يتمتع هذا المجلس بجملة من الصلاحيات الاستشارية وأخرى قعوية تهدف جميعها إلى ضبط المنافسة في السوق ضماناً وحمايةً للمستهلكين من جهة، والمحافظة على حقوق وحرّيات الأعوان الاقتصاديين من جهة أخرى.

يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي، وذلك كله بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعّال للسوق والسير الحسن للمنافسة وترقيتها، كما يتمتع بصلاحيات تنازعية تمكنه من متابعة الممارسات التي قد تقيد أو تُخل بالمنافسة الحرة.

1. الصلاحيات الاستشارية:

يستشار مجلس المنافسة في جميع الأمور ذات الصلة بالمنافسة رغم عدم تمتعه بالسلطة التنظيمية التي يحتكرها وزير التجارة، وذلك باعتباره الخبير الاقتصادي المختص في هذا المجال⁽¹⁾، كما تبرز الحاجة الملحة لاستشارة المجلس في اعتبار أن العديد من الأعوان الاقتصاديين الجزائريين يضطرون لطلب استشارات من طرف هيئات دولية بمبالغ كبيرة، على عكس مجلس المنافسة الذي يقدمها مجاناً.

نص قانون المنافسة الجزائري، سواء الملغى أو الساري المفعول حالياً، على نوعين من الاستشارات أمام مجلس المنافسة:

المنافسة وسيهره، الجريدة الرسمية العدد 39 الصادر في 13 جويلية 2011.

(1) ABDE Lmadjid DENNOUNI, Le conseil de la concurrence organe principal pour la régulation du marché, journée d'étude sur le thème «Le rôle du conseil de la concurrence dans la régulation du marché», 29 mai 2016, Hôtel El- AURRASI, Alger.

- سلى كحال، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل درجة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة، محمد بوقرة، بومرداس، 2009، ص52.

أ. الاستشارة الاختيارية: وتعني إمكانية اللجوء إلى المجلس بكل حرية، أو الامتناع عن ذلك دون أن يرتب ذلك أي أثر قانوني.

ونجد مثل هذا النوع من الاستشارات في أحكام المواد 35، 38 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، حيث تنص المادة 35 على: "بيدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة منه ذلك...".

ويمكن أن تستشير أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والمؤسسات المالية والجمعيات المهنية والنقابية وجمعيات المستهلكين".

كما نصت المادة 38 على: "يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة...".

إذن يمكن استشارة مجلس المنافسة من طرف الحكومة أو المؤسسات والهيئات والجمعيات المختلفة وكذا الجهات القضائية، دون أن يذكر الهيئة التشريعية كما وردت في القانون الملغى.

تستشير الحكومة مجلس المنافسة حول كل مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، وذلك طبقا لأحكام المادة 36 من القانون رقم 08-12، وهو ما لم يكن موجودا في الأمر رقم 03-03. والهدف من هذا التعديل الجديد هو رغبة المشرع في إشراك أهل الاختصاص في إثراء القوانين المتعلقة بالمنافسة، لاسيما عندما يتعلق الأمر بـ:

- إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما أو دخول سوق ما إلى قيود من ناحية الكم.
- فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الانتاج والخدمات.
- تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع.

أما بالنسبة للنصوص التنظيمية؛ فبعد أن كانت استشارة المجلس إجبارية في ظل القانون الملغى (المادة 20 منه)، أصبحت اختيارية بموجب القانون رقم 08-12، كما يمكن لمجلس المنافسة أيضا أن يقترح على وزير التجارة أي عمل من شأنه تطوير المنافسة

في المناطق الجغرافية أو في بعض قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة⁽¹⁾، ويمكن للمجلس في هذا الشأن أن يستعين بأي خبير يستطيع تقديم معلومات هامة، كما يمكنه أن ينشأ فريق عمل جماعي لأجل التفكير والدراسة، وذلك حسب نص المادة 30 من القرار رقم 01 المحدد للنظام الداخلي للمجلس⁽²⁾.

أما الاستشارة من طرف المؤسسات والهيئات والجمعيات المختلفة فيشمل كلاً من: البلديات، الولايات، البنوك، المؤسسات المالية، شركات التأمين، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، وكذا هيئات الضبط الاقتصادي والمالي، وذلك في أي مسألة تتعلق بالمنافسة وتدخل في مجال أعمالها، أو إذا اعترضها أثناء تأديتها لنشاطها الاقتصادي أي عارض يتعلق بالمنافسة وأرادت الاستفسار حوله، فمن كامل حقها أن تلجأ إلى المجلس لتقديم جميع التوضيحات اللازمة⁽³⁾.

وتطلب هذه الاستشارة من طرف الجهات القضائية حول جميع القضايا المرفوعة أمامها والمتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، وهو ما أكدته المادة 38 من نفس القانون.

يهدف هذا التعاون بين مختلف هذه المؤسسات والمجلس إلى الرقيّ بالسوق ومنع أي ممارسة من شأنها الإخلال بالمنافسة.

ب. الاستشارة الإلزامية: تعني أن الجهات المعنية ملزمة وجوباً باستشارة المجلس بغض النظر عن الأخذ أو عدم الأخذ برأيها، وذلك قبل الإقدام على أي تصرف ذي صلة بالمنافسة.

تكون استشارة المجلس وجوبية في حالتين هما: خروج الدولة عن مبدأ حرية

(1) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع قانون أعمال، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 272.

(2) قرار رقم 01 مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 03، سنة 2014.

(3) سلى كحال، مرجع سابق، ص 53.

الأسعار، وفيما يخص التجميعات الاقتصادية.

فبالنسبة للحالة الأولى فقد أقرّ المشرع الجزائري في ظل الأمر رقم 03-03 مبدأ حرية الأسعار عملاً بقواعد المنافسة الحرة، وذلك بموجب المادة 4 منه: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتماداً على قواعد المنافسة"، لكن بالمقابل وضع استثناءً في المادة 5 منه، وهو الخروج عن هذا المبدأ من طرف الدولة، وذلك بعد أخذ رأي مجلس المنافسة، في حين لم ينص عليها في القانون رقم 10-05، أي تم حذفه، بمعنى تم إلغاء إلزامية استشارة المجلس لغرض وضع الآليات الضرورية للتحكم في أسعار المواد التي تعرف اضطراباً.

يمكن إذا تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي بعد أخذ رأي مجلس المنافسة، غير أنه لم يتم تحديد ماهي هذه السلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي، الأمر الذي يجعل الدولة وحدها من تملك السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كانت تلك السلعة أو الخدمة ذات طابع استراتيجي أم لا.

كما أن هذه العبارة قابلة للتغيير في ظل هذا النظام الاقتصادي الحر، إذ يمكن أن تكون سلعة ما أو خدمة ما ذات طابع استراتيجي اليوم، لكن مستقبلاً لا، إلا أنّ المشرع تدارك هذا المشكل بتعديل نص المادة 05 بموجب القانون رقم 10-05، بحذفه لعبارة "السلع والخدمات الاستراتيجية"، وترك المجال لجميع السلع والخدمات دون استثناء.

كما يجب أخذ رأي مجلس المنافسة وجوباً حول كل مشروع مرسوم يتعلق باتخاذ تدابير استثنائية للحدّ من ارتفاع الأسعار أو تحديدها في حال ارتفاعها المفرط للأسباب الواردة في نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة السالفة الذكر، والتي من أهمها: اضطراب خطير للسوق، وحالة الاحتكارات التي تستحوذ عليها مؤسسة داخل السوق.

أمّا بالنسبة للحالة الثانية والمتعلقة بالتجميعات الاقتصادية فيتم استشارة المجلس

وجوبا إذا كانت هذه التجميعات من شأنها المساس بالمنافسة⁽¹⁾، وللمجلس مدة 03 أشهر للبت في عملية التجميع إما بالرفض أو القبول.

غير أن المشرع غفل عن تحديد المعايير اللازمة لفصل المجلس في عملية التجميع، لاسيما بعد إلغائه للرسوم رقم 2000-314 الذي يحدد المقاييس التي تبيّن أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة، الأمر الذي سيؤدي به إلى الإطالة في إصدار القرار لأكثر من ثلاثة أشهر المقررة قانونا حتى يجمع المعلومات ويتأكد من صحتها.

2. صلاحيات المجلس التنافسية:

وهي تلك التي تمكنه من متابعة جميع الممارسات التي ترتكبها المؤسسات أثناء قيامها بنشاطاتها الاقتصادية للأجل الرفع من قدراتها التنافسية، لكن بطريقة غير مشروعة تمس بمنافستها وتقضي على مبدأ المنافسة الحرة والنزيهة.

لذلك حول المشرع الجزائري مجلس المنافسة صلاحية وضع حد لمختلف هذه الممارسات المقيدة للمنافسة لأجل تحقيق الشفافية للسوق وضبطه، وذلك من خلال:

أ. حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة: كرس المشرع مبدأ حظر هذه الاتفاقيات من خلال نص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، وتخص كل ممارسة أو عمل أو اتفاقية أو اتفاق صريح أو ضمني يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة، أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق، أو في جزء جوهري منها، ويشترط فيها أن يكون هناك:

- اتفاق: أي تبادل إيجاب وقبول، صريح أو ضمني مكتوب أو شفهي، اتفاق حقيقي أو عمل مدبر وترتيب أو اتفاق حول عرقلة المنافسة، والاتفاق في قانون المنافسة يكتسي مفهوما أوسع⁽²⁾، ويمكن لهذا الاتفاق أن يبرم بين أشخاص طبيعية

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال...، ط10، دار هومة، الجزائر، 2009، ص231.

(2) BAISE Jean Bernard, Droit des affaires, LGDJ, Paris, 2000, pp 396-474.

- معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية،

أو معنوية شرط أن يأخذ شكل مؤسسة، كما يمكن أن تأخذ أشكالاً مختلفة، سواء كانت اتفاقات أفقية أو عمودية أو عضوية⁽¹⁾.

- تقييد الاتفاق للمنافسة: لا يمكن أن يكون الاتفاق محظوراً إلا إذا كان يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة أو الحد أو الإخلال بحرية المنافسة، فالاتفاق يمكن أن يهدف من البداية إلى عرقلة المنافسة، بحيث يكون الدافع المباشر لحصول هذا الاتفاق، وأما أنه لا يهدف إلى عرقلة المنافسة ولكنه يؤثر عليها بطريقة غير مباشرة، فالشرط الأساسي والمشارك هو التأثير على المنافسة سواء كان هذا التأثير حقيقياً أو مفترضاً⁽²⁾، لكن المشرع قد استثنى بعض الحالات من حظر الاتفاقات وهي:

- حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقاً به، فهنا لا يمكن إدانة الاتفاق حتى ولو أخل بالمنافسة.

- مساهمة الاتفاق أو الممارسات في تحسين التشغيل.

- مساهمة الاتفاق أو الممارسات في تعزيز وضعية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التنافسية في السوق.

- علاقة السببية، أي بين الاتفاق المحظور والإخلال بالمنافسة، بمعنى أنه يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالمنافسة ناتج عن الاتفاق المبرم بين الأطراف المتواطئة، الأمر الذي يجعل مجلس المنافسة يجري دراسة معمقة للاتفاق⁽³⁾.

ب. الممارسات التعسفية: حيث توجد في بعض الأسواق مؤسسات تلجأ لاستغلال القوة الاقتصادية التي تتمتع بها، مما يؤدي إلى ارتكابها لممارسات تعسفية

دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 133.

(1) محمد شريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، عدد 23، الجزائر، 2001، ص 59.

(2) LEGEAIS Dominique, droit commercial, Dalloz, Paris, 1997, p 221.

(3) جراي يمينة، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 80.

تنتج عنها آثار سلبية على المنافسة لاسيما:

- التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية: أي تواجد مؤسسة في وضعية هيمنة والحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق، وذلك حسب المادة 7 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، ولقيام ممارسة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق لا بد أولاً من توافر هيمنة من قبل مؤسسة على السوق، ثم استغلالها بشكل تعسفي يؤدي إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها⁽¹⁾.

- التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية: حيث ترتكب بعض المؤسسات القوية اقتصادياً بعض الأفعال والسلوكيات تجاه بعض المؤسسات، تتمثل في فرض شروط تعسفية عليها نتيجة استغلال حالة التبعية التي تتواجد عليها هذه المؤسسات، والتي لا تملك خيارات لرفض تلك الشروط، وذلك حسب المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، وتقتضي وجود وضعية التبعية من مؤسسة لمؤسسة أخرى، مع استغلال هذه الوضعية استغلالاً تعسفياً⁽²⁾، وحتى يتم حظر التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لا بدّ من المجلس أن يتأكد ما إذا كانت المؤسسة الاقتصادية فعلاً في وضعية تبعية اقتصادية، ثم يتأكد من الاستغلال التعسفي لهذه الوضعية؛ لأنه ثمة شروط لا بدّ من توافرها حتى تقوم حالة التبعية الاقتصادية⁽³⁾ وكذا معايير تحديد هذه التبعية⁽⁴⁾.

- البيع بأسعار منخفضة تعسفياً: وذلك حسب المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، وهو ذلك البيع الذي يعرض فيه العون الاقتصادي بيع سلعة

(1) بوحلايس الهام، الاختصاص في مجال المنافسة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون الأعمال، جامعة قسنطينة، 2005/2004، ص ص 17.13.

(2) المرجع نفسه، ص ص 24.21.

(3) لعور بدر، آليات مكافحة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 88.

(4) جلال مسعد، مرجع سابق، ص 164.

للمستهلك بسعر يقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق، والذي يؤدي إلى عرقلة المنافسة، وإبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق، لكن البيع بالخسارة لا يهدف دائماً إلى التأثير على المنافسة أو يؤدي إلى ذلك، فقد يكون معقولاً ويهدف إلى جلب الزبائن، أو يهدف إلى تحسين وضعية المؤسسة في مواجهة منافسيها⁽¹⁾.

ج. مراقبة التجميعات الاقتصادية: لا يمنع قانون المنافسة التجميعات في حد ذاتها؛ لأنها مشروعة وتعود على المؤسسات بالنفع⁽²⁾، وذلك من خلال زيادة كفاءتها الإنتاجية ورفع قدراتها، لكنه يمنع تلك التي تؤدي إلى تقييد المنافسة؛ لذا أُلزم مراقبتها من طرف مجلس المنافسة وهذا حسب المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

لم يعرف التشريع الجزائري مصطلح التجميع، ولكنه حدّد لنا الصور التي يمكن أن تأخذ شكل التجميع، وذلك حسب نص المادة 15 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، فيكون للتجميع ثلاثة أنواع: أفقي، عمودي وتويعي⁽³⁾.

وحتى يتدخل مجلس المنافسة لإيقاف عملية التجميع لا بدّ من أنه يمسّ بالمنافسة، وأن يرمي إلى تحقيق حدّ يفوق 40% من المبيعات والمشتريات المنجزة في السوق، ويتخذ المجلس قراره بعد أخذ رأي كل من وزير التجارة، والوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع محل الرقابة وذلك حسب المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، بعد قيامه بدراسة معمقة ودقيقة بناءً على استمارة معلومات يتعرف من خلالها على كل ما يتعلق بعملية التجميع، كما قد يرخّص به مع وضعه لشروط خاصة.

(1) BUSSY Jack, Droit des affaires , Dalloz et presse de science politique, paris, 1998, p 99.

(2) يعرف التجميع بأنه تكلل أو تجمع مؤسستين أو أكثر ضمن تشكيلة قانونية معينة، بغية إحداث تغيير دائم في هيكلية السوق، مع فقدان كل المؤسسات المتجمعة لاستقلاليتها تعزيزاً للقوة الاقتصادية لمجموعها
- BLAISE Jean BERNARD, droit des affaires , LGDJ , Paris, 1999, P 452.

(3) جلال مسعد، مرجع سابق، ص 192.

- كحال سلى، مرجع سابق، ص 193.

ثالثاً: القواعد الإجرائية لتدخل مجلس المنافسة في ضبط السوق

منح المشرع الجزائري مجلس المنافسة سلطة التدخل للنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة ووضع حدًا لها، وذلك من خلال وضعه لمجموعة من الإجراءات التي يقوم بها أطراف النزاع بهدف طرح نزاعهم أمام المجلس، من أجل الوصول إلى اتخاذ قرار صحيح يضع حدًا لتلك الممارسات المقيدة للمنافسة، تبدأ بالإخطار الذي يسمح بإعطاء صورة أولية عن موضوع النزاع، ثم يليه مباشرة التحقيق لأجل التأكد مما تم إخطاره، وأخيرا الفصل في النزاع من خلال اتخاذ القرار المناسب.

1. إخطار مجلس المنافسة:

يعتبر شرطا جوهريا لجميع الإجراءات المتبعة أمام المجلس بشأن جميع المخالفات التي تدخل ضمن صلاحياته، ولا يتضمن الإخطار إلا النزاعات التي لم تتعد مدتها 03 سنوات كاملة، وهي مدة تقادم الدعوى أمام مجلس المنافسة، يبدأ حسابها من تاريخ وقوع الفعل، مالم يحدث سبب يوقف التقادم. ويتمتع بصلاحيحة الإخطار كل من:

أ. الوزير المكلف بالتجارة: باعتباره الشرطة الإدارية الساهرة على المصلحة العامة، وذلك بعد نهاية التحقيق الذي تقوم به المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، حيث تتولى إعداد تقرير مرفق بالوثائق المتعلقة بملف القضية، ثم تتولى المفتشية المركزية إحالة الملف على مديرية المنافسة لدى وزارة التجارة، التي تقوم بدراسة الملف، ثم التحضير لإخطار المجلس من طرف الوزير.

ب. المؤسسات الاقتصادية: إذا تضرر أي عون اقتصادي من وراء ممارسة منافية للمنافسة، فإنه يحق له أن يخطر مجلس المنافسة بذلك، ولعل السماح لمثل هذه المؤسسات بإخطار المجلس يجعلها تتفاعل مباشرة لأجل احترام قواعد المنافسة دون حاجة للجوء إلى الوساطة الإدارية⁽¹⁾.

ج. جمعيات حماية المستهلكين: وذلك باعتبار أن المستهلك هو المعني الأول

(1) بوحلايس الهام، مرجع سابق، ص 48.

بالعملية التنافسية، وتسهر مثل هذه الجمعيات على حمايته من العملية التنافسية كلها كان هناك مساس بمصالحه.

د. الجمعيات النقابية: وذلك في حالة الممارسات التي قد تمس مختلف المصالح التي تمثلها، فقد اشترط القانون أن تثبت هذه الجمعيات صفتها لتتولى الدفاع عن المصالح التي تمثلها، وذلك طبعاً من خلال قانونها الأساسي.

هـ. الجماعات المحلية : وذلك نظراً للطابع التنافسي لقانون الصفقات العمومية، الأمر الذي يخولها سلطة إخطار المجلس بكل ممارسة منافية للمنافسة، وتلحق أضراراً بالمصالح العامة المكلفة بحمايتها⁽¹⁾، فقط عليها أن تقدم جميع أدلة الإثبات المقنعة، ليتولى المجلس عملية البحث والتحري⁽²⁾.

- كما يتمتع المجلس بنفسه بسلطة الإخطار تلقائياً، كلها تبيّن له أن ممارسة ما تشكل مخالفة لأحكام المواد 6، 7، 10، 11، 12 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب القانون 08-12.

تم عملية الإخطار حسب المواد 15، 16، 17 من القانون الداخلي لمجلس المنافسة بموجب عريضة مكتوبة توجه إلى رئيسه في أربع نسخ مع الوثائق المرفقة، ثم تُسلم إلى المجلس لتُسجل في سجل تسلسلي وتؤشر بطابع يتضمن تاريخ الوصول.

يتولى بعدها المجلس فحص الإخطار للتأكد من توافر شروط قبوله وآثاره، وتمثل هذه الشروط بالإضافة إلى الشروط العامة المطلوبة لقبول أي دعوى قضائية من صفة ومصلحة⁽³⁾، في إلزامية أن يكون موضوع الإخطار من صلاحيات مجلس المنافسة، مع تقديم الأدلة التي تدعم ادعاءات مقدم الإخطار⁽⁴⁾، وأن لا تكون

(1) نحاييلية سمير، مرجع سابق، ص 63.

(2) جلال سعد، مرجع سابق، ص 323.

(3) عبد الحفيظ بوقندورة، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة، ملتقى حول: قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة.

(4) المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

الدعوى قد تقادمت بمرور ثلاث سنوات⁽¹⁾. ويترتب عن هذا الإخطار إما التصريح بقبوله أو إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية أو مباشرة إجراءات التحقيق، أما في حالة عدم قبول الإخطار، فالمجلس ملزم بالتصريح بقرار معلل بعدم الاختصاص، وهنا يمكن الطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس قضاء الجزائر إذا كان القرار يتعلق بممارسة مقيدة للمنافسة، أو أمام مجلس الدولة إذا كان القرار يخص التجميع الاقتصادي.

2. التحقيق: بعد التأكد من توافر شروط الإخطار الشكلية والموضوعية يصرح المجلس بقبوله، ثم يتولى مباشرة إجراء التحري والتحقيق فيما ورد فيه من وثائق للتأكد من صحة وقوع ممارسات منافية للمنافسة، وذلك بداية بالتحريات الأولية وصولاً إلى التحقيق الحضورى. وقد حددت المادة 49 مكرر من الأمر رقم 03-03-03 المضافة بالقانون رقم 08-12 الأشخاص المؤهلين بالتحري والتحقيق. وهم:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية .
- المستخدمون الذين ينتمون إلى الاسلاك الخاصة بالمراقبة والتابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح إدارة الجبائية.
- المقرر العام والمقرون لدى مجلس المنافسة.

بعد الحصول على المحاضر والتقارير التي تعين وقوع الممارسة المقيدة للمنافسة يحرر المقرر تقريراً أولياً، يتضمن عرض الوقائع والمآخذ المسجلة ضد المتهمين ويبلغه إلى رئيس المجلس، وإلى الأطراف المعنية الذين يمكنهم إبداء ملاحظاتهم مكتوبة في أجل 03 أشهر كحد أقصى⁽²⁾.

بعد أن يتلقى المقرر ملاحظات الأطراف، يقوم عند اختتام التحقيق بإيداع تقرير معلل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة

(1) المادة 4/44 من الامر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(2) المادة 52 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

واقترح القرار⁽¹⁾.

يبلغ رئيس المجلس التقرير مرة أخرى إلى الأطراف المعنية، وإلى الوزير المكلف بالتجارة، والذين يمكنهم إبداء ملاحظاتهم مكتوبة في أجل شهرين، كما يحدد لهم تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية⁽²⁾.

3. الفصل في القضية: بعد الانتهاء من إجراء التحقيق تكون القضية جاهزة للفصل فيها، يعقد مجلس المنافسة جلسات لا تصح إلا بحضور 08 من أعضائه وتكون سرية⁽³⁾.

يستمع المجلس حضورياً إلى الأطراف المعنية، ويمكن أن تعين هذه الأطراف ممثلاً عنها أو تحضر مع محامها أو مع شخص تختاره.

يحق للأطراف وممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الاطلاع على الملف والحصول على نسخة منه، لكن يمكن لرئيس المجلس بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية رفض تسليم المستندات التي تمس بسرية المهنة⁽⁴⁾.

بعد انتهاء أشغال الجلسة ينسحب المجلس لإجراء المداولة وإصدار القرار الذي يتخذ بالأغلبية البسيطة، وفي حالة تساوي الأصوات يرحح صوت الرئيس.

ولا يمكن لأي عضو أن يشارك في المداولة يكون له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد الأطراف صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية، ولا يحضر الأطراف المعنية المداولات ولا وزير التجارة، الذي يحضر الجلسات فقط⁽⁵⁾.

(1) المادة 54 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(2) المادة 55 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(3) المادة 28 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(4) المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(5) المادة 26 من القانون رقم 12-08.

4. القرار الصادر عن المجلس: يتمتع المجلس بسلطة اتخاذ أي قرار أو عمل أو تدبير بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق، مع ضمان السير الحسن للمنافسة⁽¹⁾، وتبلغ القرارات للأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي، وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة⁽²⁾.

ويمكن تقسيم هذه القرارات إلى:

أ. اتخاذ تدابير رقابية: وتشمل كلاً من:

- الأوامر للمؤسسات التي قامت بارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة: حيث يتخذ المجلس أوامر معللة، بهدف وضع حد لتلك الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة⁽³⁾.

- تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق: كما يمكن للمجلس أيضاً اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من تلك الممارسات موضوع التحقيق وذلك متى استدعت الضرورة ذلك، بهدف تفادي وقوع أضرار محدقة لا يمكن إصلاحها⁽⁴⁾.

ب. اتخاذ الإجراءات التفاوضية: وتشمل كلاً من:

- إجراء العفو: أي إعفاء المؤسسات التي تبادر بالتبليغ عن ممارسة تبيّن لها أنها مقيدة للمنافسة، كانت طرفاً فيها وتعرفت على فاعليها من توقيع العقوبة عليها كلياً أو جزئياً، فيمكن لمجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسة التي تعترف بالمخالفة أثناء التحقيق، وتتعهد بعدم ارتكابها⁽⁵⁾.

- إجراء التعهد: ويتضمن عدم توقيع العقوبة المالية على المؤسسات التي تتعهد بوضع حد للممارسات التي ترتكبها قبل أن يتم إبلاغها بالماخذ المسجلة عليها، وقبل

(1) المادة 34 من القانون 08-12.

(2) المادة 47 من القانون 08-12.

(3) المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(4) المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(5) المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

تكيفها على أنها مخالفة من قبل المجلس، إذ يمكن للمؤسسات المكونة للتجميع أن تلتزم من تلقاء نفسها بتعهدات من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة⁽¹⁾.

- إجراء الاعتراف بالماخذ: أي إقرار المجلس بتخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي لا ترفض أو لا تنفي المآخذ المسجلة عليها، والتي يتم إبلاغها بها، وتتعهد بتعديل وتغيير سلوكها المستقبلي، ويسمح مثل هذا الإجراء لمجلس المنافسة بالإسراع في الفصل في القضايا الكثيرة المرفوعة أمامه.

نلاحظ أن مختلف هذه الاجراءات متشابهة، الهدف منها هو التخفيف من شدة العقوبة من خلال تفاوض المجلس مع هذه المؤسسات، وبالتالي القيام بمهامه كسلطة ضبط.

ج. تقرير العقوبات المالية: إذ يقرر المجلس عقوبات مالية تطبق مباشرة أو عند عدم تطبيق الأوامر التي يكون قد أصدرها في الآجال المحددة، وهذا في حق المؤسسات التي تخالف القوانين التي تضبط المنافسة، لاسيما الاتفاقات غير المشروعة، واستغلال وضعية الهيمنة، وكذا الاستغلال المفرط لحالة التبعية والتجميعات الممنوعة.

اعتمد المشرع في تحديد قيمة هذه العقوبة على أساس رقم الأعمال المحقق في آخر السنة وهي غرامة تقدر بـ 7%⁽²⁾ ثم 12% طبقاً لتعديل 2008⁽³⁾.

وفي حالة عدم إمكانية تحديد رقم الأعمال المعني بالغرامة فإن المشرع قد حددها بـ 6 ملايين دج كحد أقصى.

هذا ويتمتع المجلس بكامل السلطة التقديرية في تحديد مقدار الغرامة المالية، فقد يرفع منها إذا كانت تلك الممارسة ألحقت ضرراً بالاقتصاد الوطني، أو يقلل منها إذا

(1) المادة 30 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(2) المادة 61 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

(3) المادة 56 من القانون رقم 12-08.

اعترفت تلك المؤسسة بالمخالفات المنسوبة إليها وتعهدت بعدم ارتكابها مستقبلاً. وأكثر من ذلك يمكن حتى للمجلس أن يحكم بغرامات تهديدية عن كل يوم تأخير في حال الامتناع عن تنفيذ التدابير المؤقتة⁽¹⁾.
د. تقرير العقوبات التكميلية: وتشمل كلاً من:

- نشر القرارات الصادر عنه وعن مجلس قضاء الجزائر وعن المحكمة العليا وعن مجلس الدولة، والمتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة.
- نشر مستخرجات من قرارات المجلس وكل المعلومات الأخرى في أية وسيلة إعلامية⁽²⁾.

وتعد هذه العقوبات ردعية؛ لأنها تمس بالسمعة التجارية للمؤسسات وشهرتها، ناهيك عن الأضرار المادية التي قد تصيها، وذلك حتى يكون ذلك عبرة لمن تسوّ له نفسه ارتكاب مثل هذه المخالفات.

خاتمة:

يعد إنشاء مجلس المنافسة من أبرز مظاهر اقتصاد السوق، والانتقال من الدور المتدخل للدولة إلى الدور الضابط للنشاط الاقتصادي، وقد أحاطه المشرع الجزائري بنظام قانوني خاص به يكفل له القيام بالوظيفة الجديدة التي أنيطت به والمتمثلة في ضبط المنافسة في السوق، باعتباره جهاز الضبط العام للسوق الذي يتولى عملية حماية المنافسة الحرة من مختلف الممارسات المقيدة لها، وضمان حقوق وحرّيات الأعوان الاقتصاديين الناشطين في السوق من جهة، وحماية حقوق المستهلكين من جهة أخرى.

ولأجل ذلك؛ منح المشرع الجزائري هذا المجلس صلاحيات واسعة ومهمة،

(1) المادة 58 من القانون رقم 08-12.

(2) المادة 23 من القانون رقم 08-12.

تتمثل في صلاحيات استشارية يقوم من خلالها بإبداء رأيه في جميع المسائل ذات الصلة بالمنافسة في السوق، وأخرى تنازعية لتفادي الممارسات المقيدة للمنافسة والرفع من الفعالية الاقتصادية مع ضمان ضبط السوق وترقيته، وذلك وفق إجراءات قانونية، غير أنه لا بد من احترامها واتباعها بالطرق السليمة وإلا كان قرار المجلس عرضة للطعن.

غير أنّ الملاحظ أنّ المجلس لا يقوم بدوره على أحسن ما يُرام، وذلك بسبب التداخل الفطّيع في اختصاصاته مع هيئات الضبط القطاعية والذي يأخذ في غالب الأحيان شكل تنازع الاختصاص، أو حتى مع الجهاز القضائي من خلال صلاحياته التنازعية، الأمر الذي يؤدي إلى التشكيك في استقلالية هذا الجهاز.

بالإضافة إلى عدم تفعيل دوره حيث يثبت الواقع العملي الصعوبات التي يلاقها المجلس في إبراز تواجده في الحقل الاقتصادي كهيئة متخصصة وضابطة للمنافسة في السوق، بل وحتى العديد من المؤسسات الاقتصادية تجهل بأمره نظرا لعدم فعاليته حسب رأيها، فعلى الرغم من مرور عدّة سنوات من تنصيبه لا يزال يفتقر إلى العديد من الإمكانيات المادية والمالية اللازمتين لممارسة وظائفه من خلال نشر أعماله وقراراته وتزويد المهتمين بكل المعلومات والمستجدات اللازمة في مجال المنافسة عن طريق النشرات الرسمية ومواقع الأنترنت.

كما أنه لم يشهد تحويلاً كلياً لصلاحيات الضبط لفائدته رغم اتساع مجال اختصاصه، إذ إنه يفتقر لاختصاص معياري حقيقي، يمكنه من تأطير قطاع النشاط الاقتصادي بقواعد قانونية أكثر ملاءمة، وذلك من خلال:

- تداخل الصلاحيات بينه وسلطات الضبط الأخرى .
- احتفاظ الإدارة المركزية باختصاصات ضبطية مهمة
- مشاركة القاضي في وظيفة الضبط لاسيما القاضي العادي.
- غياب أي اجتهاد قضائي دستوري بشأن سلطات الضبط الاقتصادي ومكانته ضمن النظام المؤسساتي للدولة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1. الكتب:

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال...، ط10، دار هومة، الجزائر، 2009.
- حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيّدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- وليد بوجملين، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، دون سنة نشر.

2. المقالات:

- محمد شريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، عدد 23، الجزائر، 2001.

3. الرسائل والمذكرات الجامعية:

- بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون الأعمال، جامعة قسنطينة، 2004/2005.
- جراي يمينة، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، جامعة تيزي وزو، 2007.
- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع قانون أعمال، جامعة تيزي وزو، 2012.
- خميلية سمير، عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- سلمى كحال، مجلس المنافسة وضبط النشاط الاقتصادي، مذكرة لنيل درجة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة، محمد بوقرة، بومرداس، 2009.
- لعور بدر، آليات مكافحة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

4. المداخلات:

- سامية كسال، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت في ملتقى وطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، يومي 13- 14 نوفمبر 2012، جامعة قلمة.

- عبد الحفيظ بوقندورة، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة، ملتقى حول: قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، جامعة 08 ماي 1945، قلمة.

5. النصوص القانونية:

أ. الدساتير:

- مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية العدد 09، الصادر في 1 مارس 1989.

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996.

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

ب. النصوص التشريعية:

- قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية العدد 02، الصادر في 19 جويلية 1989.

- قانون رقم 89-12 مؤرخ في 05 ماي 1989، يتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية العدد 29، الصادر في 19 جويلية 1996 معدل ومتمم.

- أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 09، الصادر في 22 فيفري 1995، ملغى.

- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 09، الصادر في 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم.

- أمر رقم 07-01 مؤرخ في 1 مارس 2007، يتعلق بجلالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر في 7 مارس 2007.

- قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم بالأمر رقم 03-03، الجريدة الرسمية العدد 36، الصادر في 2 جويلية 2008.
- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويمتص الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.

ج. النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 11-11 المؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، الجريدة الرسمية العدد 39 الصادر في 13 جويلية 2011.
- قرار رقم 01 مؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 03، سنة 2014.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1. Ouvrages:

- BLAISE Jean BERNARD, droit des affaires, LGDJ, Paris, 1999.
- BAISE Jean BERNARD, Droit des affaires, LGDJ, Paris, 2000.
- BUSSY Jack, Droit des affaires, Dalloz et presse de science politique, paris, 1998.
- LEGEAS Dominique, droit commercial, Dalloz, Paris, 1997.

2. Articles:

- ZOUAIMIA Rachid «les autorités administratives indépendantes et la régulation économique», Revue IDARA, N° 02, 2003, p 30.
- ZOUAIMIA Rachid, «les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique, Revue IDARA, N° 02, 2004, p 143.
- BERRI Norddine, La régulation des services publics, le secteur des Télécommunications, Revue Académique de la recherche juridique, N° : 02, 2010, p 20

3. Séminaire:

- ABDE Lmadjid DENNOUNI, Le conseil de la concurrence organe principal pour la régulation du marché, journée d'étude sur le thème « Le rôle du conseil de la concurrence dans la régulation du marché, 29 mai 2016, Hôtel El- AURRASI, Alger.

Les relations entre l'Union Européenne et la Turquie

العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وتركيا

* D/ Salim KECIR

الملخص

العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وتركيا هي علاقات فريدة من نوعها على أكثر من صعيد. في الواقع، فإن العلاقات ما بين الاتحاد الأوروبي وتركيا قديمة جدا وتعود إلى العام 1963، وهو تاريخ التوقيع على الاتفاق المسمى بـ "اتفاق أنقرة" الذي نص على إنشاء اتحاد جمركي كما نص كذلك على انضمام تركيا في المستقبل إلى الاتحاد الأوروبي وهو الهدف النهائي من هذه الشراكة. بيد أن العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وتركيا قد شهدت أزمات في العديد من المرات بسبب الوضع السياسي المتوتر في تركيا (الانقلابات). قدمت تركيا طلبا رسميا للعضوية للاتحاد الأوروبي في عام 1987، وهو ما رفضته السلطات الأوروبية دون أن يكون ذلك رفضا لا رجعة فيه. في عام 1999، في قمة هلسنكي، حصلت تركيا على مركز الدولة المرشحة. في أواخر عام 2004، تم اتخاذ قرار بفتح مفاوضات لانضمام تركيا للاتحاد الأوروبي.

غير أن هذه المفاوضات تجري في سياق متوتر وصعب مرتبط بالسياق الداخلي في تركيا وبعض الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ويرتبط انضمام تركيا إلى الاتحاد الأوروبي بشكل وثيق بمشكلة قبرص، وهو أيضا عرضة لتوتر العلاقات بين أنقرة وأثينا و"بالمسألة الأرمنية". وقد تأزمت أكثر العلاقات بين الاتحاد الأوروبي وتركيا مع فكرة "الشراكة المميزة" التي نادى بها بعض الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي كبديل لانضمام تركيا إلى الاتحاد الأوروبي.

* Docteur en science politique à l'Université Paris13

Résumé:

Les relations entre l'Union Européenne et la Turquie sont singulières à plus d'un titre. En effet, leurs rapports sont très anciens et remontent à l'année 1963, date de la signature de l'accord dit accord d'Ankara qui prévoit une union douanière et qui énonce l'adhésion à l'Union Européenne comme objectif final du partenariat. Cependant, les relations entre l'Union Européenne et la Turquie furent altérées à plusieurs reprises à cause de la situation politique tendue en Turquie (coups d'état). Une demande officielle d'adhésion fut formulée par la Turquie en 1987 qui a été rejetée par les instances européennes sans qu'il ne s'agisse d'une fin de non-recevoir définitive. En 1999, au Sommet d'Helsinki, la Turquie a obtenu le statut d'État-candidat. Vers la fin de l'année 2004, une décision a été prise pour l'ouverture des négociations d'adhésion avec la Turquie.

Cependant, ces dernières sont menées dans un contexte tendu et difficile lié au contexte interne en Turquie et dans certains États membres de l'Union Européenne. L'adhésion de la Turquie à l'Union Européenne reste intimement liée au règlement du problème chypriote. Elle est également sujette aux relations tendues entre Ankara et Athènes et à la «question arménienne». Les relations entre l'Union Européenne et la Turquie se sont encore compliquées avec l'idée de «partenariat privilégié» défendue par certains États membres de l'Union Européenne comme alternative à l'entrée de la Turquie dans l'Union Européenne.

Abstract: Relationships between the EU and Turkey

Relationships between the EU and Turkey are unique. Indeed, their relations are very old and back to the year 1963, the date of the signing of the agreement said "Ankara Agreement" which provides for a customs union and that states joining the European Union as ultimate goal of the partnership. However, relationships between the EU and Turkey were altered several times because of the tense political situation in Turkey (military putsch). Turkey made a formal application for membership in 1987, which was rejected by the European authorities without it this is an end of inadmissibility final. In 1999, at the Helsinki Summit, Turkey has obtained State-candidate status. In late 2004, a decision was made for the opening of accession negotiations with Turkey.

However, they are conducted in a tense and difficult context linked to the internal context in Turkey and in some Member States of the European Union. The accession of Turkey to the European Union is closely linked to the Cyprus problem. It is also subject to strained relationships between Ankara and Athens and the "Armenian issue". Relationships between the EU and Turkey are further complicated with the idea of "privileged partnership" advocated by some Member States of the European Union as an alternative to the entry of Turkey into the European Union.

Introduction

Les relations entre l'Union Européenne et la Turquie sont typiquement singulières à plus d'un titre. En effet, leurs liens contractuels sont très anciens et remontent à l'année 1963, date de la signature de l'accord d'association dit accord d'Ankara qui prévoit une union douanière et qui énonce l'adhésion à l'Union Européenne comme objectif final du partenariat. Cependant, les relations entre l'Union Européenne et la Turquie furent altérées à plusieurs reprises à cause de la situation politique tendue en Turquie (coups d'état). Une demande officielle d'adhésion fut formulée par la Turquie en 1987 qui a été rejetée par les instances européennes sans qu'il ne s'agisse d'une fin de non-recevoir définitive. En 1999, au Sommet d'Helsinki, la Turquie a obtenu le statut d'État-candidat. Les différents Conseils européens successifs n'ont de cesse de rappeler la vocation européenne de la Turquie. D'ailleurs vers la fin de l'année 2004, une décision a été prise pour l'ouverture des négociations d'adhésion avec la Turquie.

Cependant, ces dernières sont menées dans un contexte tendu et difficile lié au contexte interne en Turquie et dans certains États membres de l'Union Européenne. L'adhésion de la Turquie à l'Union Européenne reste intimement liée au règlement du problème chypriote. Elle est également sujette aux relations tendues entre Ankara et Athènes et à la «question arménienne» qui relève plus d'une «question passionnelle» et non pas d'une «question politique ou technique» qui ne relève pas de l'Union Européenne mais qui affecte, néanmoins, les négociations d'adhésion entre l'Union Européenne et la Turquie.

Les relations entre l'Union Européenne et la Turquie se sont encore compliquées avec l'idée de «partenariat privilégié» défendue

par certains États membres de l'Union Européenne comme alternative à l'entrée de la Turquie dans l'Union Européenne.

§1-Des relations anciennes

Les relations entre la Turquie et l'Union Européenne sont aussi anciennes que le projet européen lui-même. En effet, dès le 31 juillet 1959⁽¹⁾ la Turquie a présenté une demande d'association à la Communauté économique européenne (CEE) qui a abouti à la signature, le 12 septembre 1963 d'un Accord d'association entre les six membres de la CEE et la Turquie. Cet accord d'association appelé l'Accord d'Ankara prévoyait la mise en place progressive d'une Union douanière échelonné sur trois phases: une phase préparatoire, une phase transitoire et une phase finale. L'Accord d'Ankara bien que son contenu soit essentiellement économique, mentionnait également l'adhésion.

Cet accord a été conclu comme le cadre de la pré-adhésion de la Turquie à la CEE. En effet, l'article 28 de cet accord précisait que «Lorsque le fonctionnement de l'accord aura permis d'envisager l'acceptation intégrale de la part de la Turquie des obligations découlant du traité instituant la Communauté, les parties contractantes examineront la possibilité d'une adhésion de la Turquie à la Communauté». Le préambule de cet accord d'association reconnaissait, aussi, que «L'appui apporté par le Communauté économique européenne aux efforts du peuple turc pour améliorer son niveau de vie facilitera ultérieurement l'adhésion de la Turquie à la Communauté».

Le plein engagement de la Turquie dans ce partenariat avec l'Union Européenne lui a valu d'obtenir le statut de pays candidat à

(1) - En effet, c'est après le coup d'État militaire du 27 mai 1960 qui a permis la libération de la vie politique turque que le rapprochement entre les institutions de la CEE et le Turquie s'est intensifié.

l'adhésion dans l'Union Européenne lors du Conseil Européen d'Helsinki en décembre 1999.

Cependant, la période transitoire de rapprochement économique et politique entre la Communauté européenne et la Turquie était tumultueuse en raison de l'instabilité politique en Turquie. En effet, la Turquie a connu le 12 mars 1971 et le 12 septembre 1980 l'intervention des militaires dans la vie politique en raison des rivalités violentes entre l'extrême gauche et l'extrême droite turques. Les relations entre la Turquie et la CEE sont alors suspendues.

L'arrivée au pouvoir en 1983 du très occidentaliste et traditionaliste Turgut ÖZAL, qui marqua la décennie 1990 en Turquie fut l'occasion d'un nouveau rapprochement, à vrai dire pas aussi convaincu ni aussi convainquant que celui des années 1960⁽¹⁾.

La Turquie a, officiellement, formulé une demande de candidature pour l'adhésion à la Communauté Européenne le 14 avril 1987. En février 1989, le Conseil Européen refusa l'ouverture des négociations avec la Turquie en raison de sa situation politique caractérisée par la mainmise des militaires sur le fonctionnement de l'État et, aussi, en raison de la volonté des dirigeants européens d'aller vers l'approfondissement des relations politiques avec la Turquie plutôt que vers un élargissement de l'Union à ce pays⁽²⁾. Le 5 février 1990 débutait l'Union Douanière entre la Turquie et l'Union Européenne. Cette Union est dépourvue de la liberté de circulation des personnes, des services et des capitaux. A ce jour, la Turquie est le seul pays qui est membre de l'Union douanière sans être membre de l'UE. Après que le Conseil Européen de Luxembourg de décembre 1997 eut écarté la Turquie comme candidate potentielle à l'Union, le Conseil européen

(1) - Samim AKGÖNÜL, La Turquie dans l'Union Européenne? Policy Paper 18, Ifri, septembre 2005, p.10.

(2) - Le Conseil européen a tenu précisé en février 1989 que le refus d'entamer des négociations avec la Turquie «ne met pas en doute son éligibilité à l'entrée dans la Communauté».

d'Helsinki de décembre 1990 accorda à ce pays le statut de candidat à l'Union européenne. Les négociations d'adhésion entre la Turquie et l'Union européenne ont officiellement démarré le 3 octobre 2005 conformément à la décision prise dans ce sens par le Conseil européen le 17 décembre 2004.

Sur un plan formel, les négociations comprennent trente-cinq chapitres qui couvrent les domaines dans lesquels la Turquie est tenue d'entreprendre des réformes, afin de satisfaire aux critères posés par le Conseil Européen de Copenhague de juin 1993 et à reprendre l'acquis communautaire. A ce jour, treize chapitres ont été ouverts à la négociation entre l'Union Européenne et la Turquie⁽¹⁾. Par contre, dix-huit chapitres sont aujourd'hui bloqués par l'Union européenne pour des raisons d'ordre juridique et politique⁽²⁾.

(1) - Ces treize chapitres sont:

- un chapitre sous la présidence autrichienne: le chapitre 25 «science et recherche».
- trois chapitres sous la présidence allemande: le chapitre 18 «statistiques», le chapitre 20 «politique d'entreprise et politique industrielle» et le chapitre 32 «contrôle financier».
- deux chapitre sous la présidence portugaise: le chapitre 21 «réseaux transeuropéens» et le chapitre 28 «protection des consommateurs».
- deux chapitres sous la présidence slovène: le chapitre 6 «droit des sociétés» et le chapitre 7 «droit de la propriété intellectuelle».
- deux chapitre sous la présidence française: le chapitre 4 «libre circulation des capitaux» et le chapitre 10 «société de l'information et des médias».
- un chapitre sous la présidence tchèque: le chapitre 16 «fiscalité».
- un chapitre sous la présidence suédoise: le chapitre 27 «environnement»
- un chapitre sous la présidence espagnole: le chapitre 12 «sécurité sanitaire des aliments, politique vétérinaire et phytosanitaire».

(2) - Voir Rapport d'information de la Commission des affaires Européennes sur l'évolution des relations entre l'Union Européenne et la Turquie, Sénat français, 28 juin 2011.

§ 2-Des relations tendues pour des motifs politiques et historiques

Les négociations d'adhésion progressent avec un rythme lent. En effet, celui-ci est plus lent que celui qu'avaient connu les pays candidats lors des élargissements de 2004 et 2007. Ce rythme ne cesse, en effet, de ralentir en raison de motifs politiques et de tensions entre certains États membres de l'Union Européenne et la Turquie.

Depuis 2008, seul un chapitre est, au mieux, ouvert sous chaque présidence Européenne. De ce fait, le gouvernement turc s'estime victime d'un traitement discriminatoire par rapport aux autres États qui ont rejoint dernièrement l'Union Européenne.

Aussi, la crise chypriote qui constitue une référence permanente dans la politique extérieure turque devient un sujet difficile dans les relations turco-européennes⁽¹⁾. En effet, le 11 décembre 2006, les institutions européennes ont décidé de geler huit chapitres⁽²⁾ en raison de la non-application par la Turquie du protocole additionnel à l'Accord d'Ankara qui prévoit que la Turquie étende l'accord de l'union douanière aux dix nouveaux États membres qui ont rejoint l'Union Européenne en 2004.

La Turquie a considéré, dans une déclaration unilatérale, que cet accord ne signifie pas reconnaissance de la République de Chypre et exige la fin de l'isolement et de l'embargo qui touche la «République

(1) - Ferhat KENTEL, La nouvelle polarisation turque in Religion(s) et identité(s) en Europe. L'épreuve du pluriel, Antonela CAPELLE-POGACEAN, Patrick MICHEL, Enzo PACE (sous dir.), Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2008, p. 116.

(2) - Les huit chapitres bloqués par la décision du Conseil européen de décembre 2006 sont: le chapitre 1 «libre circulation des marchandises», le chapitre 3 «droit d'établissement et libre prestation de services», le chapitre 9 «services financiers», le chapitre 11 «agriculture et développement rural», le chapitre 13 «pêche», le chapitre 14 «politique des transports», le chapitre 29 «union douanière» et le chapitre 30 «relations extérieures».

turque de Chypre du nord». L'Union Européenne a haussé le ton et a rappelé, dans une déclaration que la Turquie devait appliquer l'intégralité du protocole additionnel à l'Accord d'Ankara à tous les États membres de l'Union Européenne et normaliser ses relations avec la République de Chypre et a posé le principe qu'aucun chapitre ouvert ne pourra être clos en l'absence d'une application complète par la Turquie du protocole additionnel à l'Accord d'Ankara.

Bien que l'Union Européenne ne soit pas impliquée dans le règlement du conflit chypriote⁽¹⁾ qui est confié à l'ONU, un lien est pourtant établi entre la candidature de la Turquie dans l'Union Européenne et la solution apportée à ce conflit. En effet, on ne peut concevoir désormais qu'un règlement au moins partiel de la question chypriote ne soit pas préalable ou concomitant à l'entrée éventuelle de la Turquie dans l'Union⁽²⁾.

Si les négociations dans la question chypriote n'aboutissent pas entre Ankara et Nicosie, cette dernière qui est membre de l'Union Européenne jouera de son influence au sein des institutions européennes afin d'orienter les décisions de l'Union Européenne vis-à-vis de la Turquie. D'ailleurs, Chypre était à l'origine du blocage de six chapitres. Les pressions qu'exercerait l'Union Européenne à

(1) - Le dossier chypriote est resté entre les mains des Nations-Unies car la question chypriote est historiquement plus ancienne à l'élargissement de l'Union Européenne à Chypre. La question chypriote constitue une séquelle résultant de la décomposition de l'Empire Ottoman. Sur ce territoire coexistaient deux populations, une majorité de langue grecque et de religion orthodoxe et une minorité de langue turque et de religion musulmane.

La partie grecque de Chypre a obtenu une reconnaissance de la communauté internationale et elle est entrée dans l'Union Européenne en 2004 et la partie turque au nord de Chypre qui a proclamé son indépendance en 1983 sous le nom de République turque de Chypre nord ne jouit d'aucune reconnaissance internationale hormis en Turquie. Une armée turque de 35.000 hommes se trouve toujours dans la partie turque de Chypre.

(2) - François DOPFFER, L'imbroglie turc, Éditions Lignes de Repères, Paris, 2008, p. 78.

l'encontre de la Turquie resteront sans résultats sans une perspective claire d'adhésion de la Turquie dans l'Union Européenne. Ainsi, tant que la Turquie restera en dehors de l'Union Européenne, le règlement de la question chypriote aura peu de chance d'aboutir.

La «question arménienne» constitue, elle aussi, un des facteurs qui participe à rendre les négociations d'adhésion de la Turquie à l'Union Européenne difficiles et tendues. Bien que le contentieux historique entre la Turquie et l'Arménie relatif au «génocide arménien»⁽¹⁾ dont les Arméniens revendiquent la reconnaissance par l'État turc, ne fasse pas techniquement partie des discussions entre l'Union Européenne et la Turquie, ce contentieux pèse, néanmoins, sur le processus de négociation entre ces deux parties. En effet, même si la reconnaissance du «génocide

(1) - Rappelons que le «génocide» est un concept juridique apparu après la seconde guerre mondiale et que l'on retrouve dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 9 décembre 1948 et qui est employé par le Tribunal de Nuremberg. Conformément à la définition de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Selon la thèse défendue par les Arméniens, un massacre d'un million et demi d'Arméniens fut perpétré en 1915 par le régime Ottoman. Ce chiffre est contesté par les Turcs qui parlent de 300.000 à 800.000 victimes et qui soutiennent l'idée selon laquelle ces massacres sont perpétrés par des bandes irrégulières (les dirigeants de l'Union et Progrès) en dehors de toute structure officielle ottomane.

arménien» n'est pas une condition préalable mentionnée dans le cadre des négociations entre Bruxelles et Ankara, des lobbys pro-arméniens s'activent au sein des institutions communautaires européennes afin de faire de la reconnaissance du «génocide arménien» une condition préalable à l'adhésion de la Turquie dans l'Union Européenne.

D'ailleurs, les organisations arméniennes très actives au niveau des pays européennes mènent des campagnes et des actions politiques au niveau des parlements des États membres de l'Union Européenne pour obtenir la reconnaissance juridique et institutionnelle du «génocide arménien» et la pénalisation de son négationnisme. Une loi a, d'ailleurs, été votée par le parlement français en 2001 qui reconnaît officiellement ce génocide et en 2012 une autre loi a été adoptée qui pénalise le négationnisme de ce génocide. Ces actions et campagnes arméniennes sont même arrivées à influencer l'opinion des personnalités européennes les plus favorables à l'entrée de la Turquie dans l'Union Européenne. En effet, le président français Jacques CHIRAC, lors d'un voyage officiel en Arménie, le 1^{er} octobre 2006, a déclaré que: «Faut-il que la Turquie reconnaisse le génocide arménien pour entrer dans l'Union [...]. Honnêtement, je le crois».

La «question arménienne», à la différence de la «question chypriote», ne peut trouver une solution technique négociable, ce qui la rend plus difficile à résoudre⁽¹⁾. En effet, la «question arménienne» est un «problème passionnel». Cette question soulève, en effet, en Turquie des réactions nationalistes violentes⁽²⁾. Ainsi, place t- elle

(1) - Signalons, cependant, que la reconnaissance du «génocide arménien» n'est pas seulement d'ordre symbolique et qu'elle peut avoir des conséquences pratiques liées aux indemnités. Elle peut même aller, selon certains milieux arméniens radicaux jusqu'à des revendications de territoires situés dans les provinces orientales de la Turquie.

(2) - Rappelons, à cet égard, l'assassinat d'un journaliste turc d'origine arménienne Hraut Dink en 2007 par un turc ultra-nationaliste.

le pouvoir politique en Turquie face à un dilemme. En effet, s'il reconnaît le «génocide arménien», cela l'exposera à une désapprobation de l'opinion turque et l'entraînera dans une crise politique. En revanche, s'il persiste dans la négation de la responsabilité historique de la Turquie dans ce «génocide», surtout avec l'intensification des campagnes arméniennes dans le sens de la reconnaissance de cette responsabilité historique de la Turquie, cela l'exposerait à une détérioration de ses relations avec ses partenaires européens et américains.

Ainsi, pour l'Union Européenne la «question arménienne» ne représente plus aucun intérêt national pour ses États membres, mais elle se situe au niveau des opinions publiques européennes soumises aux campagnes arméniennes tendant à culpabiliser l'État turc pour des massacres commis durant la période de dissolution de l'Empire Ottoman.

La question des droits de l'homme constitue, également, une source de friction et de tension entre l'Union Européenne et la Turquie. Bien que la Turquie ait engagé des réformes audacieuses, saluées d'ailleurs par la Commission européenne, dans les domaines politique, juridique, judiciaire et en matière de droits de l'homme, le Parlement européen a qualifié dans sa résolution du 9 mars 2011 de «lents» les progrès réalisés par la Turquie en matière des droits de l'homme et a estimé que la Turquie ne pourra pas faire l'économie «d'une réforme constitutionnelle globale qui transformerait la Turquie en une véritable démocratie pluraliste fondée sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales» conformément aux standards européens.

§ 3- Des relations tendues pour cause de l'idée d'un « partenariat privilégié » entre l'UE et la Turquie au lieu de l'adhésion

Les rapports entre la Turquie et l'Union Européenne se sont aussi compliqués depuis que l'idée véhiculée par certains milieux influents

au sein des institutions européennes pour proposer un «statut spécial» à la Turquie. Ce statut concerne un «partenariat privilégié» que Paris, Berlin et Vienne ont soutenu. Bien que le contenu de ce partenariat n'ait pas été défini ni détaillé, son «but ultime est d'interdire l'intégration politique tout en maintenant la Turquie "alliée" dans les marches d'une Europe carolingienne»⁽¹⁾. Cette approche de «partenariat privilégié» a pour finalité d'esquisser une coopération approfondie tout en refusant toute perspective d'inclusion politique.

Cette «alternative» à l'adhésion dans l'Union Européenne que constitue le «partenariat privilégié» court déjà depuis le début des années 1990. En effet, la Commission Européenne a présenté, le 7 juin 1990, à travers le «*paquet Matutes*» des propositions sur un statut ad hoc pour la Turquie.

En 2004, cette idée de «partenariat privilégié» est même soutenue par deux grandes figures de l'axe franco-allemand, à savoir Nicolas SARKOZY et Angela MERKEL. Elle a été largement évoquée depuis l'échec des référendums en France et aux Pays-Bas sur l'adoption du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Les Turcs considèrent l'idée d'un «partenariat privilégié» comme une humiliation à l'égard de leur pays qui a toujours demandé d'être traité au même titre que les autres pays candidats à l'adhésion dans l'Union Européenne. Ce statut de «partenariat privilégié» est considéré par l'opinion publique turque comme un statut de seconde zone, un «bon pour l'Orient»⁽²⁾. La Turquie a, ainsi, refusé catégoriquement toute perspective de statut ad hoc et insiste pour que

(1) - Cengiz AKTAR, Et si l'Europe puissance passait par la Turquie...Revue du Marché commun et de l'Union Européenne no 488, mai 2005, p. 304.

(2) - Samim AKGÖNÜL, op. cit. p. 16.

la finalité du processus de négociation reste toujours l'adhésion entière dans l'Union Européenne.

Le contexte dans lequel se déroulent les négociations entre l'Union Européenne et la Turquie rend difficile l'issue réservée à ces négociations. En effet, l'environnement international de crise économique et financière, les contextes politiques en Turquie et dans les différents pays européens qui connaissent la résurgence des mouvements nationalistes et identitaires et l'accélération de l'histoire à l'échelle du monde rendent incertaine une adhésion, du moins à court terme, de la Turquie à l'Union Européenne.