

جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
مخبر السيادة والعولمة



مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة
تصدر عن مخبر السيادة والعولمة
جامعة يحيى فارس بالمدية



العدد الثاني / جوان 2015 م / رمضان 1436 هـ

ISSN 2437-0304

رقم الإيداع القانوني: 3039-2015



داير التل للطباعة

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

مخبر السيادة و العولمة

مجلة

الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة

صادرة عن مخبر السيادة و العولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة

العدد الثاني / جوان 2015 م / رمضان 1436 هـ

ISSN 2437-0304

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مخبر السيادة والعولمة

مخبر السيادة و العولمة

حي المصلى - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)

رقم الهاتف / الفاكس : 025.58.55.45

البريد الالكتروني : LSMLAW213@yahoo.fr

الإخراج والطبع : دار التل للطباعة-البلدية (الجزائر)



دار التل للطباعة

جميع حقوق الطبع محفوظة.

هيئة التحرير

الرئيس الشرقي

الأستاذ الدكتور : زغدار أحمد / رئيس جامعة المدينة

المدير العام مسؤول النشر

الدكتور : سليمان ولد خسال / مدير نخب السيادة و العولمة

رئيس التحرير

الدكتور : عمروش الحسين

أمانة المجلة

يوسف قسيس

اللجنة العلمية للمجلة

- أ.د. سعيد يوسف محمد يوسف . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدة 02.
- أ.د. علي أبو هاني. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- أ.د. بلقاسم أحمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدة 02.
- أ.د. بن شويخ الرشيد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدة 02.
- أ.د. محمودي مراد . كلية الحقوق ، المركز الجامعي ، تيبازة.
- أ.د. العيد حداد، كلية الحقوق، المركز الجامعي تيبازة.
- أ.د. عمار جفال ، جامعة الجزائر 03.
- أ.د. بوسهوه نور الدين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدة 02.
- أ.د. عمار مساعدي. كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر.
- أ.د. شرف الدين محمد كامل ، كلية الحقوق ، جامعة المنار (تونس).
- د. سليمان ولد خسال، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
- د. أحمد لكحل. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. منصور مجاجي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
- د. رشيد شمشيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
- د. عمروش الحسين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. عبد الصديق شيخ . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. محمد مصطفاوي. كلية الحقوق. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. أسامة غربي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. يحيايوي محمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. ديبح زهيرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. جبدل كريمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. توفيق بابا علي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. بوشنافة جمال . كلية الحقو والعلوم السياسية ق. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. مزعاد إبراهيم . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. طبال إحسان . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. بن تغري موسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. علياتي محمد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. صفاي العيد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. جلاليلة دليلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. جمال عياشي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. بوضياف مصطفى، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.
- د. محمد حميد مضحي الزمومي ، كلية الحقوق ، جامعة الملك عبد العزيز بجدة (المملكة العربية السعودية).
- د. حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش (المملكة المغربية).
- د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدة 02.
- د. خالد رمول. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدة 02.
- د. القروي بشير سرحان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
- د. وسيلة بوحية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
- د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01 . د. رايح عمورة، جامعة أحمد بوقرة ببومرداس.
- د. مجاهدي إبراهيم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البلدة 02.
- أ. بابا علي رضا، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس . المدينة.

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية لمخبر السيادة والعولمة

أولا - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :

- 1- أن تكون متممة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي .
- 2- أن يكون البحث مكتوبا بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية أو الفرنسية.
- 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة (A4) بخط 18 . نوع الخط Traditional Arabic، إذا كان المقال باللغة العربية ، أما إذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون بخط (14) . نوع الخط Times New ROMAN .
- 4- أن تكون الهوامش وقائمة المراجع في آخر المقال، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كامل (نوع الخط 12 Traditional Arabic) باللغة العربية، أو (11 باللغة الأجنبية Times New ROMAN)
- 5- أن لا يكون المقال قد نشر أو قد أرسل للنشر في مجلة أخرى وطنية كانت أو دولية.
- 6- أن لا يكون المقال جزءا من مذكرة تخرج أو ماجستير أو ماستر أو أطروحة دكتوراه
- 7- أن لا يكون المقال قد أرسل للمشاركة أو تمت المشاركة به في ندوة وطنية أو دولية، مؤتمر إقليمي أو دولي ، يوم دراسي ، ملتقى وطني أو إقليمي أو دولي .
- ثانيا - تخضع الأبحاث المرسلة إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثا - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعا - يحكم عضوان في كل مقال ، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث ، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسلة بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامسا - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادسا - لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وكان ذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر .
- سابعا - لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة، ما لم تكن بتكليف.
- ثامنا - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- تاسعا- بالنسبة للمقالات المرسلة عبر البريد الإلكتروني ترسل على العنوان التالي :

LSMLAW213@yahoo.fr

المحتوى

افتتاحية العدد

- 11 د. بقدار كمال (جامعة معسكر). التراخيص الإجبارية آلية للتنمية الاقتصادية
- 31 د. فخار هشام (جامعة المدية) الجريمة الدولية
- 45 أ. صديق سعوداوي (جامعة خميس مليانة) أسس التنمية السياسية بين النص الدستوري وأهداف الأحزاب السياسية
- 79 أ. سالمي وردة (جامعة قسنطينة) الاهتمامات التشريعية بحوكمة الشركات
- 89 أ. ولد يوسف مولود (جامعة تيزي وزو) ضمان حقوق الضحايا والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية: نحو عدالة تصحيحية
- 109 أ. مسكر سهام (جامعة البليدة 02) إلزام المرقي العقاري باحترام الحماية القانونية الممنوحة لمقتني العقار قبل الإنجاز في ظل الأحكام المستحدثة بموجب القانون رقم 11-04.
- 133 أ. بولمعالى زكية (جامعة الجزائر 1) خصوصية الإيجاب الإلكتروني
- 151 أ. عمر فلاق (جامعة خميس مليانة) علاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر دراسة قانونية لعلاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر (دراسة قانونية للمرسوم 131/88 ، مكانة المواطن في تجربة وسيط الجمهورية الأسبق ثم اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان)
- 161 أ. رابح حدو (جامعة المدية) مبدأ حظر استخدام القوة بين النص والممارسة الدولية.
- 177 حداد أسامة (جامعة المنار - تونس) مفهوم التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في التشريع الجزائري. الطالب.

افتتاحية العدد

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من والاه.

الحمد لله حمدا كثيرا، و الشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، و في مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام دينا، و أكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريما، محمد بن عبد الله الذي نصلي و نسلم عليه صلاة و سلاما دائمين إلى يوم الدين.

سيتم من خلال العدد الثاني لمجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة و العولمة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) تقديم مجموعة من الدراسات و البحوث الأكاديمية المقدمة من السادة الأساتذة و الباحثين المتخصصين في كل فروع القانون، بالإضافة لفتح المجال لطلبة الدكتوراه من أجل عرض بحوثهم، و هذا قصد تطوير البحث العلمي، و الارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص.

حيث بدأ العدد بدراسة للدكتور كمال بقدار عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة معسكر تحمل عنوان: « التراخيص الإجبارية آلية للتنمية الاقتصادية » من خلالها عرض الباحث القواعد و الأحكام الحمائية المتعلقة بمنح التراخيص الإجبارية للغير لاستغلال الاختراعات، و هي تجسد الآلية و الأداة القانونية في مجال حماية حقوق أصحاب الاختراعات بهدف حثهم و تحفيزهم بصورة مستمرة و دائمة على البحث و الابتكار، و الذي سينعكس إيجابا على التنمية الاقتصادية.

و عن الموضوع الثاني، الذي حمل عنوان: « الجريمة الدولية » و هو للدكتور فخار هشام من كلية الحقوق بجامعة يحيى فارس بالمدينة، حيث عرض الباحث مفهوم الجريمة الدولية و بيان طبيعتها و نطاقها و أركانها كصيغة قانونية لتجريم الفظائع و الانتهاكات الخطيرة المرتكبة دوليا.

أما بخصوص الدراسة الثالثة فهي للأستاذ. صديق سعوداوي من كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، حملت عنوان: « أسس التنمية السياسية بين النص الدستوري و أهداف الأحزاب السياسية » من خلالها تم التطرق لمدى و عي الأحزاب السياسية بوجوب التنمية السياسية التي تعتبر أحد أهدافها و دورها المخول لها قانونا في هذا الإطار، قصد المساهمة الفعلية بترشيد الحكم و إنماء روح المواطنة و تفعيل التوعية السياسية. أما عن موضوع « الاهتمامات التشريعية بحوكمة الشركات » للأستاذة. سالمي وردة من جامعة منتوري قسنطينة، فقد أبرزت المقصود بحوكمة الشركات باعتبارها باتت محط اهتمام

من مشرعين، مساهمين و مستثمرين... الخ، وهذا لضمان إدارة الشركات وفق ممارسات الإدارة السليمة، حتى تتقلص احتمالات الفساد وسوء الإدارة عبر تحليل ومقارنة فرص الاستثمار المحتملة وفقا لمعايير الشفافية والإفصاح.

و عن الدراسة الخامسة التي تحمل عنوان: « ضمان حقوق الضحايا والشهود أمام المحكمة الجنائية الدولية: نحو عدالة تصحيحية» للأستاذ. ولد يوسف مولود من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري - تيزي وزو تم التطرق من خلالها لمجموع الضمانات التي كرسها نظام روما الأساسي للضحايا والشهود، من تجسيد حقهم في الحماية، والمشاركة في الإجراءات، و التمثيل القانوني و جبر أضرار المجني عليهم.

و عن موضوع: «إلزام المرقي العقاري باحترام الحماية القانونية الممنوحة لمقتني العقار قبل الإنجاز في ظل الأحكام المستحدثة بموجب القانون رقم 11-04» فقد تناولت من خلاله الأستاذة سهام مسكر من جامعة البليدة 02 مجموع الحلول القانونية التي تحقق الضمان لمقتني العقار و تشجع المستثمر لتمويل المشاريع العقارية في هذا القطاع، وهذا قصد حماية المقتني قبل التعاقد و بعده، و قبل التسليم و بعده للتقليل من مخاطر البيع.

أما بخصوص الدراسة السابعة فهي تحمل عنوان: « خصوصية الإيجاب الإلكتروني» للطلبة بولمعالى زكية، طالبة دكتوراه بكلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، فقد تم التطرق من خلالها للإيجاب الإلكتروني باعتباره الإرادة الأولى في العقود الإلكترونية من خلال بيان تعريفه وخصائصه وتمييزه عن مختلف المفاهيم المشابهة له كالدعوة إلى التعاقد والإعلان، بالإضافة لشروطه وصور التعبير عنه للوصول إلى وجود اختلافات واضحة بينه و بين الإيجاب التقليدي.

و عن الدراسة الموالية فهي للأستاذ. عمر فلاق، و الموسومة ب: «علاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر (دراسة قانونية للمرسوم 131/88، مكانة المواطن في تجربة وسيط الجمهورية الأسبق ثم اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان)»، أستاذ متعاقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الجيلالي بونعامة- خميس مليانة (الجزائر)، و طالب في مدرسة الدكتوراه فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، حيث اعتبر الباحث هذا الموضوع ذات أهمية بالغة تستند إلى تحسين علاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر، و الدور الذي تلعبه اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان في هذا المجال قصد الارتقاء بالحقوق و الحريات، و الحد من المشاكل الناجمة عن الأخطاء الإدارية التي تبعد الإدارة عن المواطن.

و بخصوص الدراسة التاسعة، فقد تناول من خلالها الأستاذ. رابح حدو عن كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس بالمدينة، موضوع « مبدأ حظر استخدام القوة بين النص والممارسة الدولية»، حيث تطرق لمفهوم استخدام القوة في العلاقات الدولية، بالإضافة لتأثير الأحداث الدولية و بالخصوص بعد أحداث 2001/09/11 الإرهابية على هذا المبدأ.

أما الدراسة الأخيرة فهي للطالب. حداد أسامة، طالب دكتوراه في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المنار (تونس)، والتي تحمل عنوان: « مفهوم التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في التشريع الجزائري» من خلاله تم التطرق إلى مفهوم التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة حسب قانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بالإضافة لطبيعته القانونية بالنسبة لصندوق الضمان، و بالنسبة للمرقي العقاري.

الدكتور. الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

Houcine16@gmail.com

الترخيص الإجبارية آلية للتنمية الاقتصادية

د . بقدار كمال

أستاذ محاضر قسم "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر

المقدمة

من قراءة النصوص القانونية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية، نلاحظ أن المشرع نص على قواعد وأحكام حماية في هذا المجال، لأن معيار القوة الاقتصادية في الوقت الراهن أصبح لا يقاس بالنظر إلى عنصر المال فقط، بل إلى مجموعة من العوامل، من ذلك المعرفة العلمية التي أضحت من أهم وسائل تحقيق التنمية الاقتصادية مقارنة بعناصر الإنتاج الأخرى «المال، العنصر البشري».

وعليه، فالتحكم في عناصر الإنتاج هو الذي يجعل المؤسسة في وضعية اقتصادية قيادية على المستوى الوطني والدولي معاً، لذا كان لزاماً على الدول خاصة الكبرى منها من تنظيم مسألة نقل المعرفة العلمية والثورة التكنولوجية، لأن القول بخلاف ذلك ينطوي على مخاطر اقتصادية واجتماعية بالغة الأهمية.

بناء على ما سبق قوله، عملت التشريعات القانونية على حماية صاحب الاختراع بهدف حثه وتحفيزه بصورة مستمرة ودائمة على البحث والابتكار، خاصة في القطاعات التجارية والصناعية والقطاع الاقتصادي، ولا يتأتى ذلك إلا ضمن إطار حمائي لصاحب الاختراع، وكان له ذلك وفق آلية قانونية تعمل على حماية الاختراع في ذاته وحماية صاحب الاختراع من جهة أخرى، وباعتبار حق الملكية هو أقوى الأدوات المقررة قانوناً الذي يكفل حق الاستئثار باستغلال هذه المعارف.

مع الإشارة، إذا كانت حرية التعاقد هي الأصل في العقود، إلا أن المشرع قد يخرج في حالات معينة على هذا المظهر، ويكون الشخص مجبراً بقوة القانون على التعاقد، وفي تشريعات الملكية الفكرية خير مثال على هذا النوع من التعاقد، قاصدين بذلك مسألة الترخيص الإجباري .

والهدف من التعاقد الإلجباري في هذا النوع من العقود، هو عدم إبقاء المعرفة العلمية والاختراع في جانبه السري وبدون فائدة أو مصلحة تعود على المجتمع، لذا توجب النصوص القانونية على المخترع استغلال اختراعه، ومن ثم تحقيق التنمية الوطنية من خلال تموين السوق الوطنية.

وفي الحالة السلبية، يكون للدولة الحق في منح رخصة إجبارية للغير لاستغلال هذا الاختراع، ولقد نص المشرع على هذه الآلية والأداة القانونية في القسم الثالث من الباب الخامس من الأمر رقم 03/07 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع. مع العلم، أن الترخيص الإلجباري ليس قاصرا على براءة الاختراع فقط، وإنما هو شامل لمختلف صور مفردات الملكية الفكرية، باستثناء العلامات التجارية⁽¹⁾، كما أن هذه الآلية القانونية المقررة بموجب قوانين الملكية الفكرية تختلف في آثارها وشروطها عن بقية التراخيص المنصوص عليها في نظم قانونية أخرى، لذلك ارتأينا معالجة هذه المسألة التشريعية.

المبحث الأول: قواعد الترخيص الإلجباري

كما سبقت الإشارة، أن الخاصية الأساسية في حركة الصراع الاقتصادي اليوم تتركز في الغالب على ما يتمتع به المشروع من قدرة تنافسية، ولا يتأتى له ذلك، إلا إذا كان مالكا للخبرات والمعارف العلمية، لذا أصبحت مفردات وأدوات الملكية الصناعية والتجارية أدوات إستراتيجية وفعالة للمقاولة⁽²⁾، ومن ثم ولتشجيع الحياة الاقتصادية و تجسيد فكرة التطور أوجب التشريعات أن تتحقق فكرة الاستغلال حتى تتحقق أسس التنمية ويستفيد المجتمع من الاستغلال الفعلي باعتباره هو المالك الحقيقي لهذا الحق.

على أنه يتضح من دراسة النصوص القانونية، أن سقوط البراءة أضحي جزاء احتياطي، ذلك ما هو مقرر من مضمون نص المادة 55 من الأمر 03/07 بنصها «إذا انقضت ستان على منح الرخصة الإلجبارية ولم يدرك عدم الاستغلال أو النقص فيه لاختراع حاز على براءة لأسباب تقع على عاتق صاحبها، يمكن الجهة القضائية المختصة بناء على طلب الوزير المعني وبعد استشارة الوزير المكلف بالملكية الصناعية، أن تصدر حكما بسقوط البراءة».

وعليه لتحقيق الهدف من إقرار نظام التراخيص الإلجبارية، خصه المشرع بضوابط وشروط تستدعي المطالبة به والحصول عليه.

المطلب الأول: أسس المطالبة بالترخيص الإجباري

من تفحص مضامين الأحكام القانونية، يتبين أن المشرع وضع على كاهل صاحب الاختراع التزاما قانونيا، يتمثل في الاستغلال الفعلي للاختراع موضوع البراءة، لتحقيق الغاية من النظام الحمائي للاختراع والمتمثل أساسا في تطوير و تحديث المجال التجاري والصناعي.

وعلى ذلك، فالمعالجة التشريعية لهذا الحق كان نتيجة أهمية الاستغلال من الوجهة الاقتصادية، وقد ورد النص على هذا الحق في مختلف المقتضيات القانونية والاتفاقيات والمواثيق الدولية، ومن ثم فإن الدافع إلى الاهتمام بحماية الملكية الصناعية والتجارية كان بالدرجة الأولى خدمة للتنمية المستدامة وتنظيم أسس الثورة الصناعية وتدفق الإنتاج الكبير⁽³⁾.

في الجهة المعاكسة، متع المشرع صاحب الاختراع بحق استثنائي يعد المقابل الذي ينتظره المخترع نتيجة إفشائه سر اختراعه، حتى يعد عاملا محفزا على الابتكار والإبداع، وعليه فإن إعمال آلية براءة الاختراع في كافة حقوقها لم يكن الهدف منها هو احتكار لمجرد منع الغير من الإنتاج من غير أن يباشر هو الإنتاج⁽⁴⁾.

في مجمل القول، يعد الحق الاستثنائي آلية من آليات تطور المجال التجاري والصناعي، على حساب عملية الاستيراد، ومن ثم خلق أدوات عملية للحد من ظاهرة البطالة من جهة، ومن جهة أخرى يحول لصاحبه كافة الحقوق اللازمة لاستغلال الاختراع سواء عملية الصنع أو الاستعمال أو البيع أو منح تراخيص باستغلاله.

وعلى العموم تعتبر تقنية التراخيص الإجبارية من أهم الآليات التقنية المستعملة من طرف الدول الكبرى خاصة في مجالات الصيدلة، لذلك أضحت الدول النامية تنادي وتقرح بتفعيل استعمال هذه الآلية بما يخدم مصالحها خاصة أن هذه الدول تنعدم عندها بنية اقتصادية قوية⁽⁵⁾.

الفرع الأول: عدم الاستغلال

من قراءة المادة 38 من الأمر رقم 03 / 07 التي تنص « يمكن أي شخص في أي وقت، بعد انقضاء أربع سنوات ابتداء من تاريخ إيداع طلب الاختراع أو ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع، أن يتحصل من المصلحة المختصة على رخصة استغلال».

وعليه يتضح من هذه المادة، أن المشرع واجه الحالات السلبية الضارة بالاختراع موضوع البراءة، والمتمثلة أساسا في: عدم الاستغلال الفعلي، و عدم كفاية الاستغلال (نقص الاستغلال).

في سياق الحديث، فإن المشرع خول لصاحب البراءة أو ذوي حقوقه حقا ماليا استثنائيا باحتكار استغلال هذا الاختراع، ذلك ما يفهم من نص المادة 11 من الأمر 07/03 بنصها « مع مراعاة المادة 14 أدناه، تخول براءة الاختراع للملكها الحقوق الاستثنائية الآتية:

- في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجا، يمنع الغير من القيام بصناعة المنتج أو استعماله أو بيعه أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.
- إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع، يمنع الغير من استعمال هذه الطريقة واستعمال المنتج الناتج مباشرة عنها أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.
- لصاحب البراءة الحق في التنازل عنها أو تحويلها عن طريق الإرث وإبرام عقود تراخيص».

غير أن هذا الحق الاستثنائي يربطه المشرع بفكرة الاستغلال حتى تعود الفائدة على المصلحة الوطنية بما يتلاءم وخلق مناخ اقتصادي منافس (6)، لذلك يعد التزام باستغلال المبتكرات التزام قانوني، وإلا جاز للمصلحة المختصة منح تراخيص إجبارية للغير لتحقيق فكرة الاستغلال ومواجهة الموقف السلبي الصادر من صاحب البراءة لعدم استغلال اختراعه، ذلك ما أشارت إليه المادة 38 من الأمر رقم 07/03 بنصها «يمكن أي شخص في أي وقت، بعد انقضاء 4 سنوات ابتداء من تاريخ طلب براءة الاختراع أو 3 سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع، أن يتحصل من المصلحة المختصة على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال الاختراع أو نقص فيه.

لتقدير الأجل المذكور في الفقرة أعلاه، تطبق المصلحة المختصة أقصى الآجال، و لا يمكن منح الرخصة الإجبارية إلا إذا تحققت المصلحة المختصة من عدم الاستغلال أو نقص فيه و من عدم وجود ظروف تبرر ذلك.

هذا النص التشريعي جاء متوافقا مع نص المادة 5 / 2 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية الصناعية بنصها على أنه «لكل دولة من دول الاتحاد حق اتخاذ إجراءات تشريعية تقضي بمنح تراخيص إجبارية لتحويل دون ما قد ينتج من تعسف في مباشرة الحق الاستثنائي الذي تكفله براءة الاختراع كعدم الاستغلال مثلا...».

بناء على هذا النص القانوني تتضح الأحكام القانونية الآتية:

- على صاحب الاختراع موضوع البراءة أن يعمل على الاستغلال الفعلي خلال المدة المحددة قانونا والتي تبدأ بمدة 4 سنوات من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو 3 سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع.

بمفهوم المخالفة، قبل انتهاء هذه الفترة الزمنية المحددة قانونا لا يجوز طلب الترخيص الإلجباري، وعلى ذلك يتعين على طالب الاستغلال أن يقدم إثباتا يدل دلالة قاطعة على عدم تحقق نشاط الاستغلال سواء من صاحب البراءة أو من خلفه خلال الفترة المحددة.

غير أنه تجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت البراءة تتعلق بمنتج جديد، في هذه الحالة يجب التقييد بأحكام المادة 5 / 1 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي تقضي « لا تسقط براءة الاختراع إذا استورد مالكها في الدولة التي منحت البراءة، أشياء مصنعة في أية دولة من دول الاتحاد».

وعلى ذلك، يتضح أنه إذا كانت البراءة تتعلق بمنتج جديد، فإنه يجب في هذه الحالة تطبيق ما تم النص عليه في المادة 5 / 1 من الأمر رقم 03 / 75 بنصها «لا تسقط براءة الاختراع إذا استورد مالكها في الدولة التي منحت البراءة، أشياء مصنعة في أية دولة من دول الاتحاد...»، مما يدل دلالة قاطعة أن الاستغلال يكون واردا إذا تحقق نتيجة استيراد كمية كافية لتغطية السوق الوطنية من المنتج محل البراءة، شريطة أن يكون المنتج قد صنع في إحدى الدول المنطوية تحت لواء الاتحاد.

الحالة الثانية: إذا كانت البراءة تتعلق بطريقة صناعية جديدة أو بتطبيق جديد لوسائل معروفة، فإن فكرة الاستغلال لا تتحقق إلا بحصول فكرة التطبيق الصناعي في الجزائر.

- لا يقتصر عدم الاستغلال على الحالة السابقة فقط، بل تتعداها إلى الاستغلال غير الكاف، ويفهم ذلك من عبارة «نقص فيه»، بمعنى عدم كفاية الاستغلال لسد حاجيات السوق الوطنية، على أن مسألة إثبات النقص أو عدم الكفاية ملقاة على عاتق طالب الترخيص الإلجباري، وعلى الهيئة المختصة واجب التأكد من هذه المسألة قبل الخوض في قبول أو عدم قبول منح الترخيص الإلجباري.

- يعد إخلالا صارخا بحق الاستغلال إذا كان صاحب الاختراع قد باشر الاستغلال خارج إقليم الدولة، مما يعني أن الهدف من إصدار هذه البراءة قد فرغ من محتواه، لأن

الهدف من الاستغلال هو المصلحة العامة المتمثلة أساسا في القضاء كلية أو التقليل من عملية الاستيراد، ضف إلى ذلك، الحد من تفاقم ظاهرة البطالة، ومن ثم إذا كان هذا الحق الاستثنائي لا يفي بالغرض المحدد له، جاز للدولة العدول عنه ومنح رخصة إجبارية للغير.

فنخلص أن مسألة عدم تحقق الاستغلال تكون في عدم تزويد السوق الوطنية بما تحتاجه من منتجات محل البراءة بغض النظر عن مكان إنتاجه، باستثناء الشرط المذكور سلفا، وعدم تطبيق الطريقة أو الوسائل، أو التوقف عن الاستغلال للمدة المحددة قانونا.

الفرع الثاني: عدم وجود ظروف تبرر عدم الاستغلال

ربط المشرع الوطني منح الترخيص الإجباري لاستغلال براءة ما، بعدم وجود ظروف مشروعة تبرر عدم الاستغلال، ذلك ما أشارت المادة 38 / 3 صراحة «و من عدم وجود ظروف تبرر ذلك».

وعلى ذلك، يفهم من هذا النص القانوني ما يأتي من الأحكام القانونية:

- إذا ثبت وجود مبرر شرعي خارج عن إرادة صاحب البراءة حال دون تحقق فكرة الاستغلال، فإن ذلك يعتبر عذرا مقبولا.
- أن كلمة الظروف الواردة في نص المادة وردت على صيغة العموم، وعلى ذلك يفهم من هذا المصطلح كل ظرف مهما كانت طبيعته حال دون تحقق فكرة الاستغلال سواء تمثل في عائق اقتصادي أو قانوني أو قوة قاهرة إلى غير ذلك.
- أن المشرع لم يحدد المهلة التي يمكن أن تمنح لصاحب البراءة، في حالة وجود المبرر الشرعي لاستعادة الاختراع.
- تقدير جدية السبب في الاستغلال أو عدم الاستغلال من اختصاص المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

مع الإشارة، الأصل العام أن الشخص الذي خول له القانون منح تراخيص باستغلال البراءة هو صاحب البراءة الذي ثبت له الحق الاحتكاري باستغلال اختراعه أو ذوو الحقوق، وفق ما هو ثابت قانونا، وعليه فإن فكرة الالتزام على منح ذلك الترخيص، في حالة عدم استغلال البراءة، لا يجد أساسه القانوني إلا في صدور الرفض القاطع من صاحب البراءة، ذلك ما يستشف من نص المادة 39 بقولها «على كل شخص يطلب رخصة إجبارية وفقا للمادتين 38 و 47 من هذا الأمر، أن يثبت بأنه قام بتقديم طلب لصاحب البراءة ولم يستطع الحصول منه على رخصة تعاقدية بشروط منصفة»، و على

ذلك يجب توفر الشروط الآتية:

- أن يكون الرفض قاطع لمنح ترخيص إجباري.
- أن يكون الرفض غير مؤسس.
- إثبات القدرة على الاستغلال لتدارك الخلل الذي أدى إلى الرخصة الإجبارية، ذلك ما هو مستوحى من نص المادة 40 .

المطلب الثاني: التراخيص التلقائية

سبق القول، أن الخاصية الأساسية في حركة الصراع الاقتصادي اليوم تتركز في الغالب الأعم على ما تتمتع به المشروعات الاقتصادية من قدرة تنافسية، ولا يتأتى لها ذلك، إلا إذا كانت مالكة للمعرفة العلمية، لذا أصبحت مفردات الملكية الصناعية والتجارية أدوات إستراتيجية وفعالة للمقاولة، بغية تحقيق أرباح طائلة والقدرة على التموقع والثبات في الأسواق التنافسية.

غير أن حماية التجارة والصناعة، يجب أن لا تكون على حساب مصلحة المستهلك، لذا كان على الدولة أن تشارك في مباشرة النشاط الاقتصادي من حيث المراقبة وإعادة الأمور إلى مجراها الطبيعي كلما كان هناك مساس بالصالح العام⁽⁷⁾، ذلك ما جسده الأمر رقم 03 / 07 في القسم الثالث الموسوم بالرخصة الإجبارية للمنفعة العامة، على أساس أن قانون الملكية الفكرية لا يهدف بالأساس إلى حماية المخترع لوحده بل تتطلع إلى حماية المصلحة الوطنية وضمان تطورها وتقدمها.

مع العلم، أن هذا النوع من التراخيص الإجبارية وفق ما هو منصوص عليه في المادة 49 من الأمر رقم 03 / 07 يكون في الأحوال الآتية:

- إذا استدعت المصلحة العامة في مجالات الأمن الوطني.
- استدعت المصلحة العامة في مجال التغذية.
- بغرض تنمية قطاعات اقتصادية وطنية.
- بغرض تنمية قطاعات الصحة، ولاسيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق.

والملاحظ على هذا النوع من التراخيص أنه غير محدود، إذ يشمل مجموع البراءات التي تخص مجالات الأدوية سواء كان منتج أو طريقة صنع، على أنه يستند في منحه إلى السعر المرتفع، أو الكمية غير الكافية، أو عدم الجودة، زيادة على اقتضاء مصلحة الصحة العمومية، ذلك مما يفهم معه أن التركيز يكون بدرجة أولى على الأدوية الأساسية دون سواها.

ذلك، ما أشارت إليه المادة 22 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 / 2002 بنصها «إذا رأى الوزير المختص بسبب الأحوال أن استغلال الاختراع يحقق ما يلي:

- أغراض المنفعة العامة غير التجارية. ويعتبر من هذا القبيل أغراض المحافظة على الأمن القومي، والصحة، وسلامة البيئة والغذاء.
- مواجهة حالات الطوارئ أو ظروف الضرورة القصوى.
- دعم الجهود الوطنية في القطاعات ذات الأهمية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، وذلك إحلال غير معقول بحقوق مالك البراءة، ومع مراعاة المصالح المشروعة للغير.

و إذا طلب وزير الصحة في أية حالة من حالات عجز الأدوية المحمية بالبراءة عن سد احتياجات البلاد أو انخفاض جودتها، أو الانتفاع غير العادي في أسعارها أو إذا تعلق الاختراع بأدوية الحالات الحرجة أو الأمراض المزمنة أو المستعصية أو بالمنتجات التي تستخدمها في الوقاية من هذه الأمراض وسواء تعلق الاختراع بالأدوية أو بطريقة إنتاجها، أو بالمواد الخام الأساسية التي تدخل في إنتاجها، أو بطريقة تحضير المواد الخام اللازمة لإنتاجها».

ما يلاحظ على هذه النصوص القانونية أنها جاءت متجانسة مع نص المادتين 27 و 31 من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة الدولية من حقوق الملكية الفكرية، بل أكثر من ذلك، أجازت المادة 8 / 1 من ذات الاتفاقية «للدول الحق في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة، والتغذية وخدمة المصلحة العامة ذات الأهمية الحيوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية فيها، شريطة اتساق هذه التدابير مع أحكام الاتفاق الحالي.

و في حالة ما إذا قررت جهة قضائية أو إدارية أن طريقة الاستغلال الاختراعي موضوع البراءة بواسطة صاحب البراءة أو من هو مرخص له باستغلالها يمس بالقواعد التنافسية، و يكون رأي الوزير بأن استغلال الاختراع لا يمنحه الترخيص الإجباري سيوقف تلك الممارسة.

وعليه فإن الهدف من هذه التراخيص هو منع الممارسات التي تؤدي بالإضرار بالاقتصاد الوطني وخلق بيئة اقتصادية قائمة على منافسة مشروعة، والتي تشكل أساسيات النظام العام الاقتصادي.

علما أنه تجب الإشارة، أن فكرة المصلحة العامة الواردة في نص المادة 49 من الأمر رقم 03 / 07 جاءت بصيغة العموم، مما يفهم معها بأن المنفعة العامة قد تكون لأهداف

تجارية وغير تجارية. لذا على المشرع أن يعمل على تقييدها بالأهداف التجارية فقط مثل ما سارت عليه التشريعات والاتفاقيات الدولية في هذا الإطار.

الفرع الأول: ذاتية التراخيص التلقائية.

ما يلاحظ على هذا النوع من التراخيص الإجبارية أنها:

- تراخيص تلقائية على خلاف التراخيص المقررة في نص المادة 38 من الأمر رقم 07 / 03، حيث ألزم المشرع المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية باستدعاء كل من الطالب وصاحب البراءة أو خلفه والاستماع إليهما، على خلاف هذا الترخيص الذي يمنح دون الحاجة إلى الاستماع وموافقة صاحب البراءة.
- عدم التقييد بالمدة المقررة في نص المادة 38 والمحددة بانقضاء 4 سنوات ابتداء من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع.
- أن يكون الاستغلال مقصورا على الغرض الذي رخص من أجله الترخيص الإجباري.
- عدم إلزام المرخص له على تقديم دليل للحصول على ترخيص إجباري لاستغلال الاختراع موضوع البراءة.
- لم يعمل المشرع على حصر الحالات التي تميز للوزير المكلف بالملكية الصناعية منح التراخيص الإجبارية للمنفعة العامة، يستوحى ذلك من كلمة خاصة، مما يعني إجازة استخدام هذه التراخيص في حالات أخرى كحماية البيئة التي أصبحت من المهمات الأساسية التي تقع على عاتق الدولة، لأن هذه الحماية أصبحت تعتبر أحد مظاهر الوظيفة الجديدة لنشاط الإدارة في الدولة الحديثة.
- أن المشرع رفع يد الوزير من تقدير التعويض المناسب الموجب بنص المادة 41 من الأمر رقم 07 / 03 ، مما يعني أن المسألة متروكة لأطراف العلاقة، مالك البراءة أو خلفه والمرخص له بالاستغلال، فإذا لم يحصل اتفاق بهذا الشأن فيكون من اختصاص المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية دون الإضرار في هذه الحالة بالطعن لدى الجهة القضائية المختصة التي تفصل في الأمر ابتدائيا ونهائيا.
- يتسم بطابعه غير الاستثنائي والطابع الشخصي.

الفرع الثاني: قيود الترخيص الإجباري.

يهدف دعم الاقتصاد الوطني و الدفع بحركية النشاط التجاري، عمل المشرع على إيجاد إطار قانوني للتراخيص الإجبارية باعتباره آلية قانونية بديلة لفكرة الاستغلال الفعلي للاختراع، ووفق هذه الرؤية التشريعية نص قانون الملكية الفكرية على مظاهر هذا الترخيص.

أولاً. مخالفة القواعد التنافسية.

نصت على هذه الحالة المادة "2/49"، وهو ذات الحكم المقرر بموجب المادة 31 من اتفاقية تريبس وتعتبر الممارسات المضادة للمنافسة حالة من حالات تعسف البراءة في استعمال حقه الاحتكاري، وعلى ذلك عالج المشرع هذه الحالة، وقرر بشأنها الترخيص الإجباري في حالة المساس بقواعد المنافسة التي تهدف في الأساس إلى ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية، وتتخذ هذه الحماية الاقتصادية والاجتماعية عدة صور خاصة من حيث تنظيم مسألة الأسعار.

بحيث صدر في هذا الإطار ترسانة من التشريعات القانونية، منها قانون المنافسة، والقانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والقانون المتعلق بشروط ممارسة النشاطات التجارية، قانون الاستثمار، قانون الجمارك والقانون المتعلق بعملية تصدير واستيراد السلع.

والهدف من هذه النصوص هو بالدرجة الأولى حماية المنتج الوطني على حساب الممارسات غير المشروعة الناتجة عن عملية الاستيراد⁽⁸⁾.

وعلى ذلك تبرز أهمية هذا القيد، في أن قواعد المنافسة الشريفة تهدف بالأساس إلى تشجيع عملية الإنتاج، فإذا ما ثبت صدور مثل هذه التصرفات من صاحب البراءة، فإن ذلك يترتب عليه تأثر المقابل الذي يمكن أن يحصل عليه مالك البراءة عند منح الترخيص بسبب قيامه بأعمال تتنافى مع المنافسة الحرة أو تقيدها بمقدار الأضرار التي تتسبب فيها نتيجة هذا التصرف⁽⁹⁾.

و تتمثل حالات المنافسة غير المشروعة في:

- من المصالح الموضوعية للمستهلك التي تعمل الدولة على حمايتها هو توفير المنتج بالقدر الكافي وبسعر معقول، فإذا تم العمل على خلاف ذلك، يجعل صاحب الاختراع في وضع احتكاري يستلزم تدخل المشرع في حالة:

إذا رفض مالك البراءة منح تراخيص اتفاقية سواء كان الرفض في المبدأ، أو كان نتيجة فرض شروط تعسفية ومجحفة⁽¹⁰⁾.

وتجسد هذا الشرط عمليا، في القضية القائمة بين شركة ميكروسوفت و شركة ميكروسيستم، حيث طلبت هذه الأخيرة من الشركة الأولى تزويدها بكافة المعلومات المتعلقة بتشغيل نظام windows وفق آلية التراخيص الاتفاقية، إلا أن الشركة المعنية رفضت ذلك، فصدر قرار من طرف لجنة الاتحاد الأوروبي سنة 2004 يجعل مؤسسة ميكروسوفت في وضع احتكاري بسبب المخالفة الصريحة لبنود المادة 82 من معاهدة الجماعة الأوروبية للعمل في السوق المشتركة و الزامها بمنح تراخيص اتفاقية.

ثانيا. المصلحة العامة.

أجاز المشرع منح التراخيص الإجباري عندما تقتضي المصلحة العامة هذه المسألة، ذلك ما نصت عليه المادة 2/49 من الأمر رقم 07/03 القائلة على أنه «يمكن الوزير المكلف بالملكية الصناعية في أي وقت، منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير الذي يتم تعيينه من طرفه، لطلب براءة أو اختراع، و ذلك عندما تستدعي المصلحة العامة وخاصة، الأمن الوطني، التغذية، الصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى، ولاسيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق».

هذا النص التشريعي جاء متوافقا مع أحكام تريس، وإعلان الدوحة، حيث أعطى للدول الحق في إقرار كافة التدابير الضرورية لتحقيق فكرة الصالح العام في مجالات متعددة على رأسها الصحة العامة، التغذية، من ذلك منح تراخيص إجبارية⁽¹¹⁾.

وعلى ذلك يلاحظ أن التراخيص الإجباري يعد الجزء الذي يقع على صاحب البراءة في حالة الامتناع عن استغلال الاختراع أو تعسف في استخدام حقوقه الاستثنائية.

وعلى ذلك إذا منح المشرع صاحب البراءة الدوائية حقا استثنائيا في استغلال الاختراع الدوائي محل الحماية القانونية، فإن ذلك يكون على أساس أن هذه البراءة الدوائية ستستغل بالفعل حتى يستفيد المجتمع من الاختراع الدوائي، فالبراءة الدوائية لا تمنح لصاحبها لمجرد منع الغير من الإنتاج دون أن يقوم هو باستخدام اختراعه وإنتاج الدواء⁽¹²⁾.

وعلى ذلك يمكن الإشارة، أن التراخيص الإجبارية هي آلية حمائية بيد السلطات تستعملها في حالة الضرورة بغية حماية النظام العام في مختلف صورته وأنواعه، خاصة أن هذه الحالات هي وضعيات تعمل الدساتير على حمايتها باعتبارها حقوق و حريات لا يمكن المساس بها أو التعدي عليها.

المبحث الثاني: آثار عقد الترخيص

لا يخفى على أحد اليوم الدور الذي تلعبه الاختراعات والابتكارات في تطوير النشاط التجاري والصناعي للمقاولة، إذ تعتبر أدوات أساسية لاستمرار نشاط المشروع ومدى قدرته على الثبات والاستقرار في الأسواق التنافسية، ومن هنا أصبحت المعرفة العلمية من أهم مقومات النشاط الصناعي في الوقت الراهن إلى جانب عناصر الإنتاج الأخرى. بناء على ذلك، حاول المشرع أن يأتي بمقتضيات قانونية لحماية صاحب البراءة، وكان لهذا الأخير ما أراد من خلال الحق الاستثنائي وما يترتب على هذا الحق من أحكام قانونية أمره.

بل أكثر من ذلك، اعتبر المشرع البراءة حقاً مالياً قابلاً لأن يكون موضوعاً للتصرفات القانونية، من ذلك التراخيص الاتفاقية والتراخيص الجبرية.

على أن هذه الآلية القانونية "الترخيص" المقررة أساساً لحماية المصلحة الوطنية أكثر من حماية صاحب الاختراع، أناطها المشرع بأطر قانونية تمثل في حد ذاتها ضمانات للمالك البراءة، ذلك ما سنقف عليه في هذه الدراسة.

المطلب الأول: وصف التراخيص الإلزامية.

رجوعاً إلى نصوص مواد الأمر رقم 07/03 و التشريعات المقارنة، يتبين أن الترخيص الإلزامي يكتف بوصفين، أولهما كجزء عن تعسف مالك البراءة في مباشرة حقه الاستثنائي، والمتمثل أساساً في حالة عدم تحقق فكرة الاستغلال الفعلي، وذلك في الأحوال التي لا يرى فيها المخترع ضرورة لاستغلال اختراعه أو أنه يتحين الفرص الأفضل والأمثل لمباشرة الاستغلال بهدف تحقيق أرباح باهظة⁽¹³⁾، ومن جهة ثانية، رفضه المطلق على منح تراخيص رضائية⁽¹⁴⁾.

وفي حالة ثانية، يكتفه المشرع باعتباره عقد تبرمه الهيئة المكلفة قانوناً ممثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية مع طرف ثان، ولكن السبب الرئيسي في هذه المرة هو ليس عدم الاستغلال، وإنما عدم كفاية الاستغلال كما أو نوعاً، أو إذا استدعت المصلحة العامة ذلك⁽¹⁵⁾، وعليه فإن المصلحة الوطنية هي التي دعت إلى منح مثل هذه التراخيص القهرية.

على أنه تجب الإشارة في هذا الشأن، أنه للحصول على مثل هذه التراخيص يجب توافر مجموعة من الشروط، إذ بالنسبة للشروط الأولى يجب على طالب الترخيص أن يقدم ضمانات ضرورية لاستغلال تلك الابتكارات حتى تعود بالفائدة على المصلحة الوطنية

من خلال تطوير مقومات الصناعة الوطنية، ذلك ما نصت عليه المادة 40 من الأمر رقم 07/03 بقولها «لا يمكن أن تمنح الرخصة الإجبارية المذكورة في المادة 38 أعلاه إلا للطالب الذي يقدم الضمانات الضرورية بخصوص استغلال من شأنه تدارك الخلل الذي أدى إلى الرخصة الإجبارية».

أما بخصوص الشرط الثاني يثبت طالب الترخيص أنه قام بمحاولات جديدة للحصول على ترخيص اتفاقي ولم يتحقق ذلك، ذلك ما يستشف من مضمون المادة 39 من الأمر رقم 07/03 بنصها «على كل شخص يطلب رخصة إجبارية وفقا للمادتين 38 و47 من هذا الأمر، أن يثبت بأنه قام بتقديم طلب لصاحب البراءة ولم يستطيع الحصول منه على رخصة تعاقدية بشروط منصفة».

هذا الحكم جاء متماشيا مع نص المادة 31/ب/ من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية⁽¹⁶⁾ بنصها « لا يجوز السماح بهذا الاستخدام إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهودا قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب الحق في البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة، وأن هذه الجهود لم تكفل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة، ويجوز للبلدان الأعضاء منح إعفاء من هذا الشرط في حالة وجود طوارئ قومية أو أوضاع أخرى ملحة جدا أو في حالة الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة. وفي حالة الطوارئ القومية الملحة أو الأوضاع الأخرى الملحة جدا، يخطر صاحب الحق في البراءة مع ذلك، حالما يكون ذلك ممكنا عمليا، وفي حالة الاستخدام غير التجاري لأغراض عامة حيثما تعلم الحكومة أو المتعاقد معها، دون إجراء بحث حول ما إذا كانت هناك براءة اختراع، أو كانت لديها أسباب بينة لمعرفة أنه يجري استخدام براءة صالحة أو أنها ستستخدم من قبل الحكومة أو لحسابها، فإنه يتم إحضار صاحب الحق في براءة الاختراع فورا».

وعليه، يلزم القانون على طالب الترخيص أن يقدم إثباتا على تقديم طلب للحصول على ترخيص اختياري بهدف استغلال الاختراع محل البراءة، على أن مسألة الإثبات تخضع لمبدأ حرية الإثبات المعمول به في المواد التجارية، صنف إلى ذلك، امتناع صاحب البراءة على منح ترخيص تعاقدى سواء كان الامتناع قطعيا أو كان بسبب الاختلاف في تحديد الشرط الخاص بهذا النوع من التراخيص، ذلك ما يتبين من عبارة ” ولم يستطع الحصول منه على رخصة تعاقدية بشروط منصفة“.

أما بخصوص الشرط الثالث فيجب أن يكون الرفض قد استغرق مدة زمنية معقولة، مع الإشارة أن مسألة تقدير هذه المدة هي من اختصاص المعهد الوطني الجزائري للملكية

الصناعية، ومن المسائل التي تراعي في تقدير هذه المدة طبيعية محل البراءة.

المطلب الثاني: ضمانات المرخص له (المراكز القانونية)

من مراجعة مضامين الأحكام القانونية، نلاحظ أن المشرع أقر مراكز قانونية مستقرة لكل من المرخص والمرخص له في عقود التراخيص الإجبارية هي كالآتي.

امتياز الترخيص الإجباري بالطابع غير الاستثنائي، هذه الخاصية أشارت إليها المادة 48 من الأمر رقم 07/03 بقولها «تكون الرخصة الإجبارية المذكورة في المادة 38 أعلاه، غير استثنائية ويكون هدفها الأساسي تموين السوق الوطنية»، ذلك ما هو مؤكد بنص المادة 5/أ/4 من اتفاقية باريس التي جاء فيها « ولا يكون مثل هذا الترخيص الإجباري استثنائي⁽¹⁷⁾».

بمعنى أنه يجوز لمالك الاختراع صاحب البراءة أن يمنح عدة تراخيص لفائدة أشخاص آخرين، بخلاف الترخيص الاستثنائي الذي يمنح بموجبه للمرخص له وحده الحق في استغلال الاختراع موضوع البراءة ويمنع على المرخص منح استغلال البراءة لشخص آخر، باعتبار عقد الترخيص قائم على فكرة الاعتبار الشخصي، انطلاقاً من فكرة أن الترخيص الإجباري لا يمنح إلا للطالب الذي قدم ضمانات ضرورية بخصوص استغلال من شأنه تدارك الخلل الذي أدى إلى الرخصة الإجبارية، وعلى ذلك لا يمكن للمرخص له إقرار تراخيص من الباطن إلا في حالة وجود اتفاق يقضي بغير ذلك⁽¹⁸⁾، وفي الحالة العكسية تهض قواعد المسؤولية العقدية في حق المرخص له، وتعتبر أعمال الاستغلال التي قام بها المرخص له من الباطن أعمال تقليد⁽¹⁹⁾.

• البراءة حق مالي خالص لمالك الاختراع، وفقاً لنص للمادة 1/10 من الأمر 07/03 بقولها «الحق في براءة الاختراع ملك لصاحب الاختراع كما هو محدد في المواد من 3 إلى 8 أعلاه، أو ملك خلفه»، وعليه لا يجوز للمرخص له قانوناً، إبرام تصرفات قانونية على البراءة سواء بالبيع أو الرهن أو الهبة، لأنها حقوق ناجمة عن براءة الاختراع، ومن ثم يبقى صاحب الاختراع موضوع البراءة متمتعاً بحق الملكية رغم صدور قرار من الجهة المختصة لمنح تراخيص إجبارية للاستغلال .

• التزام المرخص له بالاستغلال الفعلي للبراءة، وعلى ذلك فالتزام المرخص له باستغلال البراءة صناعياً هو التزام في مواجهة المرخص، باعتباره التزام تابع لالتزام المرخص نفسه بتحقيق الاستغلال، وعلى ذلك منح المشرع مالك البراءة الحق في طلب سحب الرخصة الإجبارية من المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، ذلك ما أفضت

إليه المادة 45 من الأمر رقم 07/03 بنصها «دون الإخلال بأحكام الفقرة الأخيرة من هذه المادة، يمكن المصلحة المختصة أن تسحب الرخصة الإجبارية بطلب من صاحب براءة الاختراع إذا زالت الشروط التي بررت منح الرخصة الإجبارية، أو إذا تبين أن الشروط المحددة لم تعد متوفرة في المستفيد من الرخصة الإجبارية.

و لا تسحب المصلحة المختصة الرخصة الإجبارية إذا اقتنعت بوجود ظروف تبرر الإبقاء عليها خصوصا في الحالة المذكورة في النقطة الأولى أعلاه، إذا كان المستفيد من الرخصة يستغل الاختراع المحمي بالبراءة صناعيا أو قام بتحضيرات جادة من أجل ذلك».

• مبدأ استقلال البراءات، و المعتمد بموجب المادة 4 ثانيا من اتفاقية باريس بنصها «تكون البراءات التي يطلبها رعايا دول الاتحاد في مختلف هذه الدول مستقلة عن البراءات التي تم الحصول عليها عن نفس الاختراع في دول أخرى سواء كانت هذه الدول أعضاء أم غير أعضاء في الإتحاد»، وعليه في غياب شرط صريح في العقد يقضي بخلاف ذلك، فإن الترخيص يعتبر يمتد لبراءة التي جرى الترخيص باستغلالها فقط، دون أن تمتد إلى البراءات الصادرة في الخارج عن ذات الاختراع.

مع العلم، أن الحماية المقررة بموجب هذه المبدأ هي حماية عينية للاختراع ذاته في صلاحيته وأسباب انقضائه باعتبارها مسائل تخضع للاعتبارات الخاصة بكل دولة على حدة، والتي تفترض إجراء فحص موضوعي سابق، ولكن هذا الإجراء معدوم في التشريع الوطني ذلك ما يظهر جليا من نص المادة 31 من الأمر 07/03 التي جاء فيها «تصدر براءات الاختراع ذات الطلبات المستوفية الشروط دون فحص مسبق وتحت مسؤولية الطالبين ومن غير أي ضمان، سواء تعلق الأمر بواقع الاختراع أو حدته أو جدارته أو تعلق الأمر بوفاء الوصف وبدقته، وتسلم المصلحة المختصة للطالب شهادة تثبت صحة الطلب وتمثل براءة الاختراع»⁽²⁰⁾.

• تمكين المرخص له بموجب عقد الترخيص الإجباري من مباشرة حقه في الاستغلال إلى غاية انتهاء مدة الترخيص الحبري، من ذلك الالتزام بضمان وجود البراءة، ولن يتأتى ذلك، إلا بالالتزام المرخص على أداء الرسوم المحددة قانونا تقاديا لإسقاط البراءة، ذلك ما هو مبين بنص المادة 54 بنصها «تسقط براءة الاختراع عند عدم تسديد رسوم الإبقاء على سريان المفعول السنوية الموافقة لتاريخ الإيداع والمنصوص عليها في المادة 9 أعلاه.

غير أن لصاحب البراءة أو طلب البراءة مهلة سنة (06) أشهر تحسب ابتداء من هذا التاريخ لتسديد الرسوم المستحقة إضافة إلى غرامة تأخير.

ومع ذلك، وبطلب معلل من صاحب البراءة يقدم في أجل أقصاه ستة (6) أشهر بعد انقضاء الأجل القانوني، يمكن المصلحة المختصة تقرير إعادة تأهيل البراءة وذلك بعد تسديد الرسوم المستحقة ورسم إعادة التأهيل».

كما يقع عليه التزام بضمان صحة البراءة، حتى لا تكون هذه الأخيرة مهددة بنظام البطلان، الأمر الذي يترتب عليه انتهاء البراءة في مواجهة الكافة بما فيه المرخص له جبريا، مما يجعل المرخص في حل من التزامه من دفع المقابل⁽²¹⁾، ذلك ما يستخلص من مراجعة المادة 53 من الأمر رقم 07/03 التي جاء فيها «تعلن الجهة القضائية المختصة البطلان الكلي أو الجزئي لمطلب أو لعدة مطالب تتعلق ببراءة اختراع، بناء على طلب أي شخص معني في الحالات الآتية:

* إذا لم تتوفر في موضوع براءة الاختراع الأحكام الواردة في المواد من 3 إلى 8 أعلاه.
* إذا لم تتوفر في وصف الاختراع أحكام المادة 22 الفقرة 3 أعلاه وإذا لم تحدد مطالب براءة الاختراع الحماية المطلوبة.

* إذا كان الاختراع ذاته موضوع براءة اختراع في الجزائر تبعا لطلب سابق أو كان مستفيدا من أولوية سابقة.

عندما يصبح قرار الإبطال نهائيا، يتولى الطرف الذي يعنيه التعجيل، تبليغه بقوة القانون إلى المصلحة المختصة التي تقوم بقيده ونشره».

• أن يكون عقد الترخيص الممنوح من المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، محدد في موضوعه، ومدته، ومكانه وقيمة التعويض اللازم لصاحب البراءة، إلا في حالة وجود اتفاق بين الطرفين.

دون أن يؤثر ذلك على حق المرخص في اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة التي تفصل في المسألة بحكم ابتدائي ونهائي. خاصة أن المادة 41 من الأمر 07/03 ترتب لصاحب البراءة الحق في اقتضاء مقابل مالي في حالة الإخلال بالشروط التعاقدية (22). ومن الأهمية بمكان، الإشارة إلى أنه من حق مالك البراءة للطعن في القرار الصادر عن المعهد الوطني الجزائري بخصوص مسألة منح التراخيص الإلزامية في حالة انعدام المقتضيات القانونية المؤسسة لفكرة منح التراخيص الإلزامية، على أن القضاء المرخص في هذه الحالة هو القضاء العادي وليس القضاء الإداري، والسبب

في ذلك أن المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية كيفه المشرع على أنه مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري هذا من جهة، ومن جهة أخرى تبني المشرع المعيار العضوي كأساس لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وبين جهات القضاء الإداري ذاتها.

ومن أساسيات العدالة ومراعاة مبدأ حسن النية يلتزم المرخص في مواجهة المرخص له بقواعد ضمان التعرض والعيوب الخفية وضمن الاستحقاق طبقا لقواعد القانون المدني، أم بخصوص انقضاء عقد الترخيص الإجمالي بانتهاء المدة المحددة له، أو بوفاء المرخص له، باستثناء الحالة التي قررها المشرع بنص المادة 42 التي قضت بأن «لا يمكن نقل الرخصة الإجمالية إلا مع جزء المؤسسة أو المحل التجاري المنتفع بها ولا يتم هذا الانتقال بعد موافقة المصلحة المختصة».

مع الإشارة بمكان، أن المرخص يكون ملزما بمنح ترخيص باستعمال التغييرات والتحسينات التي أدخلت على البراءة الأصلية⁽²³⁾، وعليه فإن التحسينات التي يجب على المرخص إعلام المرخص بها هي التي تتضمن أساسين إثنين، الأول، أن تجعل الاختراع محل البراءة أقل تكلفة إنتاجية، والثاني أن تجعل الاختراع محل البراءة أكثر جودة⁽²⁴⁾.

خاتمة

من خلال تتبع مظاهر التنمية الاقتصادية، نجد من دعائمها الأساسية عنصر المال والعنصر البشري، والمعرفة العلمية، باعتبارها آليات متلازمة لا يمكن فصلها عن بعضها البعض بل أضحت الثورة العلمية والتكنولوجيا هي العامل المهيمن على كافة مناحي الحياة، هذا الواقع الجديد كان له آثاره على معطيات التعامل القانوني والاقتصادي، لذلك أولت النظم القانونية اهتماما كبيرا بها من خلال التأطير القانوني لها وإيجاد قواعد حماية وفق طبيعة كل عنصر من هذه العناصر، خاصة أن هذه العناصر موجهة بالدرجة الأولى للاستغلال الصناعي، سواء من حيث التقليل من حجم البطالة، وتدعيم المنتج الوطني اعتمادا على تطوير والنهوض بالصناعة الوطنية.

لذلك فرضت السلطات على صاحب الاختراع أن يجسد فكرة الاستغلال الفعلي باعتباره آلية من آليات تطوير المجال التجاري والصناعي وحماية المستهلك في آن واحد، وفي حالة الإخلال بهذه الأسس فيكون من واجب الدولة أن تتدخل في عملية التوجيه والمراقبة للمحافظة على المصالح الوطنية.

ومن ثم إذا كانت براءة الاختراع تعطي لصاحبها حقا استثنائيا، فيجب أن يكون هذا الحق في خدمة المصلحة الوطنية و ليس ضارا بها، لأن استغلال الاختراع لا يعد حقا مطلقا وإنما يخضع بقوة القانون لقيود، لذلك ودت آلية التراخيص الإجبارية، وعليه فالأساس القانوني في النص على فكرة التراخيص الإجباري هي حاجات وضرورة التطور الصناعي والتجاري، إلا أن هذا لا يعني أن نظام التراخيص الإجباري ليس له عيوب⁽²⁵⁾.

وما دام النشاط الابداعي شبه معدوم في الدول النامية، ومن ثم فإن هذه الآلية تكون في خدمة الدول الكبرى بالدرجة الأولى فيجب على المشرع أن يشدد في منح براءة الاختراع و سن مجموعة من القواعد القانونية التي تكون مهمتها مراقبة التراخيص الأجنبية، زيادة على تشجيع ايداع الطلبات عن طريق اتفاق التعاون الدولي حول البراءات⁽²⁶⁾.

الهوامش

1. هدى جعفر ياسين الموسوي، الترخيص الاجباري باستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص، 17 .
2. فؤاد معلال، الملكية الصناعية والتجارية، دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، 2009، ص، 3 .
3. رأفت صلاح أبو الهيجاء، براءات الاختراع ما بين التشريعين الأردني والمصري والاتفاقيات الدولية، عالم الكتب للنشر والتوزيع، 2006، ص، 29 .
4. سعيد بن عبد الله بن حمود المعشري، حقوق الملكية الصناعية، دراسة فقهية مقارنة في ظل ما أخذ به التشريع العماني، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص، 149 .
5. لبنى مبسط، براءة الاختراع في المادة الصيدلانية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمق، 2002 / 2003، ص، 60 وما يليها.
6. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والتجارية و المحل التجاري، دار النهضة العربية، ص، 159 .
7. مدحت الديبسي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية في مصر و التشريعات العربية و المعاهدات الدولية، دار محمود، 2008، ص، 7 .
8. تيورسي محمد، المرجع السابق، ص، 88 .
9. هدى جعفر ياسين الموسوي، المرجع السابق، ص، 95 .
10. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، ص، 249 .
11. راجع نص المادة 31 من اتفاقية تريبس.
12. نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص، 439 .
13. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والإماراتي والفرنسي، دار وائل للنشر، 2005، ص، 120 و ما يليها.
14. المادة 39 و المادة 5 / أ / 2 من اتفاقية باريس.
15. راجع المادة 38 / 3 / م 49
16. تعرف اختصارا باتفاقية تريبس، وهي إحدى الاتفاقيات الملحقه باتفاقية منظمة التجارة العالمية، يتم أثرها في حولة أوروغواي (1986-1993) وتم تبينها في مؤتمر مراكش المنعقدة 15 أفريل 1994. الطيب زروقي، القانون الدولي للملكية الفكرية تحاليل ووثائق، مطبعة الكاهنة، 2004، ص، 92.
17. يونس بتونة، العلامة التجارية بين التشريع والاجتهاد القضائي وفقا لآخر تعديلات ظهور 14 / 02 / 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - 2006

18. ذلك ما أكدته المادة 5/ أ/ 4 من اتفاقية باريس التي جاء فيها «كما لا يجوز انتقاله حتى وإن كان ذلك في شكل منح ترخيص من الباطن...»
19. فؤاد معلال، المرجع السابق، ص 291.
20. زروقي الطيب، المرجع السابق، ص، 50 .
21. عصام مالك أحمد العسبي، الترخيص الإجباري لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009، ص، 117.
22. دعوى المسؤولية العفدية
23. راجع المادة 15 و ما يليها من الأمر 07 / 03 .
24. علاء عزيز الجبوري، عقد الترخيص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011، ص، 140 .
25. عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية و التجارية، دار وائل، 2005، ص، 108 .

الجريمة الدولية

د. هشام فنحار

أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق جامعة يحي فارس بالمدينة

مقدمة:

ارتبط تاريخ الجنس البشري منذ نشأته بارتكاب الكثير من المآسي التي ذهب ضحيتها أعداد هائلة من الأبرياء، نتيجة للصراعات التي نشبت بين مختلف الأطراف المتناحرة، فمنذ بداية التجمعات الإنسانية الأولى، لم تسلم البشرية من ويلات غرائز الإنسان كحب السيطرة والغلبة أو الاستعلاء، وغيرها من الغرائز المدمرة التي قد تجد غطاء لها في مبررات دينية أو عرقية أو قومية أو أيديولوجية.

وعلى مر العصور لم تخف حدة جنون البعض من بني البشر، واستمروا في إضافة المزيد من الصفحات السوداء في تاريخ البشرية، عن طريق إثارتهم للحروب واستباحة دم غيرهم من الشعوب، بل أحيانا حتى ضد أفراد من بني جلدتهم تحت أي من المبررات المعهودة، وهو ما انعكس على تبلور أفكار قانونية تعمل على منع تكرار تلك المآسي ومعاينة مرتكبيها والتعامل مع آثارها⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يثير مسألة البحث في مفهوم الجريمة الدولية وبيان طبيعتها ونطاقها كصيغة قانونية لتجريم الفظائع والانتهاكات الخطيرة المرتكبة على الصعيد الدولي.

المبحث الأول: تعريف الجريمة الدولية وبيان طبيعتها

سواء كانت الجريمة داخلية أو دولية فإنها تمثل عدوانا أو اعتداء على مصلحة يحميها القانون، غاية ما في الأمر أنه في مجال الجريمة الداخلية يتولى حماية المصلحة القانون الجنائي الداخلي الذي ينص على أركان الجريمة والعقوبات المقررة لفاعلها، بينما في الجريمة الدولية يتولى القانون الدولي الجنائي حماية المصلحة التي تهم المجتمع الدولي.⁽²⁾

المطلب الأول: تعريف الجريمة الدولية

لم تتفق آراء الفقه بشأن تعريف الجريمة الداخلية إذ لم تستقر على تعريف محدد، ولذا فقد درجت التشريعات الداخلية على عدم وضع تعريف للجريمة تاركة أمر ذلك التحديد للفقه، ولم تشذ الجريمة الدولية بدورها عن القاعدة، فقد تعددت واختلفت آراء الفقه بشأنها، أيضا لم تتضمن أيا من نصوص نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أي تعريف لهذه الجريمة⁽³⁾، ولذلك فقد اجتهد الفقه الدولي محاولا تحديد مفهوم هذه الجريمة.

وقد أثار موضوع تعريف الجريمة الدولية نقاشا واسعا وجدلا كبيرا بين الفقهاء، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل تعددت التعريفات، وقد أدى هذا الجدل وذاك التعدد إلى إيضاح وتبيان معالم الجريمة الدولية وتحديد عناصرها وأركانها⁽⁴⁾، بحيث بدأت محاولات تحديد مدلول الجريمة الدولية تفهم على أنها الخرق الخطير لقواعد القانون الدولي الذي ترتكبه الدولة عند انتهاكها للسلم والأمن الدوليين لتقع ضد أشخاص القانون الدولي الآخر من الدول فقط، وأبرز هذه الخروق جريمة حرب الاعتداء، ويمكن أن نجد هذا الاتجاه واضحا في الجهود التي بذلها الفقه الدولي نحو تحديد مفهوم الجريمة الدولية، بحيث حصر عدد من الفقهاء الجرائم الدولية بالجرائم التي تتضمن عنصرا سياسيا فحسب، أي تلك الجرائم التي يرتكبها أفراد بوصفهم أعضاء دولة والتي تشكل أعمال دولة على حد تعبير الأستاذ كلسن⁽⁵⁾، وتقع ضد السلم والأمن الدوليين أو ضد الاستقلال السياسي أو السلامة الإقليمية لدولة من الدول.

وبذلك فالجريمة الدولية في نظر هؤلاء الفقهاء لا ترتكب إلا من دولة ضد دولة أو مجموعة دول دون غيرها من الأفعال التي يرتكبها الأشخاص الطبيعيين بصفتهم الفردية ولو كانت ضارة بالمصالح الدولية، كأفعال القرصنة، وتجارة الرقيق، وجرائم تزييف العملة وجرائم الاتجار بالمخدرات، وغيرها من الأفعال التي تمثل عدوانا على القيم الأساسية في النظام الاجتماعي، فإنها تعد جرائم وطنية ويطلق عليها أحيانا جرائم عالمية، على اعتبار أن الجاني يزاول نشاطه الإجرامي في عدة أقاليم، وبالتالي يشكل خطرا على مصالح عدة دول، من هنا تتعاون الدول على مكافحة هذا النوع من الجرائم بالنص على تجريمها في اتفاقيات دولية تحدد فيها القواعد الأساسية التي يجب أن تشمل عليها القوانين الوطنية.

ويعد الفقيه بلا (Pella) من مؤيدي فكرة قصر الجريمة الدولية على الأفعال الصادرة عن الدولة، إلا أنه ينادي بالمسؤولية المزدوجة للفرد والدولة، فعرف الجريمة الدولية بأنها «فعل أو ترك تقابله عقوبة تعلن وتنفذ باسم الجماعة الدولية»⁽⁶⁾، وقد انتقد هذا التعريف في أنه ربط بين الجريمة وضرورة إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تختص بالمحاكمة عن الجرائم الدولية.

وقد عرف الفقيه (Glaser) الجريمة الدولية بأنها «الفعل الذي يرتكب إخلالا بقواعد القانون الدولي، ويكون ضارا بالمصالح التي يحميها ذلك القانون مع الاعتراف له قانونا بصفة الجريمة واستحقاق فاعله العقاب»⁽⁷⁾.

وعرفها الأستاذ (Q. Wright) بأنها «التصرف الذي يرتكب بنية انتهاك المصالح التي يحميها القانون الدولي أو لمجرد العلم بانتهاك تلك المصالح، مع عدم كفاية ممارسة الاختصاص الجنائي الاعتيادي للدولة في العقاب عليه»⁽⁸⁾.

ويعرف الأستاذ (Lombois) الجريمة الدولية بأنها «أفعال مخالفة لقواعد القانون الدولي تتضمن انتهاكا لمصالح الجماعة الدولية التي تقرر حمايتها بقواعد هذا القانون»⁽⁹⁾.

ويعرفها الأستاذ الدكتور محمد محي الدين عوض بأنها «كل مخالفة للقانون الدولي سواء أكان يحظرها القانون الوطني أو يقرها تقع بفعل أو ترك من فرد محتفظ بحريته الاختيار (مسؤول أخلاقيا) إضرارا بالأفراد أو بالمجتمع الدولي، بناء على طلب الدولة أو بتشجيعها أو رضا منها - في الغالب - يكون من الممكن مجازاته جنائيا عنها طبقا لأحكام ذلك القانون»⁽¹⁰⁾.

ومن الواضح أن الجريمة الدولية على ضوء ما يراه هؤلاء الفقهاء لا تخرج عن كونها فعل أو امتناع يعد مخالفة جسيمة لأحكام ومبادئ القانون الدولي ويكون من شأنه إحداث الاضطراب في الأمن والنظام العام الدولي والمساس بالمصالح الأساسية للإنسانية للجماعة الدولية وأفراد الجنس البشري، مما يستوجب المسؤولية الدولية وضرورة توقيع العقاب الجنائي على مرتكب تلك المخالفة باسم المجتمع الدولي⁽¹¹⁾.

ونرى هاهنا أن الجريمة الدولية التي نعنيها في هذه الدراسة هي الجريمة الجنائية الدولية، لذلك يخرج عن إطار الدراسة فكرة جرائم القانون العام والجرائم السياسية والاقتصادية.

ويمكن أن نعرف الجريمة الدولية بأنها كل فعل أو امتناع يعد خرقا للقيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع الدولي وينتج عنه تهديد لكيان ومصالح المجتمع الدولي بالشكل

الذي يوجب توقيع العقوبة الجنائية على مرتكبيه.

المطلب الثاني: طبيعة الجريمة الدولية

مادامت كل جريمة دولية تعتبر - في الوقت ذاته - تأثيماً لسلوك غير مشروع يمثل اعتداء جسيماً على القيم والمصالح العليا للمجتمع الدولي، فإن معنى ذلك أن مضمون القواعد الجنائية الدولية تمثل في الوقت نفسه انعكاساً لمضمون القانون الدولي العام وفروعه المختلفة، بمعنى أن السلوك المحظور في القانون الجنائي الدولي هو سلوك خطر يهدد أمن وكيان المجتمع الدولي ومصالح أشخاصه حسبما تنظمها أفرع القانون الدولي الأخرى، وعلى ذلك فإن هذا السلوك يمكن أن يهدد بالخطر أي مجال من مجالات النظام القانوني الدولي.

وإذا سلمنا بأن الفعل الذي يعتبر إتيانه "جريمة دولية" قد يستمد صفته الإجرامية من العرف، كما قد يستمدها من القواعد الاتفاقية المنصوص عليها في المعاهدات الثنائية⁽¹²⁾، فهذا يدفعنا إلى القول بأن القانون الدولي الجنائي يتضمن مجموعة من القواعد التي تسري عليها كافة خصائص القواعد القانونية الدولية، ومن أهم خاصيات القانون الدولي الجنائي أنه يقوم بتأدية وظيفتين:

الوظيفة الأولى: التي يشترك فيها كافة قواعد القانون الدولي، وتستند تلك الوظيفة على مبدأ سيادة القانون الدولي على القانون الداخلي.⁽¹³⁾

وهذا المبدأ يفرض على كل دولة إدماج قواعد القانون الدولي في تشريعاتها الوطنية حتى تتقيد بها سلطاتها الداخلية من ناحية، ويلتزم بها الأفراد فيما يخصهم من ناحية أخرى.⁽¹⁴⁾

ويترتب على إدماج قواعد القانون الدولي الجنائي ضمن التشريع الوطني أن يصبح لهذه القواعد، إلى جانب صفتها الدولية، قوة القانون الداخلي، ويتعين على سلطات الدولة وهيئاتها المختلفة والأفراد مراعاتها والتقيد بها كتقيدهم بأي قانون وطني.⁽¹⁵⁾

الوظيفة الثانية: إلى جانب مخاطبة القانون الدولي الجنائي للدول، أصبح كذلك يخاطب الأفراد ويضع على عاتقهم قيوداً وواجبات ويحملهم المسؤولية الدولية، وقد أكد على ذلك المبدأ الأول من مبادئ نورمبرغ بنصه على أن كل شخص يرتكب فعلاً يشكل جريمة في نظر القانون الدولي يسأل عن فعله وعليه أن يتحمل تبعه الجزاء.⁽¹⁶⁾ فمبادئ نورمبرغ وطوكيو أثبتت أن العقاب أو القصاص المستهدف في هذه الحالات يخص الأفراد لا الدولة، كون هذه الأخيرة لا تصلح أن تكون محورياً للمسؤولية الدولية

الجنائية المستهدفة آنذاك، مما يفسر المحاولات العديدة التي تلت هذه السابقة القانونية التاريخية، والتي حاولت أن ترتقي بالقانون الدولي من قانون يخاطب أشخاصا اعتباريين إلى قانون يخاطب أيضا أشخاصا طبيعيين، ومن قانون مانع إلى قانون عقاب وقصاص⁽¹⁷⁾

ويلاحظ هنا أننا لا نتحدث عن الموظف الدولي وإنما عن الشخص العادي، بحيث أن القانون الدولي أصبح يفرض على الفرد واجبات ويعاقبه على مخالفتها.⁽¹⁸⁾

والجدير بالذكر أن القواعد التي تحكم الجريمة الدولية من حيث التجريم والعقاب والمسؤولية الجنائية الفردية عن الفعل الشخصي قواعد ذات طبيعة جنائية بحتة، وهذا هو ما يجعل القانون الدولي الجنائي يقترب كثيرا من حيث مضمونه من القانون الجنائي الداخلي، وإن ظل ذلك فرعا من القانون الدولي العام، تأسيسا على أن القانون الدولي العام هو القانون الذي ينظم المجتمع من كافة النواحي القانونية ومن بينها حمايته من الإجرام الدولي.

ويلاحظ أن انعدام الاختلاف في طبيعة كل من الجريمة الدولية والجريمة الداخلية لا يمنع وجود ثمة فوارق، غير أن ذلك لا يؤثر على وحدة الطبيعة القانونية، وإنما مرد هذا الاختلاف هو ظروف المجتمع الدولي الذي لم يصل في درجة تنظيمه إلى ما وصل إليه المجتمع الداخلي من نضوج واستقرار بشأن المفاهيم القانونية.⁽¹⁹⁾

ولذلك فإن الجريمة الدولية كمفهوم هي دائما في حالة تطور، شأنها في ذلك شأن قواعد القانون الدولي التي تعد في حالة تطور مستمر.

المبحث الثاني: ذاتية الجريمة الدولية وأركانها

تتمثل الجريمة الدولية في العدوان على المصالح والقيم التي يحرص المجتمع الدولي أشد الحرص على حمايتها، ولذلك يوليها القانون الدولي الجنائي جل عنايتها بهدف حمايتها والمحافظة عليها، وتتعلق هذه المصالح بالركائز الأساسية التي يترتب على المساس بها زعزعة الأمن والاستقرار في الجماعة الدولية.

ولذلك فالجريمة الدولية تحتلف عما قد يختلط ويشته معها من أفعال غير مشروعة تخرجها عن نطاقها، إذ ليس من شأنها إحداث الأثر الذي تحدثه الجريمة الدولية.⁽²⁰⁾

المطلب الأول: التمييز بين الجريمة الدولية وغيرها من الجرائم

إن تحديد ذاتية الجريمة الدولية يقتضي تمييزها عما قد يلتبس ويختلط بها من جرائم مثل جريمة القانون العام، والجريمة السياسية، والجريمة العالمية، وذلك من خلال بيان أوجه

الاختلاف بينها وبين هذه الجرائم.

أولاً: الجريمة الدولية وجريمة القانون العام.

تتميز الجريمة الدولية عن جريمة القانون العام من حيث المصدر، ومن حيث الأطراف أيضاً، فالجريمة الدولية تجرد مصدرها في العرف الدولي والمعاهدات الدولية التي تكشف عن هذا العرف على خلاف جريمة القانون العام التي تجرد مصدرها في القوانين المكتوبة التي يصدرها المشرع الوطني في البلدان التي تأخذ بمبدأ الشرعية النصية، كما أن الجريمة الدولية تقع ضد مصلحة دولية أو إنسانية وتقوم بها الدولة - أو عدة دول - بنفسها أو ينفذها أفراد برضاها أو تشجيعها، أما الجريمة الداخلية فتقع ضد مصلحة يحميها التشريع الداخلي وأطرافها هم من الأفراد العاديين على وجه العموم.⁽²¹⁾

وتخضع الجريمة الدولية مثل الجريمة الداخلية للمبادئ العامة في القانون الجنائي، وذلك من حيث ضرورة توافر الركن المعنوي لقيام المسؤولية الجنائية، وشخصية المسؤولية الجنائية، وإمكانية قيام سبب الإباحة، أو موانع المسؤولية.

ثانياً: الجريمة الدولية والجريمة السياسية.

يقصد بالجريمة السياسية تلك الجريمة التي يقع عدوانها على نظام الدولة السياسي، مثل نظام الحكم فيها أو سلطاتها العامة أو الحقوق السياسية للمواطنين، فالجريمة السياسية هي جريمة داخلية ينص عليها المشرع الوطني، وتتميز بكون الدافع إلى ارتكابها ذا صفة سياسية يستهدف تغيير شكل الحكم أو النظام السياسي القائم في البلاد.⁽²²⁾

ومن المبادئ المتفق عليها دولياً في هذا المجال هو عدم جواز تسليم المجرمين السياسيين، كما أن التشريعات العقابية الآن أصبحت تقرر معاملة خاصة للمجرمين السياسيين سواء فيما تتعلق بالمحكمة المختصة أو بالقواعد الإجرائية الخاصة.

أما الجريمة الدولية فهي من الجرائم التي حددها العرف الدولي، وترتكب ضد مصلحة دولية أو إنسانية، وتحدث اضطراباً في العلاقات الدولية ويجوز التسليم فيها.⁽²³⁾

ثالثاً: الجريمة الدولية والجريمة العالمية.

هناك قيم أساسية ومشاركة في المجتمع الدولي قد تعمل الدول على صيانتها ومنع الاعتداء عليها، ويتخذ هذا الموقف صفة العالمية كترفيف النقود أو الاتجار بالرقيق والنساء والأطفال.⁽²⁴⁾

ومن أجل مكافحة هذه الجرائم نشأت فكرة القانون الجنائي العالمي، وتتعاون الدول على مكافحة الجرائم العالمية عن طريق الاتفاقيات الدولية التي تضع الشروط التي تنتجها قوانين العقوبات الداخلية للدول الأطراف في العقاب على هذه الجرائم، ومن هذه الجرائم ما يطلق عليه في الفقه تعبير جرائم الشعوب.⁽²⁵⁾

وتختلف الجريمة العالمية على النحو السابق ذكره عن الجريمة الدولية، فالجريمة العالمية ليست بجريمة دولية، وإنما هي محض جريمة عادية، ويميزها عن الجريمة الوطنية ارتكابها في عدة دول، وهذا من شأنه إسباغ الصفة العالمية عليها، أما الجريمة الدولية فهي تنطوي على عنصر دولي يتمثل في المساس بالمصلحة الدولية محل الحماية الجنائية الدولية.

وتجدر الإشارة إلى أن الجريمة العالمية من شأن العدوان فيها المساس بالنظام العام الداخلي، أي المصلحة الوطنية للدول التي ترتكب فيها، أما الجريمة الدولية فإن العدوان فيها من شأنه انتهاك المصلحة الدولية المحمية قانونا، وتخضع الجريمة العالمية لمبدأ الاختصاص العالمي للقضاء الوطني، إذ يطبق قضاء هذه الدولة على مقترفي الجريمة العالمية، أما الجريمة الدولية فيسري عليها القانون الدولي الجنائي، فضلا عن انعقاد الاختصاص بنظرها للقضاء الدولي الجنائي أو المحاكم الوطنية.⁽²⁶⁾

المطلب الثاني: أركان الجريمة الدولية

لا تختلف الجريمة الدولية في أركانها العامة عن الجريمة في القانون الداخلي، والتي درج القسم الغالب من فقهاء القانون الجنائي على تصنيفها إلى ثلاثة أركان أساسية هي الركن المادي، والمعنوي، والشرعي، وتتميز الجريمة الدولية بوجود الركن الدولي إلى جانب الأركان السابقة.

أولا: الركن المادي.

يعتبر السلوك البشري الإرادي عنصرا من عناصر الجريمة الدولية، والجريمة الدولية إما أن تقع ويتم وقوعها في المحيط الدولي، ويكون ذلك بأن تقع النتيجة حاصلة ذلك التصرف، وهذا ما يطلق عليه في فئة القانون الجنائي بالجريمة التامة، وأنها لا تبلغ تلك المرحلة بأن تبنى بينة مرحلة الإعداد والتحضير، في حين تدخل هذه المرحلة ضمن نطاق السلوك الإجرامي في القانون الدولي الجنائي⁽²⁷⁾، خاصة بالنسبة للجرائم الدولية التي تتعلق بصميم السلم والأمن الدوليين.

وتتعدد صور السلوك المحظور إذ يتخذ صورة السلوك الايجابي أو السلبي، ويكون سلوكا ايجابيا إذا تجسد في شكل القيام بعمل يحظره القانون ويؤدي إلى قيام الجريمة،

فالدولة التي تقوم بشن هجوم على دولة أخرى أو تغزوها أو تضر بها بالقنابل أو تفرض عليها حصارا بریا أو بحريا تسلك سلوكا مخالفا للقانون وتقترب جريمة دولية.

ويوجب القانون (العرف الدولي) على الدولة أن تمتنع عن ارتكاب الأعمال التي تفضي إلى الجرائم الدولية، فإذا ما خالفت الدولة أمر القانون بالامتناع عن الفعل بان قامت به فعلا، فإن عملها هذا يوصف بأنه سلوك إيجابي نجم عنه جريمة دولية، وصورة الفعل الإيجابي المؤدي على الجريمة هي الصورة الرئيسية الغالبة في القانون.⁽²⁸⁾

أما السلوك السلبي «الامتناع» أو «الترك» فهو عبارة عن إحجام إرادي عن اتخاذ سلوك إيجابي معين كان يتعين اتخاذه، فإذا امتنعت الدولة عن تحقيق الاتساق بين تشريعها الداخلي والقانون الدولي، فإن مصدر مسؤوليتها يكون مبدأ سيادة القانون الدولي على القانون الوطني، ويفترض هذا المثال وجود معاهدة أو اتفاقية دولية تفرض على أطرافها التزاما معيناً، يستوجب إعادة النظر في قوانينها الداخلية بحيث يتحقق هذا الاتساق بينها وبين هذه المعاهدة أو الاتفاقية، فإن امتنعت عن كفالة هذا الاتساق كان الامتناع جريمة دولية، وقد حرصت النصوص الدولية على تأكيد التزام الدولة بذلك⁽²⁹⁾.

فاتفاقيات جنيف الإنسانية لعام 1949 والخاصة بتحسين وضع جرحى الحرب والأسرى وحماية المدنيين تقرر التزام الدول الموقعة عليها باتخاذ الإجراءات التشريعية الكفيلة بتوقيع العقاب على كل شخص يرتكب أو يجرض على ارتكاب فعل تحظره نصوص الاتفاقية، وإحجام الدولة عن القيام بالتزامها يجعلها مسؤولة عن الأضرار التي ترتكب عليه، فضلا عن المسؤولية الجنائية للأفراد والناجمة عن امتناعهم المخالف للالتزام يفرضه القانون الدولي الجنائي، فقد أصبحت المسؤولية الجنائية الفردية مبدأ مقرا في القانون الدولي الجنائي، وذلك منذ محاكمات نورمبرج وطوكيو، فامتناع الرئيس عن الحيلولة دون ارتكاب مرؤوسيه الجرائم تعد جريمة دولية.⁽³⁰⁾

ومجمل القول هنا أن القانون الدولي الجنائي يقر بإمكانية ارتكاب الجرائم الإيجابية بطريق سلبي، إذ ليس من المهم أن يصل الفاعل إلى النتيجة المحظورة دوليا بنشاط إيجابي، وإنما قد يصل إليها بسلوك سلبي مناف للقانون.

ثانيا: الركن المعنوي.

لا يكفي الركن المادي (السلوك الإجرامي) وحده لتحقيق الجريمة في التشريعات الجنائية المعاصرة، بل لابد من توافر علاقة سببية بين إرادة الجاني والتصرف الذي أتاه، وإرادته الآثمة هي التي يعول عليها في إسناد التصرفات الجرمية إليه وعقابه عنها⁽³¹⁾، أي

أن المسؤولية الجنائية أساسها الإرادة الآتمة.

وتتخذ الإرادة بمعناها المذكور أعلاه اتجاهاتها لتحقيق صورة من الصورتين التاليتين: الأولى، صورة الإرادة الواعية التي تقصد إحداث النتيجة على النحو الذي حدده القانون وتسمى «القصـد الجنائي»، والثانية، تتخذ صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد وتسمى «الخطأ».

ونعني بالقصـد الجنائي علم الجاني بكافة الوقائع التي تكون الجريمة واتجاه إرادته لتحقيقها، وعليه فالقصـد الجنائي يقوم بتوافر، وتتفق أحكام القانون الدولي الجنائي، بهذا الشأن، مع القانون الجنائي الداخلي إذ تتطلب الجرائم الدولية العمدية قيام القصد الجنائي المكون من عنصري العلم والإرادة⁽³²⁾، إلا أن الجريمة الدولية مستندة إلى بواعث خاصة، فالجاني لا يرتكب الجريمة لحسابه الخاص وإنما بتوجيه من سلطات الدولة، ولقد نصت مثلا المادة الثانية من اتفاقية مكافحة ومعاقبة إبادة الأجناس صراحة على فكرة القصد الخاص، حيث استلزمت أن ترتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية بقصد تدمير جماعة وطنية أو طائفية دينية بصفة كلية أو جزئية.⁽³³⁾

أما الخطأ غير العمدي فيقوم على أساس عدم توقع مرتكب الفعل للنتيجة الإجرامية المترتبة على فعله وعدم إرادة تحقيقها، غير أن صور الخطأ غير العمد محدودة الوجود في نطاق القانون الدولي الجنائي، ومن الصعب تصورهما، ذلك لأن الأفعال الإجرامية غالبا ما تتميز بالعمد والقصـد المباشر، فهناك جرائم لا يتصور ارتكابها بخطأ غير عمدي كالجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة وأخذ الرهائن.⁽³⁴⁾

وتجدر الإشارة إلى أن الإرادة الآتمة لا تتحقق كأساس للركن المعنوي إلا إذا كانت مدركة، أي لديها مكنة التمييز بين الأفعال المحرمة والمباحة⁽³⁵⁾، وأن تكون مختارة أي لديها قدرة على المفاضلة بين دوافع السلوك بين الإقدام على ما هو مباح والإحجام عما هو محظور والقانون الدولي الجنائي هو الآخر يقيم المسؤولية الجنائية على الأساس الأدبي.

ثالثا: الركن الشرعي.

يقصد بالركن الشرعي الأساس القانوني للجريمة محل التأثيم، أي النص الذي يصف الفعل المقترف على أنه جريمة إذ الأصل في الأفعال الإباحة حتى يأتي النص التشريعي الذي يجرمها.

غير أن هذا الركن له خصوصيته في الجريمة الدولية، وذلك لكون القانون الدولي الجنائي هو قانون عرفي، وقد فشلت كل المحاولات حتى الآن في تقنينه، ولهذا فالجرائم

الدولية ليست أفعالا منصوص عليها في قانون مكتوب كما هو الحال في الجرائم الداخلية، وغنما هي أفعال بينها العرف فحسب، ويبقى العرف الدولي مصدر التجريم في الجرائم الدولية حتى ولو نصت المعاهدات الدولية على تجريم بعض الأفعال، باعتبار أن هذه المعطيات لا ينشئ الجرائم وإنما تكشف عن العرف الذي جرمها، وهكذا فإن قاعدة الشرعية المكتوبة لا تجد مكانها في القانون الدولي الجنائي إذ يعني التمسك بالقاعدة حرفيا انه لا جريمة دولية بلا قانون مكتوب يحددها.⁽³⁶⁾

ولكل ما سبق فقد ذهب الفقه إلى القول بأنه ليست مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عين الأهمية التي يحض بها في القانون الداخلي، فالقانون الدولي الجنائي فرع من القانون الدولي العام، ومن ثم وجب أن تكون له خصائص هذا الأخير، وفي مقدمتها الصفة العرفية لقواعده، وبناء عليه فإن مبدأ الشرعية ذو صفة عرفية بحسب الأصل، أي انه لا وجود لفكرة الجريمة الدولية في نصوص مكتوبة، وإنما يمكن الاهتداء إليها عن طريق استقراء ما تواتر عليه العرف الدولي.⁽³⁷⁾

غير أنه بصدر نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 وقيامه بتقنين معظم الجرائم الدولية في نصوص مكتوبة ومدونة، فإنه لذلك على القاضي الدولي الرجوع إليها أولاً كما أشار إلى ذلك النظام الأساسي لتلك المحكمة⁽³⁸⁾، وهذا يعد تطورا هاما في مفهوم مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي.

وجدير بالذكر أن مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي ورغم خصوصيته فغنه يترتب على إعماله عدة نتائج أهمها قاعدة عدم الرجعية، ومبدأ التزام التفسير الضيق وعدم اللجوء إلى القياس، وهي نفس المبادئ المطبقة في القانون الجنائي الداخلي.

رابعاً: الركن الدولي.

لعل أهم ما تتميز به الجريمة الدولية عن الجريمة الداخلية هو ركنها الدولي، ويقصد بالركن الدولي قيام الجريمة الدولية بناء على تخطيط مدبر من دولة أو مجموعة من الدول، وتنفذ الدولة الجريمة الدولية بالاعتماد على قوتها وقدراتها ووسائلها الخاصة، وهي قدرات لا تتوافر للأشخاص العاديين حتماً، وقد ينفذ الجريمة بعض الأفراد، ومع ذلك يتوافر للجريمة الدولية ركنها الدولي، إذا ما تصرف هؤلاء باسم الدولة أو كوكلاء عنها والاستعانة بمقدراتها وتسخير وسائلها.⁽³⁹⁾

وقد أصبح الفقه الدولي يعتمد مفهوماً آخر للركن الدولي من خلال اعتماده على معيار يتسم بالتطور والمرونة التي يتميز بها القانون الدولي العام ألا وهو معيار المصلحة

الدولية، فالجريمة تعد دولية إذا كان من شأن السلوك غير المشروع المكون لها المساس بالمصلحة الدولية التي يحميها القانون الدولي الجنائي، بينما تكون الجريمة داخلية إذا لم يكن من شأن ذلك السلوك المساس بمصلحة دولية يحرص المجتمع الدولي على حمايتها وعدم المساس بها.

أما عن ضابط المصلحة الدولية فإنه يتحقق إذا كانت المصلحة محل الحماية الجنائية الدولية تمس كيان المجتمع الدولي في مجموعته أو الغالبية العظمى من أعضائه فإنها والأمثلة كذلك تكون مصلحة دولية عامة، أما إذا لم تمس هذا الكيان في مجموعته أو غالبيته، فإنه ينتفي عنها وصف المصلحة الدولية العامة.⁽⁴⁰⁾

ونرى بدورنا ضرورة الأخذ بمعيار المساس بالمصلحة الدولية لتحقيق الركن الدولي كونه المعيار الأصلح للفرقة بين الجريمة الدولية والجريمة الوطنية.

الخاتمة:

إن الجريمة الدولية لم تكن حدثاً فجائياً في المجتمع الدولي، فمثلما كانت الجريمة في المجتمع الوطني حقيقة واقعة من طبيعة الإنسان وغريزية، كانت الجريمة بين الأمم مخاضاً سلبياً اجتماعياً كسائر السلبيات التي تفرزها الحياة، وقد تبلورت الجريمة الدولية لتصبح الأساس في تشييد البناء الفكري لموضوع المسؤولية الجنائية الدولية، إذ لا يتصور قيام هذه المسؤولية دون قيام الجريمة الدولية وفقاً لما حاولنا دراسته في هذا المقال من خلال التعرض لتعريف الجريمة الدولية وبيان طبيعتها، وكذا التطرق لذاتها وأركانها.

ورغم التوافق الدولي على هذا البناء النظري للجريمة الدولية إلا أن أكبر تحدي مازال يواجه المجتمع الدولي في نظرنا هو ضرورة محاكمة وتوقيع العقاب على مرتكبي الجرائم الدولية بمعيار واحد وميزان وحيد وأن يستبعد الأهواء والاعتبارات السياسية وخصوصاً فكرة المعاملة المزدوجة أو فكرة الكيل بكيلين أو الأخذ بمعيارين، كما يجب على الدول الكبرى في هذا المجال أن تتخلى عن مناصرة المعتدي والوقوف إلى جانب العدل والحق والإنسانية دون اعتبارات سياسية أخرى.

الهوامش:

1. د/ نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 5-6.
2. أ/ عبد القادر البقيرات، (الجريمة الدولية)، مجلة حوليات جامعة الجزائر، الصادرة عن جامعة الجزائر في الجزائر، العدد 16، الجزء الأول، لعام 2006، ص 129.
3. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، القانون الدولي الجنائي، بدون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2008، ص 07.
4. المرجع نفسه، ص 13.
5. د/ عباس ماشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، بدون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 16.
6. د/ أحمد عبد الحميد محمد الرفاعي، النظرية العامة للمسئولية الجنائية الدولية، بدون رقم طبعة، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2005، ص 08-09.
7. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 14.
8. المرجع نفسه، ص 14.
9. د/ أحمد عبد الحميد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 10.
10. المرجع نفسه، ص 10.
11. أ/ عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 133.
12. د/ أحمد عبد الحميد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 12.
13. أ/ عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 133-134.
14. أ.د/ على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة الحادية عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1975، ص 98.
15. المرجع نفسه، ص 98.
16. أ/ عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 134-135.
17. أ/ حسينة بلخيري، المسؤولية الدولية الجنائية لرئيس الدولة على ضوء جدلية القانون الدولي العام والقانون الدولي الجنائي، بدون رقم طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 14.
18. د/ بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، منشورات دحلب، الجزائر العاصمة، الجزائر، ص 51-52.
19. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 22-23.
20. المرجع نفسه، ص 24.
21. د/ عبد الله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، بدون

- رقم طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1992، ص 86-87.
22. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 28-29.
23. د/ عبد الله سليمان سليمان، المرجع السابق، ص 87.
24. المرجع نفسه، ص 87.
25. أ/ عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 143.
26. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 31-32.
27. د/ عباس هاشم السعدي، المرجع السابق، ص 26.
28. د/ عبد الله سليمان سليمان، المرجع السابق، ص 113-114.
29. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 80-81.
30. المرجع نفسه، ص 81.
31. د/ عباس هاشم السعدي، المرجع السابق، ص 33.
32. د/ عبد الله سليمان سليمان، المرجع السابق، ص 135.
33. أ/ عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 147-148.
34. المرجع نفسه، ص 148.
35. د/ عباس هاشم السعدي، المرجع السابق، ص 33.
36. د/ عبد الله سليمان سليمان، المرجع السابق، ص 98-99.
37. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 69-70.
38. المرجع نفسه، ص 70.
39. د/ عبد الله سليمان سليمان، المرجع السابق، ص 142.
40. د/ محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 155.

أسس التنمية السياسية بين النص الدستوري

وأهداف الأحزاب السياسية

أ. صديق سعوداوي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجليلي بونعامة؛ خميس مليانة

مقدمة:

إذا كان يمثل موضوع التنمية السياسية مظهرا جديدا في الدولة المعاصرة والمتجددة؛ خاصة في ظل ظاهرة العولمة واتساع مجال الحقوق والحريات السياسية؛ وحقوق الإنسان؛ فإنه يلقي رواجاً حديثاً في الدولة الجزائرية؛ بعد الحرب العالمية الثانية بظهور مرحلة التحرر والاستقلال السياسي للدولة؛ ومن ثمّ قيام دولة فتيّة مستقلة حديثاً تشوبها مجموعة تحديات ومعوقات اقتصادية واجتماعية وسياسية؛ بتخلف التنمية في كل المجالات ومنها ظهور تخلف شامل في التنمية السياسية في الدولة الجزائرية.

وإذا كان اختلاف كبير بين مرحلة الحكم والنظام السياسي بين المرحلة قبل عام 1989 باعتقاد مبدأ وحدة السلطة ونظام الحزب الواحد والنهج الاشتراكي؛ فإنه بعد عام 1989 أصبحت الدولة الجزائرية تفتتح سياسياً على مجموعة من الأسس التي يجب أن تكون لها تنمية سياسية وجبهة وقادرة على الاستجابة للتطلعات الجديدة؛ والمتمثلة فيما يلي:

- 1- التبنى الديمقراطي بالاعتماد على أنّ الجزائر جمهورية ديمقراطية وشعبية.
- 2- اعتماد التعددية الحزبية والسياسية بوجه موسع.
- 3- اعتناق مبدأ الفصل بين السلطات.
- 4- الاعتراف بمجموعة من الحقوق والحريات وحقوق الإنسان ذات البعد السياسي.
- 5- محاولة التأسيس الجدي لبناء دولة المؤسسات المتصفة بالديمومة والاستمرارية.
- 6- محاولة بناء دولة القانون التي أساسها حكم الشعب تحت شعار من الشعب وإليه.

وإذا كانت التنمية السياسية ترتبط بمجموعة من الظواهر السياسية والظواهر الجدلية المختلفة؛ ومنها التغير السياسي؛ التحديث السياسي؛ الإصلاح السياسي؛ التطور السياسي؛ وأيضا ترتبط وتتشابه التنمية السياسية بالنظر إلى تنمية قانون السياسة في إطار الممارسة السياسية، والعلاقة الوطيدة بينها وبين الدستور والقوانين ذات الطبيعة الدستورية، من خلال قانون الانتخابات؛ الأحزاب؛ ترقية تمثيل المرأة السياسية وتعزيز مشاركتها في المجالس المنتخبة؛ الإعلام والصحافة؛ والحصول على المعلومات، وإذا كانت التنمية السياسية واجبة الإلتباع والتطبيق والانتهاج من طرف الدولة الجزائرية؛ فإنه لا بدّ من آليات ووسائل كفيلة بذلك؛ والتي نجد من بينها وعلى رأسها آلية الأحزاب السياسية كمنهاج قانوني منظم ووسيلة كفيلة بالمساهمة الفعلية في بلورة التنمية السياسية؛ نظرا للدور الذي تقوم به في هذا الاتجاه.

فكذلك القانون المؤسّساتي يفرض نفسه هنا؛ لأنه يدخل ضمن التنمية السياسية؛ بوجه واسع ومؤثر إيجابا وسلبا في هذه التنمية؛ ومن ثمّ التقنين والتنقيص للتنمية السياسية وتنظيمها وتأطيرها من طرف المؤسس الدستوري؛ المشرع البرلماني؛ التنظيم الحكومي للدولة؛ ووفق المؤسسات الأخرى ومنها المؤسسات الحزبية والانتخابية ومؤسسات وممثلي المجتمع المدني الفاعلين في ميدان السلطة؛ بالتكامل؛ التوافق؛ أو بالتأثير في النظام السياسي وصناعة القرار السياسي؛ وبالتأييد والرفض، ولا يكون ذلك إلا بنمو ووعي سياسي مهم وجريء.

وإذا كانت الحرية وديمقراطية السلطة ورشاد الحكم لا يكون إلا بالاعتراف بالقيمة الحقيقية للحكم الشعبي ولفئة الشعب السياسي؛ الذي أقل حقوقه السياسية الحق في الانتخاب والاختيار السياسي؛ وإذا كان القانون الدستوري محورا أساسيا للصراع القائم بين السلطة والحرية؛ فإنه لا بدّ من وجوب وضع حل دستوري وقانوني وسياسي كفيل بدرء ذلك الصراع في إطار الحكم الراشد من خلال تطبيق مجموعة الخطوات التالية:

1- وجوب التعايش السلمي بين السلطة والحرية؛ بين الحاكم والمحكوم ومن ثمّ ترشيد طبيعة العلاقة السلبية بينهما في إطار الصراع القائم والدائم حتى في الدول الأكثر ديمقراطية.

2- وجوب تنمية سياسية جدية شاملة ومتخصصة لكل طبقتي الصراع؛ بين طبقة الحكام وطبقة المحكومين؛ في إطار التأسيس للسلطة ومصدر الحكم؛ وفي إطار قيام الحاكم الذي نعتبره ممثلا للشعب بقيامه بالتزام وواجب تجاه هذا الأخير.

3- الوفاء السياسي القائم على الثقة؛ بين ركن الشعب وركن السلطة السياسية؛ بتحمل كل طرف مسؤولياته أمام الدولة للسعي بإنشاء وقيام دولة قوية؛ دولة مؤسسات ودولة قانون.

4- ترشيد الحكم والنظام السياسي بالمشاركة الفعلية والعملية والميدانية لكل الأفراد والمواطنين؛ ومنظمات المجتمع المدني المتطلع للحرية وتسيير الشؤون السياسية؛ باتخاذ قرارات جريئة وصحيحة؛ تعبر عن المجموعة الوطنية بكل مكوناتها في إطار الثوابت والمبادئ الرئيسية التي تحكم المجتمع والدولة الجزائرية.

5- تطبيق مبدأ حرية إبداء الرأي؛ بالاعتراف بالرأي الآخر؛ في ظل التشاور والحوار الفعال والشفاف من أجل اتخاذ رأي سياسي صائب ووجيه كفيل بالتطبيق والتنفيذ.

6- قيام مجتمع مدني مثقف ومكوّن سياسيا؛ وإن كان موضوع المجتمع المدني يرتبط أساسا بالتنمية السياسية، والذي أحد آلياته المنظمات والأحزاب والجمعيات، من أجل القيام بإجراء إصلاحات عميقة وشاملة، يسعى من خلالها إلى إعادة صياغة سياسية وقانونية سليمة ورشيده وإن كانت تمس مختلف التشكيلات الاجتماعية، وإن كان يطلق على المجتمع المدني بما يعرف بالعقد الاجتماعي؛ فإنه بالقول أن يتجلى ذلك في مدى نجاعة وفعالية منطلق ومضمون وأهداف وغايات الأحزاب السياسية المتعمدة في الجزائر من خلال تطبيق التعددية الحزبية منذ تاريخ 23 / 02 / 1989 باعتماد دستور ديمقراطي وأساسي للدولة الجزائرية.

7- وجوب إصلاح سياسي شامل وتنمية في كل المجالات الأخرى؛ بوضع إستراتيجية منظمة؛ ودراسة حقيقية للمشاكل ووضع آليات حلول لتلك المشاكل؛ ولا يمكن ذلك إلا بإرادة سياسية من طرف المسؤولين وممثلي الشعب المحليين وعلى المستوى المركزي الوطني خصوصا؛ ومحاوله تنبيه واستدراج المواطنين للمشاركة في هذه الإصلاحات؛ وبمشاركة قدرات وإطارات الأحزاب باعتبار أنّ مسؤولية الإصلاحات الشاملة وترشيد الحكم واجب الجميع على مستوى الدولة دون استثناء.

وعلى ما سبق نحاول طرح إشكاليات جدية مفادها: ما مدى وعي الأحزاب السياسية بوجود التنمية السياسية التي تعتبر أحد أهدافها؟ وما هو الدور المخول لها قانونا في هذا الإطار؟ وهل تحقق الأحزاب السياسية تنمية سياسية من شأنها المساهمة الفعلية بترشيد الحكم وإنهاء روح المواطنة بإنهاء وتوعية سياسية؟.

محاولين الإجابة عن هذه الإشكاليات وفق منهجية و خطة كفيلة بمقتضيات الطرح العلمي والقانوني لصياغة و طرح دور الأحزاب السياسية في بلورة و المساهمة في التنمية السياسية و ترشيد الحكم في الجزائر .

المطلب الأول: مفهوم التنمية السياسية في ظل الدستور الجزائري

الفرع الأول: تعريف التنمية السياسية

الفرع الثاني: مبادئ التنمية السياسية التي تحكم المجتمع الجزائري

الفرع الثالث: مبادئ حق المواطن في التنمية السياسية

المطلب الثاني: علاقة الأحزاب السياسية بالتنمية السياسية

الفرع الأول: مفهوم الأحزاب السياسية

الفرع الثاني: أهداف الأحزاب في التنمية السياسية

الفرع الثالث: التنمية السياسية بين الأحزاب والسلطة

المطلب الأول: مفهوم التنمية السياسية في ظل الدستور الجزائري

في الجزائر هناك مجموعة من الأسس الدستورية كفيلة بقيام الأحزاب السياسية بدور هام في التنمية السياسية؛ بما أن الدولة الجزائرية تحولت إلى صرح البناء الديمقراطي بداية بدستور عام 1989 الدستور الديمقراطي الأول للدولة الجزائرية المستقلة⁽¹⁾، ومحاولة بناء دولة مؤسسات ودولة قانون فيما بعد تتسع لكل متطلبات وتوجهات الشعب الجزائري؛ ببناء تعددية حزبية⁽²⁾ بعدما كان تطبيق مبدأ الحزب الواحد⁽³⁾ لم يجد تنوعا ومناخا ديمقراطيا لكل فئات أو المطالبين بالانفتاح السياسي في ظل ظهور مجموعة من الحقوق والحريات وحقوق الإنسان خاصة بعد تصدع المعسكر الشيوعي وظهور النظام العالمي الجديد.

بحيث تطور مفهوم التعددية السياسية من وصف الجمعيات ذات الطابع السياسي في دستور 1989؛ إلى الأحزاب السياسية بذات الاسم في ظل دستور 1996 بشيء من التطور والنقلة النوعية ونتيجة المطالبة بذلك؛ وبذلك تكون دراستنا تقتصر على دستور 1996، والمعمول به الذي ينص على مجموعة من المبادئ تتعلق بالتنمية السياسية؛ سواء من خلال دياجة الدستور أو نصوصه، في حين تمثل هذه المبادئ أحد مقومات ومصادر التنمية السياسية؛ تلتزم بها الأحزاب السياسية باعتبار أن الدستور هو الوثيقة الأعلى وتمثل الطبقة القانونية الأسمى لا يمكن مخالفتها.

ولا يمكن أن تكون هذه المبادئ محلا للخلاف؛ أو الانتهاك؛ وإنّما هي أساس لأي عمل سياسي حزبي في أهدافه؛ وهي المبادئ والمجالات العامة التي تحكم المجتمع الجزائري؛ وتلك الحقوق السياسية المتمثلة في الحق في تأسيس الحزب السياسي؛ وأخيرا حقوق المواطن أو الأفراد في التنمية السياسية من خلال أهم المقتضيات والتي نطلق عليها الحق مبادئ الحق في التنمية السياسية، وكل ذلك بعد تقديم تعريف للتنمية السياسية، وهذا ما نوضحه في الفروع الثلاث التالية:

الفرع الأول: تعريف التنمية السياسية.

الفرع الثاني: مبادئ التنمية السياسية التي تحكم المجتمع الجزائري.

الفرع الثالث: مبادئ حق المواطن في التنمية السياسية.

الفرع الأول: تعريف التنمية السياسية

يبدو أنّ موضوع التنمية السياسية موضوعا جديدا في الطرح؛ ومن الصعوبة الإحاطة به؛ لأنّه يشابه ويرتبط بمجموعة من المصطلحات المشابهة به كالتطور السياسي؛ التغيير السياسي... إلخ، وكما يرتبط موضوع التنمية السياسية بمجموعة مفاهيم متداخلة كالتنمية الاقتصادية؛ التطوير الإداري؛ أو باعتبارها المشاركة السياسية؛ أو البناء الديمقراطي؛ البناء المؤسساتي؛ التطوير المؤسساتي؛ التغيير الاجتماعي؛ التطوير القانوني... إلخ.

ويمكن تعريف التنمية السياسية⁽⁴⁾ حسب مجموعة من المهتمين بالموضوع؛ وإن اختلفوا في الطرح والأسس التي انطلقوا منها، لكن تأخذ هذه التعاريف الأحادية البعد للتنمية السياسية؛ بحيث نجد أهم التعاريف التالية:

1- تعريف كل من « باران؛ باشنان؛ اليز؛ وارد؛ هيرشمان » بأنّها [متطلب للتنمية الاقتصادية].

2- تعريف « روستو » بأنّها [سياسة المجتمعات الصناعية].

3- تعريف كل من « جيمس كولمان؛ كارل دوتيش؛ لبيست » بأنّها [التحديث السياسي الغربي].

4- تعريف كل من « ماكس فير؛ هندرسون » بأنّها [التنمية الإدارية والقانونية].

5- تعريف « جوزيف لابلومبارا » بأنّها [بناء الديمقراطية].

6- تعريف كل من « فريد ريجز؛ دوتيش » بأنّها [الاستقرار والتغيير المنظم].

- 7- تعريف كل من « جيرتز؛ هوسلتر؛ ايزنستادت » [تعبئة المشاركة الجماهيرية].
- 8- تعريف كل من « كولمان؛ جبرائيل ألموند؛ تلكوت بارسونز » بأنها [تعبئة السلطان أو القوة].
- 9- تعريف كل من « ليكان؛ بلاكمر؛ وينر » للتنمية السياسية بأنها [أحد جوانب عملية التغير المجتمعي].
- 10- تعريف آخر للتنمية السياسية مفاده [بناء الدولة القومية - الأمة].
- وبالنسبة للتعريف والمفاهيم المركبة أو الثنائية⁽⁵⁾؛ فنجد أنها تعتمد على مجموعة معايير أساسية للقول أننا أمام تعريف التنمية السياسية، ومنها نجد تعريف واجتهاد « غابرييل ألموند » بصدد وضع إطار لتحليل التنمية السياسية بوجوب وجود ميزات قابلة للتطبيق على أي نظام سياسي متمثلة في ثلاث أبعاد أو معايير هي:
- أ- تميز وتنوع الأبنية والأدوار: أي وجود التخصص ووجود أدوار وظيفية بصفة منتظمة ومحددة في النظام السياسي.
- ب- العلمانية: وذلك بترك الاتجاهات التقليدية مكانها لعمليات صناعة القرار الأكثر ديناميكية؛ أي يصبح للمواطن أكثر رشادا وأكثر واقعية في سلوكه.
- ج- أسلوب الأداء: وذلك بأن يميز « غابرييل ألموند » بين النظم السياسية الحديثة المتميزة بالتحديد والعمومية في التنشئة؛ والذي يخلق ولاءات للنظام القومي، والنظم السياسية التقليدية المتميزة بالانتشار والخصوصية؛ والذي يكرس الولاء للجماعات الفرعية من طائفية وعشائرية والقبلية والأسرة وغيرها.
- كما يرى الأستاذ « صامويل هانتغتون »⁽⁶⁾ في مجال التنمية السياسية والتحديث السياسي بأن هناك جوانبا أكثر أهمية للتنمية السياسية التي تركز على ثلاث أسس هي:
- أ- ترشيد السلطة: بتأسيس سلطة واحدة هي سلطة علمانية وقومية؛ بدلا من السلطات التقليدية والدينية والأسرية والإثنية.
- ب- تميز الوظائف السياسية الجديدة: بتطوير أبنية متخصصة لأدائها.
- ج- زيادة المشاركة السياسية. إذا كانت التنمية السياسية في مجملها تعبر عن الثقافة السياسية؛ على أن هذه الأخيرة من الصعب إيجاد تعريف لها موحد؛ نظرا لاختلاف المفهوم من بلد لآخر بحسب العادات والتقاليد وقيم الحكم السياسي والتوجهات والإيديولوجيات المبنية والمؤسسة عليها تلك الدول.
- بحيث في مجمل تعريف التنمية السياسية من خلال مفهوم الثقافة السياسية قول «

محمد السويدي « [الثقافة السياسية تشير إلى توزيع اتجاهات المواطنين بصفة عامة على الموضوعات السياسية؛ كالحكم على النسق السياسي مثل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية والأحزاب السياسية والجماعات الضاغطة؛ ونظرة الفرد لذاته كفاعل سياسي وكذلك نظرتة إلى المواطنين الآخرين] (7).

الفرع الثاني: مبادئ التنمية السياسية التي تحكم المجتمع الجزائري
 تتمثل مبادئ التنمية السياسية التي تحكم المجتمع الجزائري السياسي في الأسس القاعدية لمقتضيات الحكم والسلطة السياسية وترشيد الحكم، من خلال ما تضمنه الدستور كمدخل قانوني دستوري ومؤسسي صريح ومرتبطة بالتنمية السياسية، وتتجلى هذه المبادئ والثوابت الرئيسية للدولة الجزائرية (8) في الآتي:
 1- أن الدولة الجزائرية جمهورية ديمقراطية شعبية (9).

وذلك بتطبيق طبيعة مبادئ النظام السياسي الجزائري الذي تبنى عليه التنمية والثقافة السياسية؛ من خلال جمهورية النظام وإعطاء الكلمة للشعب السياسي في اتخاذ القرار والتأسيس لمؤسسات الحكم؛ في ظل البناء الديمقراطي التعددي والسياسي والتي تنبثق عن الإرادة الشعبية بمقتضى [حكم الشعب].

وبارتكاز نظام الأحزاب السياسية على متطلب أساسي هو احترام النظام الدستوري وعدم المساس بالطابع الجمهوري للدولة بكل ما ينجر عنه كالسيادة والاستقلال الوطنيين والحفاظ على وحدة التراب الوطني وعدم المساس به وحماية الوطن وتأمينه والدفاع عنه (10).

2- الدولة الجزائرية دينها الإسلام (11).

وذلك بأن الدين الإسلامي هو دين الدولة ومن ثوابت ومبادئ الحاكمة للمجتمع الجزائري؛ لكن ليس ذلك بأن الإسلام يعدّ مصدرا للنظام السياسي الجزائري؛ بتطبيق مصادر القواعد الدستورية والقواعد القانونية الأخرى الدينية؛ وإنما المصدر الرسمي والأصلي للقواعد الدستورية والقانونية هو القانون بكل أنواعه المختلفة (12) أي القانون الوضعي الذي يجد أساسه في الوثيقة الدستورية، وعليه التنمية والثقافة السياسية الدينية تكون نسبية وبصورة بسيطة في مجال الحكم والسلطة والسيادة؛ بما أننا نطبق القانون الوضعي وليس الشرعي.

بحيث يرى « عبد الله ركيبي » أن ضعف الثقافة السياسية في الجزائر هو الذي يدفع إلى الحكم على الواقع والماضي من خلال العواطف والأحاسيس لا من النظرة التحليلية لهذا

الواقع بحيث لا توجد دراسات تحدد مفهوم الثقافة السياسية في الجزائر وهل هي سبب الأزمة أم سببها عوامل أخرى سياسية أو دينية أو اقتصادية... إلخ؟.

3- اللغة الرسمية والوطنية للدولة الجزائرية هي اللغة العربية (13). إذا كانت اللغة لسان الأمة والمجتمع الجزائري فهي المعبر الحقيقي عن التنمية والتنشئة السياسيين؛ فناء الأفراد من الصغر إلى الكبر ونماء الناخب إلى مترشح أو مرشح؛ ونماء المنخرط إلى قيادي؛ ونماء موظف إداري بسيط إلى موظف سامي في الدولة، ونماء نائب إلى تقليد وظيفه وزارية؛ ونماء قائد حزب إلى رئيس حكومة أو رئيس جمهورية؛ لا يكون إلا بالتعبير اللغوي واللفظي من أن يفهم طبيعة النظام والحكم في الدولة؛ وأن يبرهن على اقتناع الشعب وحتى الدولة بأنه ذا أهمية وأيضاً فهم الأفراد لذلك الشخص بأن يكون ممثلاً لهم في الحكم أو النيابة أو التمثيل السياسي لهم؛ وذلك باللغة الرسمية المتعارف عليها والتي تؤدي معناها وتفهم رسالة الخطاب السياسي والخطاب الحزبي في مجال شرح البرامج؛ والتواصل بين فئات المجتمع بين الناخبين والجمهير وبين الأحزاب وطبقة النخبة المثقفة سياسياً، وبين القيادة السياسية الحاكمة في الدولة وفي مختلف العلاقات القائمة بين هؤلاء.

فالخطاب السياسي يتم غالباً إن لم نقل كلياً من الناحية الواقعية باللغة غير الرسمية باستخدام التعبير الغربي بلسان اللغة الفرنسية وهذا ما يبين هيمنة التنمية السياسية الغربية إن لم نقل الفرنسية على التنمية السياسية الوطنية للدولة الجزائرية؛ وهذا راجع ربما بالأساس إلى تكوين وتنشئة القيادة السياسية الحالية في المؤسسات الأجنبية؛ على حساب المؤسسات الوطنية؛ مما يظهر جلياً الاختلافات في الطرح السياسي واتخاذ القرار السياسي (14).

وإذا كانت اللغة هي المعبر الجوهرية عن ثقافة مجتمع ما وحضارته؛ فإن الفرد الجزائري ليس له الحرية ليس له الحق في اتخاذ القرارات بما أن الثقافة السياسية للمجتمع هي نتاج لعملية التنشئة السياسية التي يتعرض لها الأفراد لأن النظام السياسي الجزائري وظف عملية التنشئة السياسية لغرس وفرض القيم والتوجهات والأفكار السياسية التي تتفق مع قيم وتوجهات وأفكار السلطة الحاكمة؛ بحيث تم إيصال خطاب القمة إلى القاعدة بدلاً من تكوين المواطن الواعي بحقوق وحرياته؛ ووجوب المشاركة السياسية في وطنه وهذا باستخدام وسيلة المؤسسة التعليمية ووسائل الإعلام (15).

وبما أن اللغة دوراً حاسماً في بيان وجود أو غياب تنمية سياسية في الجزائر؛ فقد تم اعتبار أن اللغة الوطنية الثانية للدولة هي « تمازيغت »؛ والتي تعمل الدولة على تطويرها

وترقيتها⁽¹⁶⁾، وذلك بوعي وتنشئة سياسية للشعب الجزائري ونماء سياسي من خلال أحد ثوابت ومرتكزات المجتمع الجزائري؛ وذلك بالتأثير في السلطة السياسية الحاكمة خلال سنتي 2001 و 2002 بدسترة اللغة تمازيغت كلغة ثانية وطنية بموجب قانون التعديل الدستوري رقم 02-03 الحاصل في 10/04/2002⁽¹⁷⁾، وكان ذلك على إثر تأثير مجموعة أحزاب سياسية ذات البعد اللغوي والثقافي والحضاري للمجتمع الجزائري، خاصة بعد مصادقة البرلمان بغرفتيه المكون والمشكل من عدة أحزاب سياسية بالإضافة إلى النواب الأحرار وثلث أعضاء مجلس الأمة المعينون من طرف رئيس الجمهورية.

4- تطبيق ثقافة العلم والنشيد الوطنيين كمكتسب تاريخي لا يمكن تغييرهما⁽¹⁸⁾. بما أن تاريخ المجتمع وماضي أي أمة أو دولة لا يمكن الاستغناء عنه في النهاء السياسي؛ أو التنشئة السياسية بداية من القاعدة الشعبية من خلال تدريس مادة التاريخ في البرامج التعليمية والتخصص في الدراسات الجامعية في مجال علوم التاريخ والبحث في تاريخ الجزائر وأهميته في وعي المواطن والتنمية السياسية على أساسه في الجزائر؛ بدسترة أحد رموز الثورة الجزائرية وللجمهورية الجزائرية المكتسبة من ثورة أول نوفمبر والممثل في الرؤية الجزائرية من خلال العلم الوطني والنشيد الوطني الجزائري «قسما» بكل مقاطعه في التعديل الدستوري الحاصل في سنة 2008، بموجب قانون التعديل الدستوري رقم 08-19 المؤرخ في 15/11/2008⁽¹⁹⁾.

ولأهمية الجانب التاريخي في التنمية السياسية تلك الثوابت والمرتكزات التي دافع عنها الشعب الجزائري أثناء الاحتلال والاستعمار ووعيه سياسيا بالحفاظ على الهوية الوطنية الحفاظ على السيادة الوطنية وهذا ما أثبتته ثورة أول نوفمبر؛ بحيث تنص الفقرة الرابعة [4] من ديباجة الدستور الجزائري أنه [وكان أول نوفمبر 1954 نقطة تحول فاصلة في تقرير مصيرها وتتويجا عظيما لمقاومة ضروس واجهت بها مختلف الاعتداءات على ثقافتها؛ وقيمها؛ والمكونات الأساسية لهويتها؛ وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية وتمتد جذور نضالها اليوم في شتى الميادين في ماضي أمتها المجيد]

وبالتالي لا يمكن تأسيس تنمية سياسية مخالفة لقيم ثورة أول نوفمبر بالنسبة لنظام الأحزاب السياسية؛ وذلك لمتطلب الالتزام بعدم تأسيس أي حزب سياسي أو ممارسة نشاطات مخالفة لقيم ثورة أول نوفمبر⁽²⁰⁾.

لذا نجد في الدعاية والخطاب السياسي أو الحملات الانتخابية وخطباء الأحزاب

السياسية يمجدون التاريخ الجزائري؛ وبينون برامجهم السياسية على بيان أول نوفمبر الرّاسخ في ذهنية القيادة السياسيين الحاكمين أو في الأحزاب السياسية وحتى بالنسبة للفرد الجزائري.

5- قيام الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية (21). ينص الدستور في ديباجته على مثل هذه المبادئ من خلال ظهور بوادرا للتنمية السياسية من خلال نضال المواطن الجزائري سياسيا من أجل تحقيق تمثيل له في المجالس المنتخبة؛ المحلية أو الوطنية؛ وكذا المشاركة السياسية في اتخاذ القرار السياسي ولا يكون ذلك إلاّ بوعي وتنمية سياسية كبيرة، وذلك بالنص [إنّ الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية؛ ويعتزم أن يبنى بهذا الدستور مؤسسات دستورية أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية؛ والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية؛ والمساواة؛ وضمان الحرية لكل فرد] (22).

وكذلك تجسيد وعي الشعب سياسيا وأنّ هناك تنمية سياسية هادفة؛ من خلال مصادقته على الدستور الوثيقة الرّسمية الأولى في الدولة بالنص [فالدستور يجسّم عبقرية الشعب الخاصة؛ مرآته الصافية التي تعكس تطلعاته؛ وثمرة إصراره؛ ونتاج التحولات الاجتماعية العميقة التي أحدثها] (23).

إنّ مقتضى قيام الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي؛ ومدى مشروعية الدولة التي تستمد أولا وأخيرا من طرف الشعب السياسي المتمتع بتنمية سياسية، بنص المادة الحادية عشر [11] من الدستور أنّه [تستمدّ الدولة مشروعيتها وسبب وجودها من إرادة الشعب شعارها « بالشعب وللشعب » ، وهي في خدمته وحده (24).

وأیضا نجد نص المادة الرابعة عشر [14] من الدستور بأنّ [تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية، و المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته ويراقب عمل السلطات العمومية] .

وتنص المادة [16] من الدستور على مشاركة المواطنين سياسيا بحيث أنّه [يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية]، بحيث نجد هذا النص يتعلق بالمشاركة السياسية المحلية على مستوى كل من الجماعات المحلية المتمثلة في الولاية والبلدية طبقا للمادة [15] من الدستور. (25).

الفرع الثالث: مبادئ حق المواطن في التنمية السياسية

إذا كانت الدولة تتأسس بركن أساسي وواجب التوافر هو مجموعة الأفراد التابعين للدولة برابطة الجنسية الذين يخضعون لها في النظام السياسي بسط القانون عليهم؛ وهي مسؤولة عنهم في مجال الحماية وتحقيق مصالحهم ومن ثم تحقق المصلحة العامة؛ فإنه اهتمام الدولة بهؤلاء الأفراد يكون واجبا عليها؛ وحقا لهم عليها؛ ومن ثم واجب التعليم والتنشئة الثقافية والسياسية؛ وهي أصلا تحتاج فيما يخص السلطة السياسية القائمة والحاكمة عند قيامها باتخاذ قرارات مصيرية تخص الدولة أو الشعب؛ ومن بين هاته القرارات التأسيس لقانون أساسي ومثاله وضع أو تعديل دستور؛ أو الاستفتاء على قانون المصالحة الوطنية وغيرها.

كما تحتاج لمواطنيها للالتفاف حولها لما تتخذ قرار سياسيا وقد لا يلقى راجا شعبيا أو أغلبية أو قد يلقى معارضة الأحزاب أو انتقادا من كيان منظمات المجتمع المدني أو عدم الرضا الشعبي لقراراتها؛ فهي هنا تسعى جاهدة لكسب ثقة الأفراد فيها لأنها في مركز سلبي؛ وتسعى لتبرير تصرفها لأنها لا يمكن أن تراجع فيه.

وبالتالي فيخول الدستور والقانون الجزائري الحق للمواطنين التمتع والاستفادة والمشاركة في المجال السياسي واتخاذ القرارات السياسية؛ وذلك بوضع أطر دستورية وقانونية كفيلة بتنمية سياسية ووعي ثقافي سياسي كفيل للقيام بترشيد الحكم وإعطاء المواطنين الحقوق والحريات السياسية الأساسية (26).

وعليه تظهر مبادئ حق المواطن في التنمية السياسية من خلال المبادئ العامة التي تحكم المجتمع أو الشعب الجزائري؛ وفي الحق في التمتع في الحقوق والحريات السياسية الممنوحة له دستوريا وقانونيا؛ ومن ثم يكون الأمر متاحا للتنمية السياسية الواجبة من طرف المواطن وسعي الدولة من طرف مختلف المؤسسات الدستورية؛ أو مسؤولية المؤسسات ومنظمات المجتمع المدني ومثالها الأحزاب السياسية.

أولا- مبادئ الحق الشعبي في التأسيس للنظام السياسي

ينص الدستور الجزائري في الفصل الثاني تحت عنوان الشعب ضمن باب المبادئ العامة التي تحكم الشعب الجزائري على في مجال التأسيس القانوني والمؤسسي؛ وفي مجال مصدر السلطة السياسية وصاحب السيادة ومشاركة الشعب السياسية في الدولة، وذلك من خلال البنود التالية:

1- أن الشعب يملك السلطة التأسيسية الأصلية أو الفرعية من خلال وضع الدستور

- ومن ثم قيام دولة دستورية؛ ومنها يمكن إطلاق عليها بالتنظيم السياسي كأحد تعاريف الدولة، بما أنها أصبحت مجتمعاً منظماً وفقاً للقانون⁽²⁷⁾.
- 2- أن الشعب مصدر كل سلطة؛ وهو سيد في ذلك ويمتلك السيادة الوطنية وحده؛ بصورة عامة كحكم سابق لكل الحقوق والحريات الأخرى كحق الانتخاب والحق في إنشاء الأحزاب السياسية؛ وهذا طبقاً للمادة [6] من الدستور.
- 3- أن الشعب يمارس سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها؛ عن طريق مباشر بواسطة الاستفتاء؛ أو بطريق غير مباشر بواسطة ممثليه المنتخبين⁽²⁸⁾.
- 3- أن الشعب يختار مؤسسات دستورية يهدف من خلالها على الخصوص إلى المحافظة على الاستقلال الوطني؛ والمحافظة على الهوية؛ وحماية حرياته الأساسية⁽²⁹⁾.
- 5- أن للشعب الحرية في اختيار ممثليه؛ بأن لا حدود لتمثيل الشعب المنظم وفقاً للدستور ولقانون الانتخابات⁽³⁰⁾؛ وبالتالي يشارك أفراد الشعب في الحياة السياسية من خلال الانتخابات كناخبين أو مترشحين؛ أو بواسطة ممثليه السياسيين في البرلمان أو في رئاسة الجمهورية أو بواسطة الاستشارة الشعبية الممنوحة لرئيس الجمهورية، وعليه لا تكون هذه الوسائل أو الطرق في حرية الاختيار إلا بوعي وتنمية سياسيين كفيلين بالمستوى السياسي لمثل هاته الأمور وشؤون الحكم والتمثيل.

ثانياً- الحقوق السياسية الرئيسية للتنمية السياسية

هناك مجموعة من الحقوق والحريات السياسية التي من شأنها يكون الأفراد أو المسؤولين السياسيين أو الحكام ممارسي السلطة على وعي سياسي وتنمية سياسية كفيلة بخصوص ممارسة بعضاً من الحقوق والحريات السياسية الأساسية وهي:

- 1- حق الانتخاب والترشح⁽³¹⁾: إن أساس التنمية السياسية يتجلى في أقل الحقوق السياسية التي يتمتع بها أي فرد يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية؛ وهو الحق في الانتخاب؛ مما يمثل أن يصبح الفرد قابلاً للمشاركة السياسية في اختيار ممثليه؛ والتأسيس للمؤسسات الدستورية من السلطات الثلاث؛ والتأسيس لنظام دستوري معين وكذا طبيعة الحكم؛ ومن ثم وضع القانون الأساسي مصدر القواعد القانونية الأخرى [الوثيقة الدستورية]؛ وإمكانية تعديلها مسيرة للتطور وتغير الظروف وحق الأجيال المستقبلية في وضع قواعد دستورية تسير ظروف تلك الأجيال وفقاً لنهائهم وثقافتهم السياسيين.

ويعتبر الحق الأكثر وصولاً إلى السلطة الفعلية والعملية هو الحق في الترشح؛ ومن ثمّ اختيار المترشح من طرف الناخبين لأن يكون نائباً بالبرلمان أو رئيساً للجمهورية وهذه هي المشاركة السياسية الحقيقية في اتخاذ القرار بسن الوانين أو تنفيذها، بحيث الحق في الترشح يشترط من الناحية الواقعية بإقتناع الناخبين أن يكون المترشح ذا ثقافة وتنمية سياسية حكيمة ذا قدرة على فهم الطبيعة السياسية للدولة ولنظامها المتبع.

2- حق إنشاء الأحزاب السياسية⁽³²⁾: يعتبر الحق في إنشاء وتأسيس الحزب السياسي الوسيلة الأمثل لتطبيق المشاركة السياسية المنظمة وفق مؤسسة الحزب التي تهدف إلى غاية أساسية تتمثل في الوصول إلى السلطة وممارسة الحكم.

وقد نص الدستور على الحق في إنشاء الأحزاب السياسية طبقاً للمادة [42] منه؛ ولا يمكن تأسيس الحزب السياسي منطقياً بدون النماء السياسي والوعي السياسي لدى المؤسسين للحزب؛ لأن الهدف منه هو المشاركة السياسية ولو بالمعارضة السياسية.

3- المساواة السياسية: كذلك من أسس التنمية السياسية والمشاركة السياسية الاعتراف الدستوري بالحق في المساواة بين المواطنين دون تمييز؛ وذلك بنص المادة [29] بأن كل المواطنين متساوون أمام القانون دون تمييز؛ ومن ثم تعدد أنواع الثقافات السياسية لأنه يحرم التذرع لأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي ظرف شخصي أو اجتماعي.

وكما تستهدف مؤسسات الدولة ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات؛ بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الفرد وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽³³⁾.

وعليه نستنتج أنه من بين العقبات التي تعيق تفتح الفرد وتحول دون مشاركته السياسية هو عدم وجود تنمية سياسية أو وعي سياسي قد يكرس من طرف السلطة نفسها أو من طرف المجتمع أو الأحزاب السياسية.

4- تعزيز تمثيل دور المرأة السياسي: كذلك من التنمية السياسية المقننة في الدستور الجزائري نجد تعزيز دور المرأة الجزائرية في المشاركة السياسية ومحاوله تمثيلها في المجالس المنتخبة المحلية والوطنية وذلك من واجب ومن مسؤولية الدولة؛ وذلك طبقاً للتعديل الدستوري لسنة 2008 بموجب المادة [31 مكرر]⁽³⁴⁾ بأنه [تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة و يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة]⁽³⁵⁾.

بحيث حدّد هذا القانون كفاءات تمثيل وتعزيز حظوظ المرأة في المشاركة السياسية؛ وقد بينت المادة [2] منه تحديد نسب مشاركة المرأة حسب عدد المقاعد المراد شغلها؛ في المجالس المنتخبة المحلية من المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي، والوطنية في المجلس الشعبي الوطني دون تحديد أو النص عن مجلس الأمة، على أن تكون تلك النسب المنصوص عنها واجبة التطبيق لأنّها مفروضة على كل القوائم الانتخابية الحرة أو الحزبية.

5- حرية التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع⁽³⁶⁾: تعتبر حرية التعبير الوسيلة للتعبير عن أي فكرة أو نقد سياسيين للنظام السياسي أو تقديم أي حيثيات تكشف سلبيات السلطة؛ فحرية التعبير تعتبر نموذج أمثل للديمقراطية بالنسبة للأفراد والصحافة والإعلام والأحزاب.

ويعتبر الحق في إنشاء الجمعيات⁽³⁷⁾ وحرية الاجتماع التعبير الأفضل لتبني برامج وأفكار غير سياسية؛ فهي في الأخير تعبر عن مدى وعي الأفراد والتنمية السياسية التي وصلت إليه قيادات الجمعيات؛ ونفس الأمر بالنسبة لعقد اجتماعات معينة وطبقا للقانون؛ والمعلوم واقعا أن تلك الجمعيات والاجتماعات غالبا ما تكون ذات بعد سياسي وتبعية للأحزاب السياسية أو النظام السياسي والأقل منها ما يكون مستقلا بالخصوص ذات الطابع الثقافي والرياضي؛ وهي من بين منظمات المجتمع المدني وأصبحت حالها اليوم يلعب دورا حاسما في اللعبة السياسية والتأثير في النظام السياسي.

6- تقلد المهام والوظائف السياسية: من أجل تكوين المواطن والسعي للمشاركة السياسية والمشاركة في اتخاذ القرارات؛ وإنهاء قدرات الموظفين العاملين خاصة؛ منح الدستور طبقا للمادة [51] منه إمكانية تقلد المهام والوظائف في الدولة دون تحديد ومنها طبعا المهام والوظائف السياسية في إطار القانون وفي ظل المساواة بين المواطنين.

7- الحق في التنشئة السياسية: من قواعد التنشئة السياسية والتنمية السياسية نجد شرط التعليم الأساسي؛ والتعليم القاعدي للأفراد في الدولة؛ ومن ثمّ منح الدستور الحق في التعليم والتكوين؛ بإجبارية التعليم الأساسي؛ وفي ظل المساواة للالتحاق بهذين الحقين طبقا للمادة [53].

8- الحق في الإضراب والحق النقابي كذلك يعتبر الحق في الإضراب والحق النقابي من الوسائل التي تهدف إلى المطالبة بتحسين الوضع المهني والتعليمي ومطالبة النظام

السياسي عن طريق السلطة الإدارية التابعة في الأخير إلى السلطة التنفيذية بتحقيق المطالب والمسامحي التي يرد تحقيقها هؤلاء المضربين خاصة في إطار ممارسة الحق النقابي وفق نقابات العمال والموظفين وغيرهما.

مما أصبحت النقابات اليوم محلا وجيها للمطالبة بالحقوق ذات البعد السياسي وإشراكها في اتخاذ القرار الوظيفي والمهني؛ بمشاركة السلطة السياسية في هذا الأمر؛ ويعبر هذا الحق عن مدى الوعي والتنمية السياسية لدى المواطنين؛ مما أصبحت النقابات موضع منظمات المجتمع المدني وأصبحت سلاحا لدى الأحزاب السياسية من أجل نقد النظام والدفاع عن الحق النقابي.

المطلب الثاني: علاقة الأحزاب السياسية بالتنمية السياسية

تعتبر الأحزاب السياسية اللبنة الأولى في ممارسة النشاط السياسي المنظم والمهيكل والمؤطر؛ والواعي المتصف بالنمو السياسي والتوعية السياسية بقضايا السياسة والنظام السياسي؛ والسعي للحصول على المناصب السياسية وممارسة السلطة السياسية في الدولة. وبالتالي نجد في رأينا أن الأحزاب السياسية تلعب الدور الحقيقي في التنمية السياسية داخل الدولة؛ في تنمية المنخرطين والمنظمين إليها؛ أو في توعية المواطنين من خلال برامجها ونشاطاتها السياسية المختلفة من خلال الحملات الانتخابية وإقناع المواطنين للالتفاف حولها والتصويت لصالحها وتأييدها.

ولا أدل من هذه اللبنة ذات الوصف الذي يلحق الحزب بأنه « سياسي »؛ وحتى في رأينا تغير وتطور مصطلح الحزب بعدما كان أقل قيمة لغوية ولفظية في ظل قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي بموجب القانون رقم 89-11 المؤرخ في 05/07/1989⁽³⁸⁾.

بحيث في عرض أسباب الحكومة لإصلاح قانون الأحزاب السياسية في الجزائر لسنة 2012؛ رأت أن قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي لعام 1989 جعل من الأحزاب السياسية المرادفة للجمعيات ذات الطابع السياسي؛ وكأنها جمعيات وليست كيانات ومنظمات سياسية⁽³⁹⁾ لائقة سياسيا.

ربما لأنها جديدة في الجزائر لأنها جاءت من خلال التعديل الدستوري لسنة 1989؛ وتطبيق التعددية السياسية لأول مرة في الجزائر؛ ومن ثم لم يكن نداء سياسي كفيل بوجود أحزاب سياسية حقيقية من حيث التنظيم والتأطير والهيكلية؛ وإنما تم طرح فكرة التعددية السياسية والحزبية في الواقع من أجل الاعتبار من هذه التجربة الجديدة؛ وقد حصل ووقع ما لم يكن في حساب النظام السياسية والسلطة السياسية الحاكمة؛ خاصة في نتائج

الانتخابات التشريعية من سنة 1992 التي أدت إلى سياسة جديدة مفادها تغيير السلطة الحاكمة وإمكانية تغيير النظام السياسي والدستوري الجزائري جذريا.

لأنه تم فتح الأبواب إلى كل الاتجاهات السياسية بما فيها الإسلامية حرية ممارسة العمل السياسي؛ ومن ثم دخلت مختلف القوى في الساحة السياسية بقوة بشرية وحماسية كبيرة والتي شاركت في تلك الانتخابات⁽⁴⁰⁾، وخشية من احتمال ظهور تلك السياسية والتغيير تم وقف المسار الانتخابي وأصبحت الجزائر تعيش مرحلة انتقالية غير متوقعة نتيجة تطبيق التعددية الحزبية؛ وربما يرجع ذلك لعدم وجود تنمية سياسية قبلية ووعي لدى السلطة السياسية ولدى قيادات الأحزاب من خلال التفتح السياسي التعددي لأول مرة.

وعليه ما مفهوم الأحزاب السياسية؟ ودورها في التنمية السياسية في الجزائر؛ سواء التنمية المتعلقة بالمواطنين أو المساهمة في تنمية السلطة السياسية الحاكمة؟، وما هي بؤادر التنمية السياسية في إطار قانون الأحزاب السياسية والسلطة؟، وذلك بالإجابة عن التساؤلات وفق الفروع الثلاث الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الأحزاب السياسية.

الفرع الثاني: أهداف الأحزاب في التنمية السياسية.

الفرع الثالث: التنمية السياسية بين الأحزاب والسلطة.

الفرع الأول: مفهوم الأحزاب السياسية

تتخذ الأحزاب السياسية عدّة مفاهيم؛ وهناك عدّة تعاريف لها؛ ومنها المفهوم الفقهي المتعلق بالباحثين الدستوريين؛ أو المفهوم القانوني ومنه ما طبقته الدولة الجزائرية من خلال القانون العضوي 12-04 المتعلق بقانون الأحزاب السياسية⁽⁴¹⁾.

ونتيجة التبنى الديمقراطي في الجزائر وفقا للدستور يمكن القول أنّ التعددية الحزبية أصبحت بمثابة مؤسسات وهياكل للمجتمع المدني؛ ومنه أصبحت الثقافة السياسية والتنمية السياسية تنطلق من فكرة الديمقراطية الدستورية التي تركز على ما يقال بأنّها [مبدأ الإقناع والمساومة بين المكونات الاجتماعية لإضفاء الطابع المؤسسي على إجراءاتها السياسية ونبذ أسلوب الإكراه لفرض الهيمنة]⁽⁴²⁾.

أولا- تعريف الأحزاب السياسية

من بين أهم التعاريف المتعلقة بالحزب السياسي⁽⁴³⁾؛ نجد تعريف الدكتور « إبراهيم

أبو الفار» بأنه [هو جماعة منظمة يشتركون في مجموعة من المبادئ والمصالح وتسعى هذه الجماعة الوصول إلى للسلطة بهدف المشاركة في الحكم وتحقيق هذه المصالح والمبادئ المختلفة] .

ويعرف الأستاذ « Jeanneau » الحزب السياسي بقوله [الحزب السياسي هو حشد منظم يهدف لتحقيق الآراء والمصالح التي تهم أعضائه] .

ومن التعريفات القانونية تعريف المادة [3] من القانون العضوي رقم 12-04 المؤرخ في 2012/01/12 والمشار إليه في المادة الأولى منه بأنه [الحزب السياسي هو تجمع مواطنين يتقاسمون نفس الأفكار ويجمعون لغرض وضع مشروع سياسي مشترك حيز التنفيذ للوصول بوسائل ديمقراطية وسلمية إلى ممارسة السلطات والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية]⁽⁴⁴⁾.

ثانيا- تطور الأحزاب السياسية نتيجة التنمية السياسية

قبل سنة 1989 تم اعتماد نظام الحزب الواحد، وبعد التوجه الديمقراطي بعد عام 1989؛ بموجب دستور 1989/02/23؛ نتيجة التنمية السياسية داخل الحزب الواحد ووجود معارضة سياسية من داخل الحزب أو خارجه؛ من أجل قيام تعددية حزبية فرضتها المطالبات السياسية الوطنية ونتيجة التحولات في العالم بظهور النظام العالمي الجديد بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية؛ ومصادقة الدولة الجزائرية على مجموعة من إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان وحرياته السياسية والمدنية والاقتصادية كان لزاما بناء والتأسيس الدستوري للتوجه الديمقراطي التعددي السياسي.

بحيث صدر القانون المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي بموجب القانون رقم 89-11 المؤرخ في 1989/07/05؛ ثم تغير اسم طبيعة القانون من القانون العادي إلى طبيعة القانون العضوي المتعلق بإنشاء الأحزاب السياسية بموجب المادة 123 من دستور 1996 الذي جاء بهذه القوانين ذات الطبيعة الدستورية؛ مما يوحي أنه أصبحت هناك توعية سياسية من طرف السلطة الحاكمة آنذاك والاهتمام بالتنمية السياسية من الناحية القانونية والدستورية لصالح أحد وسائل منظمات المجتمع المدني السياسي وهو الأحزاب السياسية.

وبعدها تم تطبيق التعددية الحزبية بالتخلي عن الصيغة القانونية الدستورية المتمثلة في الجمعيات ذات الطابع السياسي وإلغاء قانونها المنظم لها؛ واستبدالها بالأحزاب السياسية؛ بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996؛ وعليه تم إعادة صياغة القواعد

الدستورية وطبيعة فئة القوانين الجديدة وأهميتها الدستورية من الناحية المؤسساتية والسياسية والتنوع في الطرح القانوني؛ وعليه تم تنظيم تأسيس وإنشاء الأحزاب السياسية بموجب القانون العضوي رقم 97-09 المتعلق بالأحزاب السياسية المؤرخ في 06/03/1997⁽⁴⁵⁾.

ثم أخيرا تم إصلاح سياسي طبق خلال سنة 2012؛ ومنه إلغاء قانون الأحزاب السابق واستبداله بقانون جديد يتضمن إصلاحات متداركا للنقائص في سابقه؛ ومن أهم ما جاء به القانون العضوي الجديد رقم 12-04 التعريف الصريح بالحزب السياسي، وكذا إحداث مجموعة من الإضافات النوعية في مجال تأسيس الحزب السياسي؛ وجاء أكثر تنظيما من سابقه من قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي أو قانون رقم 97-09، وكما جاء القانون الجديد بصورة تفصيلية نوعا ما وواضحا من سابقه، ولو من الناحية الشكلية إذا كان المهتم الناحية الموضوعية في قواعده.

ثالثا- نقص التنمية السياسية كسبب لإصلاح قانون الأحزاب

إنّ تعديلات قوانين الأحزاب السياسية تدل على النماء السياسي المتواضع في التجربة الجزائرية السياسية التعددية؛ ومن ثمّ كلما وجدت الدولة ثغرات وفراغات قانونية مهما كانت طبيعتها؛ سواء لصالح الأحزاب أو للضغط عليها من طرف السلطة الحاكمة خدمة لمصالحها؛ أو وجوب إيجاد صيغ قانونية جديدة نظرا لتأثير الأحزاب في النظام السياسي وبالتالي لا يجب تغاضي النظر عن مطالبات الأحزاب السياسية نتيجة بواد ظهور النماء السياسي لديها.

وإنّ اكتشاف تلك الثغرات والنقائص وعلنيتها أمام المواطنين ومن الكشف السياسي المبني على النقد وإعلان الأخطاء يستوجب التدارك القانوني والعملي من طرف السلطة السياسية القائمة؛ كي لا توصف بأنّها سلطة غير ديمقراطية ولا تتطلع لثقة المواطن ولقيادات الأحزاب الذي أسّس لها من أجل القيام بواجبها تجاهها.

ومن بين أهم النقائص في تطبيق التعددية السياسية في الجزائر التي أدت إلى إصلاح قانون الأحزاب الذي صدر في سنة 2012 بموجب القانون العضوي رقم 12-04 هي على سبيل المثال لا الحصر:

1- النقص السياسي في دستور 1989 الذي تم النص فيه طبقا للمادة [40] بالحق في إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي؛ وليس إنشاء الحزب السياسي، لأنه يستفاد أنّ الجمعيات العادية المقامة آنذاك تصح وتلحق بوصف الطابع السياسي؛ مما يدل على غير النصح القانوني وحتى السياسي في بعضها.

2- تصريح الحكومة بصدد الإعداد للقانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية الجديد لسنة 2012 بأنّ قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي لعام 1989 جعل من الجمعيات ذات الطابع السياسي وكأنها جمعيات عادية وليست كيانات ومنظمات سياسية قائمة بذاتها⁽⁴⁶⁾.

3- قد ترى الدولة أنّ فتح المجال السياسي بشكل ديمقراطي موسع سيؤدي بالسلطة والنظام السياسي القائم منذ 1963 سيؤدي به إلى الزوال بتغير وتداول على السلطة جهات غير راضية عن هذا النظام السياسي والدستوري؛ ممّا جعل من السلطة الحاكمة القيام بتعديلات وإصلاحات سياسية متضمنة خدمة الحكم القائم وفي مظهره تتجلى ديمقراطية السلطة؛ لأنّه كلّما صدر أي قانون متعلق بالأحزاب أو الانتخابات يلقي نقدا شديدا من طرف الأحزاب السياسية؛ في حين ترى السلطة بأنّه سيتم مراجعة القوانين في المستقبل؛ وهذا ما يفيد التأخير في التنمية السياسية في الجزائر وإعاقة النظام التعددي.

4- ظهور كيانات حزبية جديدة من شأنها لها أهمية كبيرة في المستقبل السياسي الجزائري؛ فمثلا كانت أحزاب تبنى على أساس وتسمية دينية؛ في حين رأت الدولة وجوب تأسيس الأحزاب السياسية على أسس غير دينية بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996؛ وحتى تحريم ذلك من الناحية الاسمية للحزب.

5- إذا كان قانون رقم 89-11 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي هو قانون عادي لا يرقى للروح الدستورية بالمفهوم الصحيح وللنظام الديمقراطي الحق؛ فإن القانون المطبق في دستور 1996 بموجب القانون العضوي لما له من أهمية دستورية ومن صميم القانون الدستوري ونظرا لمقتضيات المصادقة البرلمانية عليه وعرضه للرقابة الوجودية القبلية على المجلس الدستوري المكلف باحترام الدستور قبل صدور هذا القانون وأن يصبح معمولا به.

6- ظهور اختلالات وثغرات قانونية ونقائص كثيرة في قانون الأحزاب بموجب الأمر رقم 97-09 المتعلق بالقانون العضوي للأحزاب السياسية من حيث سوء التنظيم وعد تعريف الحزب السياسي؛ وظهور دور الإدارة التابعة للسلطة التنفيذية في التأثير على إنهاء الأحزاب السياسية ومدى قبول تأسيسها والاعتراف بها.

7- في رأينا نجد النقص في التنمية السياسية للأحزاب قد ساهم عمليا في ظهور الأفراد السياسيين الأحرار؛ بمختلف المناسبات الانتخابية؛ بإشاراتهم إلى أنّهم غير متمينين لأحزاب سياسية؛ وهؤلاء يساهمون في إنهاء الوعي السياسي للمواطنين بخصوصية

عدم التوجه السياسي دون التقييد بأي نظام حزبي آخر؛ في حين نجد غالبا ما يستفيد ويحصل المترشحون الأحرار على مقاعد بالبرلمان ثم يولون اهتماما بالأحزاب بحسب المصلحة الخاصة لهم لأنه لا ترتبطهم قيود قانونية أو أخلاقية تمنعهم من ذلك، بحيث يفتقر السياسيون الأحرار لبرامج حقيقية وتنظيم محكم مثل الأحزاب رغم ما يتوافرون عليه من قاعدة شعبية محليا ووطنيا.

الفرع الثاني: أهداف ودور الأحزاب في التنمية السياسية

في رأينا هناك مجموعة أهداف وأدوار للأحزاب السياسية في التنمية السياسية؛ تتجلى هذه المجموعة من حيث الأهداف والأدوار؛ من حيث خصائص الأحزاب؛ من حيث التنشئة السياسية؛ من حيث المشاركة السياسية.

أولا- أهداف الأحزاب من حيث الطرح السياسي

تسعى الأحزاب السياسية من منطلق التنمية السياسية إلى تحقيق أهداف سياسية أساسية؛ لا يمكن الاستهانة بها من الناحية العملية؛ باعتبار أن لها مقومات شعبية وبرامج سياسية وفي ظل قيود لا يمكن تعديها وإلا أصبحت تنمية سياسية لا تبت بصلة إلى النظام الديمقراطي التعددي المبني على التداول السلمي والشفاف على السلطة.

يختلف هدف الحزب السياسي نظر التعدد الأحزاب والتوجهات التي تسعى إليها؛ وفي الجزائر على مختلف أنواع الأحزاب السياسية فنجد الأحزاب الصغيرة والكبيرة؛ ومن ثم يكون الهدف متباينا؛ فتسعى الأحزاب الصغيرة لنمو والسعي وراء الحصول على قاعدة شعبية ومنخرطين للتموقع في المستقبل؛ في حين تسعى الأحزاب الكبيرة إلى الوصول إلى السلطة فعليا؛ أما الأحزاب التي هي تمارس الحكم تريد البقاء في هذا الممارسة.

بحيث تنص المادة [3] من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية من خلال تعريف الحزب السياسي أنه يهدف إلى الوصول بطرق ديمقراطية وسلمية إلى ممارسة السلطات والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية؛ ويبدو هذا التعريف قاصرا جدا لأن هناك أحزاب سياسية ذات توجه معين تسعى لأن تصبح في الحق السياسي لتعبر عن آراءها مع علمها أنها لا تصل إلى ممارسة تلك المسؤوليات؛ ومنها البقاء في واجهة المعارضة من أجل المعارضة السياسية فقط وذلك في إطار ديمقراطي وسلمي.

وعليه تظهر أهداف الأحزاب السياسية حسنا فيما يلي:

1- الوصول فعلا إلى السلطة

ذلك أن الحزب السياسي يسعى إلى ممارسة السلطة السياسية وتقلد المسؤولية في

المناصب والمقاعد البرلمانية والرئاسية والحكومية؛ وكل المناصب التمثيلية، وذلك بالحصول على أغلبية سياسية تحوله سلطة التشريع ومحاسبة الحكومة والتأثير في الرئاسة، وقد يسعى الحزب إلى تمثيله في البرلمان ولو بأقلية وبعض المقاعد من أجل إيصال صوته إلى السلطة ومحاولة التأثير في القرار السياسي.

وهذا ما يراه « جيوفاني سارتوري » G. sartori « في تعريفه للحزب السياسي بالقول أنه [جماعة سياسية تتقدم للانتخابات وتكون قادرة على أن تقدم من خلال تلك الانتخابات مرشحين للمناصب العامة]⁽⁴⁷⁾.

كما تسعى الأحزاب إلى الوصول إلى كرسي رئاسة الجمهورية ومن ثم التموقع الحقيقي في السلطة والحكم؛ لأن هذا المنصب الأكثر والأقوى الصلاحيات دستوريا، وكما تسعى الأحزاب إلى تمثيلها في الحكومة أو في تشكيلها من أجل تقلد مناصب وزارية بحسب تمثيلها النسبي بالمقاعد والأصوات التي حصلت عليها.

2- المشاركة السياسية

كذلك يسعى الحزب السياسي إلى المشاركة السياسية من أجل تمثيله ومنحه صلاحيات وسلطات محددة في ممارسة السلطة سواء بالأقلية أو الأغلبية التي يحصل عليها؛ وكما هناك مشاركة سياسية للأحزاب تدخل في إطار المشاركة وعدم المقاطعة السياسية دون أن تحصل على أي تمثيل لها في المناصب والمسؤوليات المعنية.

وكما تهدف الأحزاب السياسية لتحقيق مصالح خاصة للحزب ولأعضائه وللحصول على السلطة كليا أو جزئيا؛ كما يراه « F.Gogvel » أنه [يعتبر الحزب السياسي تجمع منتظم هدفه المشاركة في الحياة السياسية بقصد الاستيلاء كليا أو جزئيا على السلطة، حتى يتمكن من تحقيق أفكار ومصالح أعضائه]⁽⁴⁸⁾.

ويبدو أن المشاركة السياسية للأحزاب تتفاوت بتفاوت القاعدة الشعبية لكل حزب سياسي ومدى اقتناع الأفراد بكل حزب؛ وظهور الأحزاب الموسمية لفترات الانتخابات التشريعية والرئاسية وظهور إصلاحات داخلية للأحزاب وظهور حركات تصحيحية نتيجة للصراع السياسي الداخلي فيها في ظل التساؤل: من يقود الحزب؟ ومدى ارتباط ذلك بالوعي السياسي والتأثير الشعبي الذي يملكه زعماء الأحزاب؛ أو بفكرة مشكلات حزبية لمصالح أحزاب أخرى من أجل تضعيفها كي لا تؤثر في الحياة السياسية أو في السلطة السياسية أو الحزب السياسي الحاكم.

3- المعارضة السياسية

هناك أحزاب سياسية تسعى جاهد من أجل نقد النظام وتوعية الجماهير بفشل البرامج السياسية والتنموية لحزب الحاكم؛ وحتى نقد الأحزاب السياسية الأخرى من منطلق ديمقراطي وحرية التعبير؛ من أجل مناقشة وكشف خبايا الأحزاب الأخرى؛ دون أن تسعى إلى الوصول إلى السلطة وممارسة أو المشاركة السياسية.

وهذا لا يعني أن هناك أحزابا مشاركة في السلطة وممارسة الحكم ولا تنتقد النظام أو أنّها لا تعارض السياسة التي يتبناها؛ فالمشارك سياسيا كذلك يقوم بالمعارضة والمساندة والمقاطعة وخاصة داخل البرلمان.

وكثيرا ما تكون هذه المعارضة سلبية عديمة الجدوى لأنها لا تلقى استحسانا شعبيا؛ لأنها تفتقد للنهء السياسي الحقيقي أو فاقدة للقاعدة الشعبية؛ فكثيرا من الأحزاب لا تتصل إلى العدد المحدد من التوقعات الواجبة في تكوين ملف الترشح لمنصب الرئاسة؛ مما تكون ضعيفة قاعديا وتلوم السلطة الحاكمة عن ذلك.

وكثيرا ما تتمثل المعارضة السياسية لبعض الأحزاب في نقد النظام السياسي القائم؛ والسلطة الحاكمة، وعدم المشاركة في العملية السياسية؛ لأنها تعلم أن ليست لها القدرة الكافية، بالإضافة لمقاطعة المشاركة السياسية؛ كعدم المشاركة في الاستحقاقات الانتخابية.

ثانيا- دور الأحزاب في التنشئة السياسية

تلعب الأحزاب السياسية دورا حاسما بالنظر إلى مختلف منظمات المجتمع المدني الأخرى؛ وإن كان الإعلام له دورا هاما أيضا؛ فإنّ الإعلام الحزبي يسيطر على مختلف التنمية السياسية للأفراد وفي التنشئة السياسية.

ولهذا تلعب الأحزاب السياسية حسب الأستاذ « David Apter » دور المنظم لتكوين الأفكار الجديدة وإنشاء شبكة اتصالية لهذه الأفكار ولربط الجماهير مع القيادات بطريقة تمكن من تحقيق القوة السياسية وتعبئتها وتوجيهها؛ نتيجة الدور التنموي الذي تقوم به لأنها أداة مهمة ومباشرة في التأثير في المجتمعات لكونها تستخدم في أنشطتها وسائل عدّة ومتاحة لهذا الدور التنموي⁽⁴⁹⁾.

وكما تسعى الأحزاب السياسية من خلال النشاط السياسي الذي يهتم بالمواطن الناضج والواعي سياسيا؛ بنشر الاتجاهات والمبادئ التي تؤمن بها لإحداث التغيير على مستوى الفرد ثم على مستوى الجماعة⁽⁵⁰⁾.

ولا يمكن القيام بدور التنشئة السياسية؛ لأن التنمية السياسية هي تطوير الثقافة السياسية للمجتمع بأن الثقافة السياسية هي تلك القيم والمعتقدات التي تحدد كيف يفسر الشعب الدور الصحيح للحكومة، وكيف أن الحكومة ذاتها يتم تنظيمها وإدراك الشعب لدور الحكومة وللعلاقات الصحيحة بين الحاكم والمحكومين له تأثيره المعترف به على النظام السياسي⁽⁵¹⁾.

وعليه تقوم الأحزاب السياسية ببلورة وعي وتنمية وتنشئة سياسية عن طريق آليات كفيلة بهذه التنمية والتوعية في الجزائر من خلال ما يلي:

- كشف الحقائق وتلقيها للمواطنين.
- نقد النظام السياسي القائم بنقد بناء ومن ثم تضمحل صورة هذا النظام العامة.
- التأثير على السلطة الحاكمة بتطبيق بعض البرامج لأنها مطالب مشروعة.
- إيجاد معارضة سياسية داخل المجالس التمثيلية؛ ومنه ظهور أزمة في اتخاذ القرار.
- مقاطعة مختلف التظاهرات الحزبية ومختلف الاستحقاقات السياسية الانتخابية.
- الاستفادة من انصياع السلطة لمطالب الأحزاب السياسية.
- استشارة السلطة السياسية للأحزاب في بعض من المواقف وبعضها من القرارات.
- الحاجة للأحزاب السياسية في مجال التحالف السياسي من طرف السلطة الحاكمة.
- السعي الحزبي وراء كسب ثقة المواطنين من أجل الانخراط والعضوية في الحزب.
- التكوين والتأطير الذي يخضع له المنخرطين في الحزب.
- التكوين والخبرة السياسية التي يكتسبها أعضاء الحزب من خلال المشاركة السياسية.
- الحملات وشرح البرامج الانتخابية في ظل الاستحقاق الانتخابي.

ثالثا- هدف ودور الأحزاب في التنمية السياسية السلمية والأمنية

يمثل دور وهدف الأحزاب السياسية في التنمية السياسية ببلورة ثقافة الحوار والسلم والمصالحة؛ وإبراز الرأي واحترام الرأي الآخر؛ في أطر ديمقراطية متسمة بالسلمية؛ ومحاولة الوصول إلى السلطة والحكم الفعلي بوسائل ديمقراطية سلمية دون استخدام العنف والقوة واللجوء إلى الإخلال بالنظام والأمن العامين في الدولة.

وكما يهدف الحزب السياسي في الجزائر إلى تنمية سياسية رشيدة ولائقة في ظل تقييدات القانون؛ في ظل الالتزام بالأهداف المنصوص عنها في القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية؛ طبقا للمادة [5] منه والتي تنص أنه [يمنه تأسيس حزب سياسي أو المشاركة في تأسيسه أو في هيئاته المسيرة على كل شخص مسؤول عن استغلال الدين الذي أفضى إلى المأساة الوطنية.

- كما يمنع من هذا الحق كل من شارك في أعمال إرهابية ويرفض الاعتراف بمسؤوليته في المشاركة في تصور وانتهاج وتنفيذ سياسة تدعو للعنف والتخريب ضد الأمة ومؤسسات الدولة]

وأيضا نص المادة [6] من نفس القانون التي تبين حدود حرية الاختيار لبعض مظاهر ومضامين الحزب بالنص أنه [لا يجوز لأي حزب سياسي أن يختار لنفسه اسما أو رمزا كاملا أو علامة كاملة أخرى مميزة يملكها حزب أو منظمة وجدا من قبله أو سبق أن ملكتها حركة مهما تكن طبيعتها وكان موقفها أو عملها مخالفين لمصالح الأمة ومبادئ ثورة أول نوفمبر 1954 ومثلها].

الفرع الثالث: التنمية السياسية في ظل نظام الأحزاب السياسية

للأحزاب السياسية في الجزائر دورا هاما في التنمية السياسية لأنها المؤسسات الحقيقية التي تجمع بين مختلف الحقوق السياسية في ظل البناء الديمقراطي ونظرا للامتيازات التي تحصل عليها من خلال اعتمادها وتأسيسها وتصبح قابلة للنشاط والممارسة السياسية.

لأن الأحزاب السياسية في نظرنا مرادفة للتنمية السياسية المنظمة والمقننة؛ نتيجة الوظائف والتمثيل وتجميع المواطنين حول الحزب؛ وأيضا كفاءات اختيار القيادة والأعضاء الوطنيين للحزب والمحليين؛ وأيضا كيفية وضع البرامج السياسية والتنمية في مختلف المجالات؛ وكذلك بالخصوص في كيفية التواصل والتعامل بحكمة مع المواطنين وجذبهم؛ والخطاب السياسي الموجه لهم خاصة إذا كانت الأحزاب ذات بعد سياسي وطني وديمقراطي؛ تجتمع فيه مختلف الكيانات والتجمعات الإنسانية ومختلف شرائح وفئات المجتمع الجزائري؛ لاسيما إذا كانت مبنية على الثوابت ومبادئ التي تحكم المجتمع الجزائري والمرتبطة بالتاريخ ومصداقية الطرح وموضوعية النقاش والقابلة للحوار والتنسيق مع الأحزاب الأخرى والمسيرة لتطلعات الشعب ومتطلباته.

من خلال دراسة قانون الأحزاب السياسية الجزائري نجد أن يولي أهمية للتنمية السياسية مهما كانت؛ من خلال الأسس والمبادئ المنصوص عنها في المواد من [7 إلى 10]⁽⁵²⁾ ومن خلال الدور والمهام المنصوص عنها في المواد من [11 إلى 15]⁽⁵³⁾ ومن خلال بعضا من الأحكام الأخرى المتفرقة في هذا القانون، ونوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا- التنمية السياسية من خلال أسس ومبادئ الأحزاب السياسية

يشترط في إنشاء الحزب السياسي أن يكون واعيا بالثقافة الدستورية بأن يكون تأسيسه

ونشاطه وعمله وسيره مطابقاً لأحكام الدستور⁽⁵⁴⁾ ولأحكام القانون العضوي المتعلق بالانتخابات؛ وهذا ما نصت عليه المادة [7] من القانون العضوي رقم 12-04.

ونصت المادة [8] من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب في إطار التنمية السياسية بأنه يحرم تأسيس الحزب على أهداف مناقضة للقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية؛ ولقيم ثورة أول نوفمبر؛ وللخلق الإسلامي؛ وللحريات الأساسية وللوحدة الوطنية؛ ولاستقلال البلاد وسيادة الشعب والطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة ولأمن التراب الوطني وسلامته، وعدم التبعية للمصالح الأجنبية بغية الحفاظ على الثقافة السياسية والتنمية السياسية الوطنية.

وكذلك يلتزم أي حزب سياسي بتنمية سياسية سلمية وأمنية من خلال نص المادة [1/9] من قانون الأحزاب بعدم اللجوء إلى العنف أو الإكراه مهما كانا طبيعتهما أو شكلهما⁽⁵⁵⁾.

ولتنمية المواطن سياسياً يسمح في قانون الأحزاب للمواطنين من الجنسين الانضمام والانخراط في أي حزب سياسي واحد باختيارهما؛ ويمكن لهما الانسحاب منها في أي وقت طبقاً للمادة [1/10]؛ وهذا هو لب التنمية والتنشئة السياسية للأفراد وفق منظمات منظمة ومهيكلية وفي إطار القانون الذي يتساوى فيه الجميع.

ثانياً- التنمية السياسية من خلال الدور والمهام المنوط بالأحزاب السياسية

للحزب السياسي دوراً مهماً في تشكيل وعي وتنمية سياسية حقيقية من خلال التزامه بموجب المادة [11] من قانون الأحزاب بالنص أنه [يعمل الحزب السياسي على تشكيل الإرادة السياسية للشعب في جميع ميادين الحياة العامة وذلك عبر:

- المساهمة في تكوين الرأي العام.
- الدعوة إلى ثقافة سياسية أصيلة.
- تشجيع المساهمة الفعلية للمواطنين في الحياة العامة.
- تكوين وتحضير النخب القادرة على تحمل مسؤوليات عامة.
- اقتراح مترشحين للمجالس الشعبية المحلية والوطنية.
- السهر على إقامة وتشجيع علاقات جوارية دائمة بين المواطن والدولة ومؤسساتها.
- العمل على ترقية الحياة السياسية وتهذيب ممارستها وتثبيت القيم والمقومات الأساسية للمجتمع الجزائري، لا سيما قيم ثورة أول نوفمبر 1954.
- تكريس الفعل الديمقراطي والتداول على السلطة وترقية الحقوق السياسية للمرأة.
- العمل على ترقية حقوق الإنسان وقيم التسامح.

وأيضا يهدف الحزب السياسي في مجال التنمية السياسية بإعداد قانونه الأساسي وبرنامج السياسي ليعبر عن توجهاته وتطلعاته ويضبط أهدافه⁽⁵⁶⁾، وكذلك يساهم الحزب السياسي ويشارك في الحياة السياسية من خلال التعريف ببرنامج السياسي لدى مؤسسات الدولة والبرلمان والمجالس الشعبية المحلية؛ ومن ثم السماح للأحزاب بتنمية برامجها وإعلانها وإسماع صوتها في مؤسسات الدولة الرسمية⁽⁵⁷⁾.

ومن أجل الاعتراف وبالمسؤولية الملقاة على عاتق الدولة والسلطة العامة بوجود تنمية سياسية لدى الأحزاب ولإقناع المواطن بأهم قراراتها السياسية يمكنها استشارة الحزب السياسي في المسائل ذات المصلحة الوطنية؛ وهذا طبقا للمادة [14] من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.

ومن أجل المساواة في التنمية السياسية للأحزاب تضمن الدولة مبدأ المساواة بين الأحزاب في الحق في استعمال وسائل الإعلام في إطار وضع برامجها حيز التنفيذ طبقا للمادة [15] القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.

ثالثا- التنمية السياسية في الأحكام القانونية الأخرى

رغم ما تم تنظيمه من مسائل التنمية السياسية في قانون الأحزاب السياسية؛ فيما سبق؛ فإنه في نصوص ومواد أخرى من نفس القانون يتم استنتاج ما مفاده يساهم بدرجة كبيرة في التنشئة والتنمية والثقافة السياسية في الأحزاب من خلال البنود التالية:

1- فيما يخص شروط الأعضاء المؤسسين للحزب⁽⁵⁸⁾: التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، و ألا يكونوا قد سلكوا سلوكا معاديا للثورة، مع إشراك المرأة بنسبة مقبولة من بين الأعضاء المؤسسين.

2- فيما يخص المؤتمر التأسيسي: يجب حضور مجموعة نسبة من النساء في المؤتمر التأسيسي طبقا للمادة [4 / 24] من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

3- فيما يخص قرار اعتماد الحزب السياسي: نشر قرار اعتماد الحزب السياسي في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية طبقا للمادة [31] من قانون الأحزاب؛ ومنه نستنتج نشر والإعلام القانوني بوجود ونهائ كيان سياسي جديد.

4- فيما يخص القانون الأساسي للحزب: أن ينص القانون الأساسي للحزب على أن تتضمن هيئة المدولة والهيئة التنفيذية للحزب من بين أعضائها نسبة مثلة من المناضلات⁽⁵⁹⁾.

5- فيما يخص تنظيم الحزب: تنص المادة [38] من قانون الأحزاب أنه [يجب أن تتم إدارة وقيادة الأحزاب السياسية بواسطة أجهزة منتخبة مركزيا ومحليا على أسس ديمقراطية قائمة على قواعد الاختيار الحر للمنخرطين، ويتم تجديدها في إطار شفاف وفقا لنفس الشروط والأشكال]، ومنه تظهر القيمة الحقيقية للتنمية السياسية الإرادية والشفافية في إعداد نخبة وقيادة الحزب بوسائل ديمقراطية.

6- فيما يخص سير الحزب: أن يتضمن الحزب نسبة من النساء ضمن هيئاته القيادية طبقا للمادة [41] من قانون الأحزاب السياسية.

7- فيما يخص نشاط الحزب: إمكانية إصدار الحزب السياسي لشريات إعلامية أو مجلات⁽⁶⁰⁾؛ من أجل المساهمة في التنمية السياسية في إطار احترام قانون الأحزاب.

رابعا- مشكلات الأحزاب في التنمية السياسية في الجزائر:

هناك مجموعة من المشكلات تعوق التنمية السياسية في الجزائر؛ مما تظهر سلبيات على مستوى الأحزاب السياسية نفسها؛ أو على مستوى السلطة السياسية الحاكمة؛ أو على مستوى القاعدة الشعبية، وعليه يمكن إجمال هذه المشكلات في الآتي:

1- مشكلة الشرعية:

تطرح الأحزاب السياسية في الجزائر مسألة الشرعية السياسية مطروحة بحدّة من خلال المقاطعة؛ التحالف والتخندق السياسي والتعاطف مع السلطة؛ والاتهامات المطروحة في مواجهة السلطة السياسية الحاكمة، وتتجلى هذه المشكلات المنصبة حول الشرعية السياسية فيما يلي:

- السلطة السياسية مجسدة في القيادة السياسية القائمة؛ سواء لها شرعية أم لا؛ في حين الأحزاب السياسية تطرح مشكلة طريقة ممارسة السلطة في الدولة؛ ووجود التشبث بالسلطة والبقاء في القيادة السياسية؛ في حين ترى المعارضة الحزبية وجوب التداول السلمي على السلطة؛ وغالبا ما تقف القاعدة الشعبية لصالح النظام القائم لعدم ثقته في التغيير السياسي.
- * نقد الأحزاب السياسية لتركيز السلطة السياسية والصلاحيات في يد هيئة واحدة؛ ومن ثمّ ما مصير الاستفتاء الدستوري الحاصل والمخول للسلطة لتلك الصلاحيات والسلطات والذي أدى إلى بروز تلك التركيز والهيمنة؛ في رأينا يرجع هذا الأمر إلى إنشاء وصياغة دستور ظرفي ومرحلي ناتج عن المرحلة الانتقالية في الجزائر خلال التسعينيات.

- أصبح المواطن يؤمن حتماً بأن الثقافة السياسية والتنمية السياسية غير منهجية؛ لأنها تصدر من القمة السياسية وليست من القاعدة الشعبية السياسية؛ واستثمار الأحزاب لهذه الظروف السياسية غير منطقية وغير منهجية.
- ومنه يمكن القول أن أزمة الشرعية تعرف بأنها انهيار في البناء الدستوري وفي أداء الحكم الناجم عن الاختلاف حول طبيعة السلطة في النظام السياسي⁽⁶¹⁾.

2- مشكلة المشاركة السياسية:

- تنتج أزمة المشاركة السياسية ومن ثم أزمة التنمية السياسية من خلال ما يلي:
- غياب وعي حقيقي للتنمية السياسية للأحزاب في إقناع الشعب السياسي من أجل اختيارها في الانتخابات والاستحقاقات السياسية.
- اختيار بعض الأحزاب السياسية للغياب السياسي الدائم؛ على أن تظهر في مواسم الانتخابات والمواعيد الانتخابية؛ مع أنها كانت غائبة سياسياً من قبل؛ مما أثر سلباً فيها بعدم رضا المواطنين في مصداقيتها؛ وأنها تريد تحقيق مصالح ظرفية أو خاصة فقط.
- من بين المشكلات في المشاركة السياسية نجد تحالفات أحزاب سياسية تنتقد بعضها البعض رغم أنها في وعاء انتخابي واحد؛ وممارسة بمشاركة فيما بينها للسلطة العامة؛ في حين لا نجد توافق بينها.

3- مشكلة التنشئة السياسية:

- تتمثل مشكلة التنشئة السياسية في الجزائر من خلال البنود التالية:
- استقرار الضمير الجماعي للمواطنين أن هناك أهداف على السلطة تحقيقها وإنجازها تلبية لمطالب شعبية؛ فإذا حققتها السلطة أصبحت توصف بأنها شرعية ويعترف بها المواطن وتزيد ثقته فيها؛ في حين إذا لم تحقق السلطة العامة شيئاً من هذا فتفقد مصداقيتها ويصفها المواطن والحزب السياسي بأنها غير شرعية⁽⁶²⁾ لأنها غير قادرة على تحقيق مطالب بسيطة للشعب من مطالب اجتماعية واقتصادية وغيرها.
- انعدام الحوار السياسي البناء بين السلطة والحزب السياسي والمواطن فيما يتعلق بمختلف مجالات التنمية؛ ومن ثم أصبحت العلاقة القائمة بين هذه القوى في صراع سياسي لانعدام الثقة؛ والتشكيك في صاحب السلطة ومصدرها من طرف الجميع.

الخاتمة:

في خاتمة هذا الموضوع يمكن القول أنّ للتعددية السياسية الحزبية في التجربة الجزائرية يمكنها المساهمة فعليا في التنمية والتنشئة السياسية؛ سواء داخل الحزب أو خارجه، بشرط أن تسمح الدولة بفتح مجال الإعلام السمعي والمرئي من أجل المساواة بين الأحزاب السياسية مهما كانت بمساعدة من طرف الدولة.

ويمكن القول أنّه لو يتم تطبيق القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية كما هو الحال عليه رغم النقائص الموجودة فيه بسماع السلطة الحاكمة دون تضييق الخناق السياسي على قيادات الأحزاب السياسية أو التعرض لها من طرف السلطة التنفيذية من طرف بيروقراطية الإدارة لساهمت الأحزاب في النماء السياسي للمجتمع الجزائري؛ وكل ذلك في ظل الدستور المعمول به وفي ظل هذا القانون المتعلق بالأحزاب.

ويبقى من الناحية الواقعية أنّ التنمية السياسية في الجزائر غير كاملة ومنقوصة بالنظر للوضع السياسي الحالي؛ ونظرا للتجربة التعددية التي هي في نداء؛ ولكن دون تحجج الدولة والحكم القائم باحتجاجات واهية تجعل من دور ومهام الأحزاب منقوص؛ في حين تعمل الأحزاب السياسية القائمة في إطار القانون والدستور؛ خدمة للمصلحة العامة والمصلحة الوطنية خدمة للدولة الجزائرية بغض النظر عن طبيعة الحكم أو النظام السياسي القائم.

القانون العضوي رقم 12-04 المتضمن قانون الأحزاب السياسية في الجزائر بمثابة أحد الضوابط والركائز للتنمية السياسية؛ لأن الأمر يتعلق بالمشاركة السياسية؛ المقاطعة؛ الوصول إلى السلطة؛ إيجاد قاعدة شعبية؛ مؤسسة حزبية واعية؛ نخبة سياسية في الحزب؛ المعارضة السياسية الفعالة؛ الخطاب السياسي الحزبي؛ التحالف السياسي وغيرها.

لأن التعددية السياسية هي الآلية الحقيقية في التنمية السياسية من الناحية العملية والوظيفية؛ من خلال الدور المنوط بها سياسيا؛ بعرض برامجها السياسية المختلفة ومدى تأثيرها في صناعة الوعي السياسي وهيكلية المنخرطين في الأحزاب وتثقيفهم سياسيا وسلطويا.

- 1- التوصية بدسترة التنمية والتنشئة السياسية في أي تعديل دستوري مستقبلا.
- 2- زيادة فتح المجال للأحزاب السياسية ممارسة مهامها في إطار قانون الأحزاب.
- 3- تكريس مبدأ المساواة بين الأحزاب السياسية في إنماء المجال والثقافة السياسية.
- 4- بيان جدي وصریح لآليات ووسائل التنمية السياسية المخصصة للأحزاب.

وخلاصة القول بأنّ الدستور الجزائري كرّس التنمية السياسية في ظل التوجه العام دون توضيح ذلك؛ خاصة في مواجهة التحديات الجديدة من خلال ظهور وسائل جديدة للتنمية السياسية وهي التنمية السياسية الإلكترونية؛ والتي يمكن أن تغفلها أو تتجاهلها الدولة.

قائمة الهوامش:

1. دستور 23 / 02 / 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 9، المؤرخة في 01 / 03 / 1989.
2. المادة [1] من دستور 1989 تنص أنّه [الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية ...]، وتنص المادة [1 / 40] على أنّه [حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به].
3. تنص المادة [94] من دستور 22 / 11 / 1976 بأنّه [يقوم النظام التأسيسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد]. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 94، المؤرخة في 24 / 11 / 1976. ونصت المادة [23] من دستور 1963 أنّه [جبهة التحرير الوطني هي حزب الطليعة الواحد في الجزائر]
4. أنظر: د. بومدين طاشمة، دراسات في التنمية السياسية في بلدان الجنوب، قضايا وإشكالات، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 33.
5. أنظر: المرجع نفسه، ص 41-42.
6. أنظر المرجع نفسه، ص 44.
7. أنظر: أ. قزادري حياة، الصحافة والسياسة، أو الثقافة السياسية والممارسة الإعلامية في الجزائر، طاكسيج كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 33.
8. الباب الأول من دستور 1996 تحت عنوان المبادئ التي تحكم المجتمع الجزائري.
9. المادة [1] من الدستور الجزائري.
10. أنظر: د. عمار بوضياف، قانون الأحزاب، سلسلة القوانين الجديدة، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ص 16.
11. تم النصّ عن الدين الإسلامي كدين للدولة الجزائري؛ ومن ثم يقع إشكال مفاده هل لدولة الشخص المعنوي دين يحكمها؟؛ فإذا كان كذلك فالمادة الأولى [1] من الدستور تنص على أنّه [الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية ...]، ومنه فالإسلام يحكم المجتمع الجزائري في بعض منه في مجال العبادة وبعض المعاملات وقانون الإرث ومجمل نصوص قانون الأسرة الجزائري، وإذا كان الإسلام يحكم المجتمع الجزائري فلا ينطبق من الناحية السياسية على الشعب الجزائري في مجال مصدر الحكم وصاحب السيادة؛ لأن المادة الثانية [2] من الدستور تنص على أن [الإسلام دين الدولة]؛ في

الفصل الأول تحت عنوان الجزائر وليس في الفصل الثاني تحت عنوان الشعب وكلاهما من الباب الأول تحت عنوان المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، ثم في الفصل الثالث من نفس الباب ينص على عنوان الدولة؛ وأساس ذلك أن الدولة تستمد مشروعيتها وسبب وجودها من إرادة الشعب؛ شعارها: « بالشعب وللشعب » وهي في خدمته وحده طبقا للمادة [11] من الدستور، وهذا الأمر ونفسه في الفصل الثالث من الباب الأول لا يبت بصلة بتطبيق الإسلام كمصدر رسمي للنظام السياسي الجزائري؛ ثم أن الشعب الجزائري يختلف في بعض طموحاته وأهدافه وآماله حتى وإن كان الأصل فيه أن الإسلام دين يحكم المجتمع الجزائري أخلاقيا أو عباديا وليس سياسيا؛ والدليل على ذلك لا يمكن تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني طبقا للمادة 42 من الدستور الجزائري، ولكن القول أن الدين الإسلامي دين ودينا؛ عبادة ومعاملة وسياسة وحكم ونظام حقيقي قائم بذاته يضاهاه ويتفوق على كل الأنظمة السياسية والحاكمة في العالم مهما كانت؛ فالنظام السياسي في الإسلام يجد مصدره الأصلي في القرآن والسنة النبوية الشريفة وهذا ليس معمولا به في الجزائر.

12. تتمثل هذه المصادر في القانون الأساسي للدولة وهو الدستور؛ ثم القانون العضوي؛ القانون العادي؛ التشريع الفرعي؛ إلى غاية القرار والمقرر الإداريين؛ بغض النظر عن المصادر الاحتياطية والتفسيرية الأخرى.

13. المادة [3] من الدستور الجزائري.

14. في نظرنا أن أغلب القواعد القانونية من القواعد الدستورية إلى أبسط القواعد القانونية الأخرى تجد مصدرها في القانون الفرنسي؛ وعليه تتجلى تذبذب الثقافة السياسية الوطنية والتنمية السياسية المحلية لصالح التنمية والثقافة الأجنبية التي لا تبت بصلة لأحد مبادئ وثوابت المجتمع الجزائري ومن ثم التأثير السلبي على التنمية السياسية الوطنية للأفراد.

15. أنظر: أ. قزادري حياة، مرجع سابق، ص 83.

16. المادة [3] مكرر من الدستور الجزائري.

17. أنظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 25 للسنة التاسعة والثلاثون، المؤرخة في 2002/04/14.

18. المادة [5] من الدستور الجزائري.

19. أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63 للسنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 2008/11/16.

20. أنظر: د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 16.

21. المادة [1/14] من الدستور الجزائري.

22. الفقرة 8 من ديباجة الدستور الجزائري 1996.

23. الفقرة 9 من ديباجة الدستور الجزائري 1996.
24. تم تنظيم هذا النص في الفصل الثالث تحت عنوان الدولة؛ من الباب الأول تحت عنوان المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري.
25. المادة [15] من الدستور تنص أنه [الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية. البلدية هي الجماعة القاعدية].
26. نص الدستور الجزائري على مجموعة من الحقوق والحريات المختلفة ومنها السياسية في الفصل الرابع من الباب الأول في المواد من 29 إلى المادة 59.
27. المادة [1/7] من الدستور
28. المادة [3-2/7] من الدستور.
29. المادة [8] من الدستور.
30. المادة [10] من الدستور.
31. المادة [50] من الدستور [لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن ينتخب ويُنتخب].
32. المادة [1/42] من الدستور [حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون].
33. المادة [31] من الدستور.
34. تم التعديل بموجب قانون التعديل رقم 19/08، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63 لسنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 16/11/2008.
35. تم صدور القانون العضوي تحت رقم 03-12 المؤرخ في 12/01/2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 01، لسنة التاسعة والأربعون، المؤرخة في 14/01/2012.
36. المادة [41] من الدستور أنه [حريات التعبير؛ وإنشاء الجمعيات والاجتماع؛ مضمونة للمواطن].
37. جعل المؤسس الدستوري من إنشاء الجمعيات بمثابة حرية طبقا للمادة [41] وحقا طبقا للمادة [43] من الدستور.
38. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 27 لعام 1989.
39. أنظر: د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 46.
40. أنظر: د. علي زغدود، الأحزاب السياسية في الدول العربية، متبعة للطباعة، 2007، ص 29.
41. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، المؤرخة في 15/01/2012.

42. أنظر: صاحب الربيعي، رؤية في مؤسسات الدولة والمجتمع، صفحات للدراسات والنشر، الإصدار الأول، سورية، 2011، ص 51.
43. أنظر: د. علي زغدود، مرجع سابق، ص 10.
44. المادة [4] من نفس القانون تنص أنه [يؤسس الحزب السياسي لمدة غير محدودة، ويتمتع بالشخصية المعنوية والأهلية القانونية واستقلالية التسيير، ويعتمد في تنظيم هيكله وتسييرها المبادئ الديمقراطية].
45. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12 سنة 1997.
46. أنظر: د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 39.
47. أنظر: عباس عائشة، إشكالية التنمية السياسية والديمقراطية في دول المغرب العربي؛ مثال تونس، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص 34.
48. أنظر: المرجع نفسه، ص 34.
49. أنظر: د. بومدين طاشمة، مرجع سابق، ص 90.
50. أنظر: عباس عائشة، مرجع سابق، ص 34.
51. أنظر: أبو شنب جمال، الصفوة السياسية في دول العالم الثالث، دار المعرفة الجامعية، مصر، ص 100.
52. القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من القانون العضوي رقم 12-04.
53. الفصل الثاني من الباب الأول من القانون العضوي رقم 12-04.
54. المادة [42] من الدستور تنص أنه [حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون.
- ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة.
- وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي.
- ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة.
- يحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية.

- لا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتها أو شكلها

- تحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب قانون [.

55. ولتفادي مثل هذا الوضع وما وقع خلال العشرية السوداء من تنمية سياسية غير سلمية باستعمال العنف والإكراه؛ تم النص في المادة [2/9] من قانون الأحزاب أنه لا يمكن اللجوء إلى برنامج سياسي سابق يمس بمؤسسات الدولة أو الأمة الجزائرية كما أشارت إليه المادة [6] من نفس القانون [كما لا يمكنه أن يستلهم من برنامج عمل حزب سياسي محل قضائيا].

56. المادة [12] من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

57. المادة [13] من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

58. المادة [24] من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

59. المادة [35/ البند 7] من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

60. المادة [47] من القانون العضوي رقم 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

61. أنظر: د. بومدين طاشمة، مرجع سابق، ص 92.

62. أنظر: قزادري حياة، مرجع سابق، ص 82.

الاهتمامات التشريعية بحوكمة الشركات

أ. سالمي وردة

أستاذة مساعدة أ

جامعة متتوري قسنطينة

مقدمة:

في ظل التحديات التي تفرضها حدة المنافسة على مستوى الأسواق العالمية، كان لزاما على كل دولة تنمية وتطوير اقتصادها، كي يجد مكانا له في خضم التطور العلمي التكنولوجي و العولة، وحرية الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال، وافتتاح الأسواق المالية، تحرير التجارة..... ولن يتأتى لها ذلك دون وجود شركات كبرى قادرة على انجاز المشاريع والاستثمارات الضخمة في كافة القطاعات الاقتصادية، تتمثل لقواعد الإدارة الرشيدة - حوكمة الشركات-، هذه القواعد جاءت ردا على الفضائح و الانهيارات المالية التي مست اكبر الشركات والمؤسسات المالية في العديد من الدول وبصفة خاصة الوم ا، بريطانيا، بسبب الغش في التقارير المالية للشركات المدرجة في أسواق المال، حيث أدى ذلك إلى إفلاس الكثير منها¹.

إذ لم تؤثر تلك الانهيارات المالية على من لهم صلة مباشرة بالشركات فحسب كالمديرين والمساهمين ومراقبي الحسابات، بل اثر أيضا على الموظفين والعملاء والموردين وعلى السوق ككل، الأمر الذي زعزع ثقة المستثمرين في الشركات وفي سوق الأوراق المالية، وكشف جوانب قصور كبيرة في إدارة و رقابة الشركات... الخ

فكان البحث الحثيث عن نظم وقواعد ناجعة وفعالة لضمان التغلب على الأزمات المالية التي تعرضت لها الشركات العالمية وتفادي تكرارها، من اجل استعادة ثقة المستثمرين في سوق الأوراق المالية و حماية لحقوقهم، بعد أن أضحوا غير مستعدين لتحمل تكاليف أخطاء الهيئة المشرفة على الإدارة في الشركات و فسادهما الإداري والمالي، ومخاطر الخسائر أو انخفاض قيمة أسهم الشركات .

ولأن النصوص القانونية التقليدية المنظمة للشركات التجارية لا تتوفر على الآليات الفعالة لمواجهة الانهيارات المالية، و تحمي حقوق المستثمرين، كان اعتماد قواعد حوكمة

الشركات الحل الأنسب سواء من خلال قوانين، أو توصيات، خاصة وان هذه الأخيرة أثبتت فعاليتها وأضحى ضرورة عملية بالنسبة لإدارة ورقابة الشركات في الاقتصاديات المتقدمة التي تتطلع للنجاح، وهو ما يؤكد سعي الدول المتقدمة ليس نحو تبني قواعد حوكمة الشركات فحسب بل سعيها نحو تعزيز وتدعيم هذه القواعد .

هذه القواعد اتخذها المستثمرون كمعيار رئيسي لتوجيه استثماراتهم وشرطا أوليا للتعامل مع الشركات والدخول في بنيتها الاقتصادية باعتبارها- قواعد الحوكمة- ضامانا قانونيا للحفاظ على حقوقهم وحسن إدارة الشركة لأموالهم، حيث أصبح المستثمر يحرص على التأكد من أن الشركة تدار وفق ممارسات الإدارة السليمة، حتى يضمن تقليص احتمالات الفساد وسوء الإدارة مما يسمح له بإمكانية تحليل ومقارنة فرص الاستثمار المحتملة وفقا لمعايير الشفافية والإفصاح² .

وظهرت في هذا الإطار الاهتمامات التشريعية بقواعد حوكمة الشركات، بشكل متفاوت من حيث زمن تشريعها وتطبيقها صدر في هذا الصدد العديد من المدونات لأفضل الممارسات في إطار حوكمة الشركات وكانت البداية من بريطانيا من خلال تقرير لجنة كادبري 1992³ الذي تضمن المبادئ الأساسية لحوكمة الشركات وفي الوم ا قانون سارينس الذي تضمن المبادئ الأساسية لحوكمة الشركات وفي الوم ا قانون سارينس- اوكسلي 2002⁴ الذي تضمن الرقابة ومحاسبة الشركات وذلك في سبيل إعادة وضع الاقتصاد على المسار الصحيح لتحقيق التنمية والتطور الاقتصادي على جميع الأصعدة . لذا سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية أن نبرز ما المقصود بحوكمة الشركات ؟، وكيف أضحى محط اهتمام من الجميع : مشرعين مساهمين، مستثمرين..... وكيف تم التعامل التشريعي معها ؟

أولا : مفهوم حوكمة الشركات وأهميته

حوكمة الشركات هي ترجمة شائعة للمصطلح الانجلوسكسوني⁵ Corporation governance الذي حمل تصور جديد بشأن إدارة ورقابة الشركات وخصوصا المدرجة منها في البورصة يقوم على الشفافية والإفصاح، الإنصاف والمساءلة، والمسؤولية وتعزيز ثقة المستثمرين والممولين، وأصحاب المصلحة الآخرين في الشركات، حيث يعيد تشكيل و تنظيم الهيئة القائمة على إدارة الشركة - مجلس الإدارة- كما يوزع السلطات والمسؤوليات داخل هذه الهيئة وي طرح شكل جديد لعملية اتخاذ القرار و يحرص على تعزيز الرقابة الشاملة على أداء الشركة لنشاطها وتسيير المخاطر باستحداث لجان متخصصة⁶، ويضمن القيام بأعمالها وفق أحكام عقدها التأسيسي والقانون بالقدر الذي

لا يؤدي إلى تعارض المصالح أو إلى إلحاق الضرر بأصحاب المصالح فيها، بشكل يضمن من خلاله حماية حقوق المساهمين خاصة أصحاب الأقلية منهم، و يتحقق معه التوازن في حماية المصالح المرتبطة بنشاط الشركة، سواء مساهمين- صغار المساهمين خاصة -، القائمين بالإدارة، أو أصحاب المصلحة الآخرين .

ولأن موضوع حوكمة الشركات متشعب ومرتبطة بعدة قوانين : الشركات، البورصة والقيم المنقولة، الاستثمار، الإفلاس... فإنه ولحد الآن لم يتم الإجماع على تعريف محدود له بالرغم من الاهتمام الكبير الذي حظي به من طرف الهيئات الأكاديمية والاقتصادية الدولية، حيث فرضت حداثة الموضوع اختلاف في وجهات النظر البحثية والفقهية لتحديد مفهومه وتنوعا في وصفه⁸، حيث برزت في هذا الخصوص عدة تعاريف منها: حوكمة الشركات هي مجموعة القواعد والسلوكيات التي تحدد كيفية إدارة الشركات والسيطرة عليها بهدف إقامة التوازن بين هيمنة روح المبادرة والأداء من جهة والرقابة وامتنال لهذه القواعد من جهة أخرى⁹.

- حوكمة الشركات تهتم بتنظيم السلطة داخل الشركة لتحقيق توازن أفضل بين هيئات الإدارة وهيئات الرقابة والمساهمين، فالشركة يتدخل فيها عدد من الأطراف - مدراء، مساهمين مؤسسين، صغار مساهمين، دائنين، عمال . لذلك لا بد أن تسمح حوكمة الشركات بتفعيل آليات الرقابة من اجل ضمان أن القرارات المتخذة من الشركة تحترم مصالح كل المتدخلين¹⁰.

حسب منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية : حوكمة الشركات هي مجموعة العلاقات التي تنظم في إطار العمل بين إدارة الشركة التنفيذية ومجلس إدارتها والمساهمين فيها والأطراف ذوي العلاقة الآخرين¹¹.

إلا إن التعريف الذي فرض حضوره عالميا تعريف لجنة كادبري 1992¹² حوكمة الشركات نظام بمقتضاه تدار الشركة وتراقب،، وهذا التعريف رغم كونه مقتضبا إلا انه يعكس الوظيفة الحقيقية لحوكمة الشركات باعتباره نظام لإدارة ورقابة الشركات¹²، إلا أن هذا لا يعني انه نظام مغاير لنظم الإدارة والرقابة في الشركات بل هي ممارسات تهدف إلى تدعيم تعزيز نظم الإدارة والرقابة المعروفة في قانون الشركات و تفعيلها، فحوكمة الشركات تحت الشركات على تحسين هياكل الإدارة دون أن تقترح نموذج امثل يحتذى به، هذه المرونة تدل على عدم وجود نموذج واحد لحوكمة الشركات¹³،

على كل فان حوكمة الشركات نظام متميز من حيث كونه نظام رقابي بالدرجة الأولى، يساهم في تحسين إدارة الشركة و القضاء على الفساد وسوء استغلال السلطة من

طرف الهيئة المشرفة على الإدارة في الشركات و يساعد في تخفيض مخاطر التدهور المالي في الشركة، يحرص على حماية حقوق الشركاء، وله دور كبير في جذب الاستثمارات لما له من آليات تعيد وتعزز الثقة في الشركات وفي سوق الأوراق المالية من خلال الالتزام بالإفصاح الأمين.

ثانيا: الاهتمامات التشريعية بحوكمة الشركات

لقد استحوذت حوكمة الشركات على مجال كبير من اهتمام الباحثين والمفكرين في القانون أو الاقتصاد، إلا أن التدخل التشريعي لاحتوائها وتنظيمها كان متفاوت من حيث زمن التشريع والتطبيق، لان القوة المنشئة لقواعد الحوكمة، كانت متفاوتة من حيث ضغوطها على حسب درجة الانهيارات المالية التي حدثت والآثار السيئة التي نجمت عنها، وأهمية الاقتصاد الذي تعرض لتلك الأزمات على المستوى العالمي .

ففي بريطانيا والوم أ اتسمت القواعد المنظمة لحوكمة الشركات بطابعها الإلزامي، بينما في فرنسا والاتحاد الأوروبي فكانت في شكل توصيات في المملكة المتحدة، على اثر الانهيارات المالية التي تعرضت لها اكبر الشركات مثل شركة BCCI، وشركة Maxwell واهتزاز الثقة بلندن كمرکز استثماري، شكلت لجنة كادبري سنة 1991 لمراجعة وبحث أسباب ما حصل من اجل تعزيز الثقة في سوق لندن للأوراق المالية¹⁴، هذه اللجنة أعدت تقريرها وسمي بتقرير كادبري لسنة 1992 وعنون ب¹⁵ The financial aspects of corporate governance اتسم هذا التقرير بطابع تشريعي فكان بذلك أول محاولة وضعت الأبعاد الرئيسية للحوكمة، وفرضها نظاما قانوني ملزم مقترن بعقوبات للشركات المسجلة في سوق لندن للأوراق المالية التي أعرضت عن تطبيقه .

تضمن التقرير عددا من المبادئ الأساسية للحوكمة منها: مبدأ الإلتباع و التفسير، الذي تم تكريسه في جميع مدونات قواعد الحوكمة تقريبا حيث أضفى من خلال هذا المبدأ مرونة في الإلتزام بقواعد الحوكمة، تطوير الضمانات للمتعاملين في سوق الأوراق المالية، الحرص على وجود مجلس إدارة ومدير مستقل، تفعيل دور المساهمين في إدارة الشركة وقراراتها، تشكيل لجان دائمة للمراجعة والنظر في المكافآت المصروفة للمديرين¹⁶، وقد تم تطوير هذا التقرير من خلال أنظمة وتعليقات وتقارير لاحقة منها تقرير Greenbury، وتقرير Hampel، ثم جمعت المبادئ التي تضمنتها هذه التقارير في مجموعة واحدة أطلق عليها Combined code on corporate governance أو الكود الموحد في 1998، يتم تحديث هذه المجموعة باستمرار 17، حيث كان اخر تحديث لها سنة 2008 .

أما في الوم أ برزت بواذر حوكمة الشركات في سنوات السبعينات كرد فعل على الهوة المتزايدة التي تفصل المساهمين في الشركة عن إدارتها و ما نجم عن ذلك من إساءة استخدام سلطة الإدارة في الشركة لصالح القائمين عليها .

وقد ساعد على ظهور قواعد الحوكمة بصورة أكثر نضجا التطور الواضح لأسواق المال في و م ا ووجود هيئات رقابية فعالة تعمل على مراقبتها وتشرف على شفافية البيانات والمعلومات التي تصدرها الشركة المسجلة فيها، من أهمها مفوضية تنظيم التعامل بالأوراق المالية، حيث أصدرت اللجنة الوطنية الخاصة بالانحرافات في إعداد القوائم المالية التابعة للمفوضية عام 1987 تقريرا يتضمن إيضاحا لمفهوم حوكمة الشركات وتوصيات لتطبيق قواعدها إلا أن أهم قانون اهتم بحوكمة الشركات في الوم ا هو قانون Serbanis-Oxley Act الصادر في 30 جويلية 2002، الذي جاء كرد فعل تشريعي حازم حيال الغش والتلاعب في التقارير المالية للشركات بعد إفلاس كبريات الشركات الأمريكية enron - world com .

هذا إلى جانب القواعد الملزمة للعمل بنظام الحوكمة الصادرة من كل من بورصة نيويورك ولجنة ناسداك والبورصة الأمريكية، حيث ركزت هذه القواعد على إبراز دور أعضاء مجلس الإدارة المستقلين في الشركة وتحديد المكافآت الخاصة بالمديرين التنفيذيين وتعزيز عمل لجان التدقيق أما فرنسا فبدأت محاولات تنظيم حوكمة الشركات فيها من خلال تقرير 1 vienot الذي تضمن توصيات ركز على عمل مجلس الإدارة، وتم نشر هذا التقرير في جوان 1995، ثم تلاه تقرير 2 vienot في جويلية 1999 ثم تقرير Bouton في 2002 بعدها تم تجميع التوصيات والمبادئ الواردة في التقارير الثلاث ضمن مجموعة واحدة سنة 2003 من طرف فريق عمل AFEP-MEDEF¹⁸ وسميت بتوصيات AFEP-MEDEF وتم تحديث هذه المجموعة في جانفي 2007 و اكتوبر 2008 وذلك بشأن مكافآت المديرين الوكلاء الاجتماعيين في الشركات المسعرة، ثم كان تحديث افريل 2010 19 والذي ركز على تدعيم مشاركة المرأة في مجالس الإدارة و آخر تحديث كان جوان 2013 لتصدر بعد ذلك اللجنة العليا لحوكمة الشركات الدليل التطبيقي لهذه التوصيات الأخيرة في جانفي 2014 .

تجدد الإشارة إلى أن بعض المبادئ التي تضمنتها هذه المجموعة تم تكريسها ضمن قانون الشركات بصفة خاصة بعد الإصلاحات التي جاء بها القانون 15 ماي 2001 NRE 20، كما اهتمت عدة معاهد و هيئات في فرنسا بموضوع الحوكمة ونشرت تقاريرها 21، بهذا الشأن، منها (Institut Montaigne ، la chambre de

commerce et d'industrie de paris، association française de la (gestion ، institut française de la gestion

في حين أن اهتمام الاتحاد الأوروبي بتنظيم حوكمة الشركات برز منذ 2001 عندما طلبت اللجنة الأوروبية من فريق من الخبراء البحث في مسألة قانون الشركات و الحوكمة حيث خلص تقرير البحث هذا إلى انه من غير الملائم إعداد قانون أوروبي يأخذ بعين الاعتبار الاختلاف في التشريعات الداخلية لدول الاتحاد بخصوص قانون الشركات حيث تم اقتراح مخطط عمل مفصل، وتبنت اللجنة الأوروبية توصيتين في 2004 و 2005 واحدة حول دور القائمين بالإدارة المستقلين، والأخرى حول مكافآت القائمين بالإدارة في الشركات المسعرة .

كما صدرت التوجيهية الأوروبية 46/2006 في 4 جوان 2006 تتعلق بالمراقبة القانونية للحسابات دعمت هذه التوجيهية التزامات الشفافية في الشركات حيث فرضت على الشركات المسعرة، ان تنشر في تقريرها السنوي تصريح حول ممارسات الحوكمة الشركات تبرز فيه اختيارها أو رجوعها لقانون حوكمة أو توصيات حوكمة معينة و تصف كيفية امثالها لهذه القواعد وفي حال عدم تطبيق حكم معين في قانون الحوكمة الذي اتخذته مرجعا عليها شرح الأسباب - قاعدة الإلتباع والتفسير - ضف إلى ذلك التوجيهية الاوربية لسنة 2007 الداعمة لحقوق المساهمين أما في بلجيكا فبداية الاهتمام بموضوع حوكمة الشركات كانت منذ 1996 عندما نشرت فيدرالية المؤسسات ببلجيكا Fédération des Entreprises de Belgique توصيات من اجل عمل أحسن لمجلس إدارة شركة²²، ثم تلا ذلك نشر ثلاث مجموعات من التوصيات تتعلق بالحوكمة موجهة للشركات المسعرة سنة 1998 : توصيات فيدرالية المؤسسات في بلجيكا، توصيات سلطة السوق والبورصة في بروكسيل، توصيات اللجنة البنكية والمالية .

هذه المجموعات الثلاث خصصت أساسا لتنظيم وعمل مجلس الإدارة، اللجان الداخلية والمعلومات المنشورة من الشركات المسعرة في 2004 أنشأت لجنة حوكمة الشركات ببلجيكا بمبادرة من الهيئات التي أصدرت مجموعات التوصيات الثلاث بهدف إعداد قانون واحد لحوكمة الشركات بدلا من الثلاث مجموعات بالنسبة لكل شركة مسعرة بالبورصة يتماشى مع الممارسات الدولية وتوصيات وتوجيهات الاتحاد الأوروبي في 9 ديسمبر 2004 أول صيغة للمدونة البلجيكية لحوكمة الشركات ترى النور قائمة على 9 مبادئ²³، يتمحور أغلبها حول مجلس الإدارة .

وقد واصلت اللجنة عملها لإعادة النظر في مدونة الحوكمة لسنة 2004 لتحسينها وتحديثها حتى يمكن أن تكون هذه الأخيرة مفيدة للغاية وفعالة لتشجيع استخدام أفضل الممارسات في مجال حوكمة الشركات بالنسبة للشركات المسعرة في بلجيكا وقد أخذت اللجنة بعين الاعتبار في مراجعتها لهذه المدونة مبادرات اللجنة الأوروبية للحوكمة والتوصيات الدولية للحوكمة وكل عملها بصدور الصيغة الثانية للمدونة البلجيكية لحوكمة الشركات في 12 مارس 2009، والتي جاءت مؤكدة على عدد كبير من التوصيات الواردة في الصيغة الأولى للمدونة حيث تضمنت 9 مبادئ أيضا، ومركزة على الجوانب المتعلقة بتشكيل وعمل مجلس الإدارة، وفي إطار السعي نحو تعزيز حوكمة الشركات صدر القانون 6 افريل 2010 الذي فرض على الشركات إن تدرج في إعلاناتها أو تصريحها للحوكمة تشكيل ونمط عمل أجهزة إدارتها²⁴.

أما في الجزائر فبدأ الاهتمام بالحوكمة سنة 2007 اثر انعقاد ملتقى دولي حول « الحكم الراشد للمؤسسات » والذي تبلورت خلاله فكرة إعداد ميثاق جزائري للحكم الراشد للمؤسسة وشكل فريق عمل لتجسيد هذه المبادرة تحت إشراف وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية، وكللت جهوده بصدور «ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر» سنة 2009 تضمن هذا الميثاق جزأين وملاحق .

يوضح الجزء الأول الدوافع التي أدت إلى أن يصبح الحكم الراشد للمؤسسة ضروري في الجزائر كما يربط الصلة مع إشكاليات المؤسسة الجزائرية لاسيما المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الخاصة في حين تطرق الجزء الثاني إلى المقاييس الأساسية التي يبنى عليها الحكم الراشد للمؤسسة، فمن جهة يعرض العلاقات بين الهيئات التنظيمية للمؤسسة (الجمعية العامة، مجلس الإدارة، المديرية التنفيذية) ومن جهة أخرى علاقات المؤسسة مع الأطراف الشريكة الأخرى كالبنوك وختم الميثاق بملاحق²⁵، إلا إن هذا الميثاق لا يعدو عن كونه مجرد دليل للممارسات تفضيلية في مجال الحوكمة .

الخاتمة

من خلال ما سبق يمكن القول أن حوكمة الشركات ليست بنظام جديد لإدارة ورقابة الشركات المسعرة مغاير لما تضمنته النصوص القانونية المنظمة للشركات التجارية، بل هي ممارسات رشيدة من اجل أن تتم إدارة ورقابة الشركات بشكل أفضل، تقوم على أحكام قانون الشركات تهدف إلى تحسين أداء الشركات وتعزيز قدرتها على انجاز المشاريع الكبرى وجذب المستثمرين و حماية مصالح الشركة ومصالح كل الأطراف المرتبطة بها، بتحقيق مستوى عالي من الشفافية و الإفصاح لتعزيز الثقة في الشركة من خلال إجراء

النشر الضروري والكافي لحوكمة الشركات في وثيقتين منفصلتين : - ميثاق حوكمة الشركات على الموقع الالكتروني للشركة - تصريح حوكمة الشركات وذلك بقسم خاص في التقرير السنوي .

فإذا كان تطبيق مبادئ حوكمة الشركات ساعد على الخروج من الأزمات المالية التي حدثت بأكبر الشركات العالمية وساهمت في جذب الاستثمار الوطني و الأجنبي نظرا للضمانات التي توفرها، فلما لا نستفيد من هذه الممارسات الرشيدة التي تتماشى مع ما تتضمنه القوانين، ونقضي على أشكال الفساد التي تنخر الشركات الجزائرية بالتكريس التشريعي لمبادئ حوكمة الشركات بدلا من ميثاق الحكم الراشد للمؤسسة في الجزائر الذي لا يعدو عن كونه مجرد دليل .

الهوامش :

1. وتعد شركة انرون 2001 و ماكسوال كأبرز مثال
2. صالح بن إبراهيم الشعلان : مدى إمكانية تطبيق الحوكمة في الشركات المدرجة في سوق الأسهم السعودي، ماجستير إدارة أعمال، جامعة الملك سعود، 2008، ص 33 (منشورة على الانترنت)
3. Philippe Bissara ; Régis Foy ; Amicie de Vauplane : Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées ; éditions Joly ; 2007 ; p4
4. Laurent Muller : la protection des investisseurs et la gouvernance d'Entreprise de dans le cadre du droit Européen et du droit International ; document du travail N76 ; Université du littoral côte d'opale ; laboratoire redéploiement industriel et innovation ; 2004
5. حيث استعمل كمترادف له مصطلح - حكم الشركات -، حكمانية الشركات، التحكم المؤسسي، حاكمية الشركات، الحكامة
6. كلجنة التدقيق - لجنة الانتقاء - لجنة المكافآت ...
7. محمود عبابنة : مدى كفاية نصوص قانون الشركات الأردني لسنة 1997 وتعديلاته في تحقيق حوكمة الشركات المساهمة العامة في الأردن على ضوء مبادئ الحوكمة الدولية، مقال، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 39، عدد 1، سنة 2012، ص 321. متاح على الانترنت 1
8. مار حبيب جهول آل علي خان : النظام القانوني لحوكمة الشركات، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص 23 .
9. le code Belge de gouvernance d'entreprise 2009,p7
10. Philippe Boikete : Etat de la question ; corporate governance : la loi protège plus que ne contrarie ; institut Emile Vandervelde ; novembre ; 2008 ; p 1 . document sur internet
11. عمار حبيب جهول آل علي خان : مرجع سابق، ص 26
12. المرجع السابق، ص 27 .
13. Yves de Cordt ; Gaëtane Schaeken Willemaers : la transparence en droit des sociétés et en droit financier ; édition larcier ; 2008 ; p164
14. المرجع السابق، ص 55 .
15. Matthieu Vincent: Origines et principes du gouvernement d'entreprise ; journal des sociétés ; N 63 ; mars 2009 ; p 15 .
16. عمار حبيب جهول آل علي خان : مرجع سابق، ص 39 .
17. Matthieu Vincent (...): op- cit ; p I7 .

18. AFEP : association française des entreprises privées – MEDEF : mouvement des entreprises en France
 19. code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ;révisé en avril 2010 , AFEP- MEDEF ;p3
 20. Matthieu Vincent (...) : op- cit ; p 1920-
 21. Phlippe Bissara ;Régis Foy ;Amicie de Vauplane : op-cit ;p 1
 22. Koen Geens et Kristof Macours (.et autres):Le droit des affaires en évolution ;bruylant et kluwer édition ;2010 ;p185 .
 23. Ibid ;p 186.
 24. Ibid ;p187188-
- 25.25 - على عبد الصمد عمر :« اطار حوكمة المؤسسات في الجزائر - دراسة مقارنة مع مصر -» مقال، مجلة الباحث، عدد 12، سنة 2013، ص 41

ضمان حقوق الضحايا والشهود

أمام المحكمة الجنائية الدولية: نحو عدالة تصحيحية

أ. ولد يوسف مولود

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

مقدمة:

تحققت رغبة المجتمع الدولي في إنشاء هيئة قضائية جنائية دولية دائمة⁽¹⁾ تطبق القواعد القانونية الدولية الخاصة بالجرائم الدولية وتضعها موضع التنفيذ، من خلال إيقاع الجزاء على كل من ينتهك القواعد التي تحظر ارتكاب الجرائم الدولية⁽²⁾، متجاوزا بذلك جوانب القصور والنقائص التي اعترت المحاكم العسكرية الدولية⁽³⁾ والمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة⁽⁴⁾.

ومن المؤكد أن التهديد الذي تحمله الجرائم الدولية ينصرف إلى البشرية جمعاء، فلا شك أيضا أن هناك تفاوتات كبيرا بين مختلف الفئات من حيث الأضرار التي تلحقها بهم الجرائم الدولية، ونستطيع الجزم أن الفئة الأكثر تضررا من وقوع وارتكاب الجرائم الدولية هي فئة الضحايا، وتبعاً لذلك كان من المنطقي أن لا تقتصر العدالة الجنائية الدولية على حق المجتمع الدولي في محاكمة المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية وضمان حقهم في محاكمة عادلة دون أن تحاطب هذه العدالة فئة ضحايا الجرائم الدولية⁽⁵⁾، ذلك أن حقوق ضحايا الجرائم الدولية ترتبط أشد الارتباط بمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية خاصة بعد إقرار العديد من الاتفاقيات الدولية لمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية عن ارتكاب الجرائم الدولية⁽⁶⁾، وعليه في ما تتمثل الضمانات التي كرسها نظام روما الأساسي للضحايا والشهود؟

إن الاهتمام بالضحايا يرجع إلى المؤتمر الدبلوماسي لحماية ضحايا الحرب بجنيف عام 1949 حيث عقد المؤتمر الدبلوماسي خلال الفترة من 21 أبريل إلى 12 أوت 1949، وحضرته وفود من 63 دولة من بينها 13 دولة، أرسلت ضمن وفودها ممثلين عن الجمعيات الوطنية وكان لهم دور هام في إقرار اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949⁽⁷⁾.

ولابد من معاملة الضحايا برأفة واحترام لكرامتهم، ويحق لهم الوصول إلى آليات العدالة والحصول على الإنصاف الفوري وفقا لما تنص عليه التشريعات الوطنية فيما يتعلق بالضرر الذي أصابهم⁽⁸⁾، انطلاقا من هذا المبدأ، كرس نظام روما الأساسي جملة من الإجراءات والتدابير لضمان حقوق المتهمين وعدالة ونزاهة المحاكمات، وأن مصالح العدالة ومصالح الضحايا متكاملة، والمهم هو السعي لإجراء تحقيقات فعالة في الجرائم وإقامة العدل، بحيث تشير ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إلى أن ضمان العدالة للضحايا يكمن في صلب النظام الأساسي، حيث يركز على حقيقة أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا خلال القرن الحادي ضحايا الفظائع لا يمكن تصورها، قد هزت ضمير الإنسانية بقوة.⁽⁹⁾

إن تحقيق العدالة لا يتوقف عند إدانة المتهم وتوفير مختلف الضمانات⁽¹⁰⁾، بل يجب العناية بالضحايا⁽¹¹⁾، الأشخاص الذين انتهكت حقوقهم، فعلى خلاف المحاكم الجنائية السابقة، كمحكمة نورمبرغ وطوكيو⁽¹²⁾، والمحكمة الخاصة بيوغسلافيا سابقا والمحكمة الخاصة برواندا⁽¹³⁾، والمحكمة الخاصة بالسيراليون⁽¹⁴⁾، حاول نظام روما الأساسي إجراء نوع من الموازنة⁽¹⁵⁾ بين حقوق جميع الأطراف الذين لهم صلة بالإجراءات القضائية التي تبأشر أمام المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁶⁾، وتعد فئة الضحايا والشهود⁽¹⁷⁾ من الأطراف الأساسية التي روعيت حقوقها والمتمثلة في حق الحماية وحق المشاركة وحق التمثيل وحق التعويض.

أولا/ حق الضحايا والشهود في الحماية:

تتمثل حماية الضحايا والشهود في اتخاذ مجموعة من التدابير من طرف أجهزة المحكمة، يكون الغرض منها تفادي تعرضهم لأي ضرر قد يهدد حياتهم أو سلامتهم الجسدية، أو النفسية أو قد يضر بمصالحهم أو مساعدتهم على تجاوز آثار الجرائم التي وقعوا ضحية لها، وقد أسندت هذه المهمة إلى وحدة المجني عليه والشهود التابعة لقلم المحكمة⁽¹⁸⁾

كما أن جميع أجهزة المحكمة تشترك للعمل على توفير الحماية للضحايا بالتنسيق مع وحدة المجني عليهم والشهود، وذلك وفقا للنظام الأساسي والقواعد الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية، وبالتشاور- عند الاقتضاء- مع دائرة المحكمة والمدعي العام والدفاع⁽¹⁹⁾. ويجوز لدائرة المحكمة، بناء على طلب من المدعي العام أو الدفاع أو أحد الشهود أو الضحية أو ممثله القانوني إن وجد، أو من تلقاء نفسه، وبعد التشاور مع وحدة الضحايا والشهود حسب الاقتضاء، أن تأمر باتخاذ تدابير لحماية الضحية⁽²⁰⁾ أو الشاهد أو أي شخص آخر معرض للخطر نتيجة شهادة أدلى بها شاهد عملا بالفقرتين 1 و2

من المادة 68، وتسعى الدائرة، كلما كان ذلك ممكنا إلى الحصول على موافقة الشخص المطلوب اتخاذ تدابير الحماية من أجله قبل إصدار أمر باتخاذ هذه التدابير⁽²¹⁾.

وخلال إدلاء الضحية أو الشاهد بشهادته يمكن لدائرة المحكمة أن تعقد جلسة سرية⁽²¹⁾ أو مع طرف واحد إذا اقتضى الأمر لكي تأمر بالسماح بحضور محام أو ممثل قانوني أو طبيب نفساني أو أحد أفراد الأسرة وعليها أيضا التحكم في طريقة استجواب الشاهد أو الضحية لتجنب أي مضايقة أو تخويف مع إيلاء اهتمام خاص للاعتداءات على ضحايا جرائم العنف الجنسي⁽²²⁾.

ثانيا/ حق الضحايا والشهود في المشاركة في الإجراءات:

من الحقوق الأساسية التي منحت للضحايا وفقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حق المشاركة في الإجراءات القضائية التي تباشر أمامها⁽²³⁾، نظرا لكونه حق معترف به في الكثير من الدول⁽²⁴⁾، والهدف من المشاركة هو تمكين الضحايا من تقديم وجهات نظرهم حول الوقائع وتقديم الطلبات المرتبطة بالقضية⁽²⁵⁾، فالمصلحة الشخصية للضحية هي التي تسمح بوجود علاقة بين قضية معينة وحق الضحية في المشاركة في الإجراءات⁽²⁶⁾.

وذلك أمام أجهزة المحكمة، كل حسب اختصاصاته، سواء تمت المشاركة بصفة شاهد⁽²⁷⁾ أو ضحية⁽²⁸⁾، وتمتد مشاركة الضحية في الإجراءات طيلة مراحل الدعوى، ابتداء من إمكانية تقديم المعلومات للمدعي العام لفتح تحقيق⁽²⁹⁾ إلى غاية الاستئناف في الأوامر التي تصدر عن دوائر المحكمة المختصة⁽³⁰⁾، مما يجعل مشاركة الضحايا فعالة وتساهم في اظهار الحقيقة دون التأثير في إنصاف و نزاهة الإجراءات⁽³¹⁾.

كما أن مشاركة الضحايا في الإجراءات لا يتعارض مع الحقوق المعترف بها للمتهم والمحددة في المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽³²⁾.

أما بالنسبة لمشاركة الشهود في الإجراءات فتشمل كل شخص يتم تكليفه بالحضور أمام القضاء، أو سلطة التحقيق لكي يدي بها لديه من معلومات في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية⁽³³⁾، وينقسم الشهود إلى شهود الإثبات وشهود النفي، حيث يتم استجوابهم من طرف قضاة المحكمة ومن طرف المدعي العام بالإضافة إلى المتهم، وقبل الإدلاء بالشهادة يتعهد كل شاهد، بالتزام الصدق في تقديم الأدلة إلى المحكمة، وتكون بصفة شخصية، ويجوز للمحكمة أيضا أن تسمح بالإدلاء بإفادة شفوية أو مسجلة من الشاهد بواسطة تكنولوجيا العرض المرئي أو السمعي، فضلا عن تقديم المستندات أو المحاضر المكتوبة، بشرط ألا تمس هذه التدابير حقوق المتهم أو تتعارض معها⁽³⁴⁾،

ويكون الإدلاء بشهادة الزور بعد التعهد بالترام الصدق، من الأفعال الجرمة المخلة بإقامة العدل، التي تعاقب عليها المحكمة بموجب المادة 70 من نظام روما الأساسي.

ثالثا/ حق الضحايا في التمثيل القانوني:

إن ممارسة الضحايا لحقوقهم في إطار أية دعوى قضائية، حتى على المستوى الوطني يحتاج إلى الإلمام بالحد الأدنى من المفاهيم القانونية، وهو أمر لا يتوفر غالبا لدى الضحايا ونظرا لكثرة تعقيد الإجراءات القضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، والتي تحتاج إلى كفاءة عالية في مجال المحاكمات الجنائية الدولية، هذه الأمور تجعل من الضروري تمتع الضحايا بحق التمثيل بواسطة خبراء قانونيين للدفاع عن مصالحهم طوال سير إجراءات المحاكمة.⁽³⁵⁾ وحرصا على حق الضحايا في التمثيل القانوني وضمان المساهمة الفعالة له في سير إجراءات المحاكمة العادلة أمام المحكمة⁽³⁶⁾.

وإن كانت هذه الآلية الإجرائية لم تأتي على سبيل الإلزام فالمجني عليه له الخيار في ذلك، ويشكل هذا الحق أهم تحدي للمحكمة في ضوء النظام الإجرائي المتبع⁽³⁷⁾، وقد أكدت في إحدى قراراتها على ما يوفره التمثيل القانوني من تحقيق الفعالية لإجراءاتها⁽³⁸⁾.

وإعتمد في إطار المحكمة الجنائية الدولية نظام فريد من شأنه تدعيم عملية التمثيل القانوني للضحايا من خلال إنشاء مكتب عمومي لمحامي المجني عليهم من طرف مسجل المحكمة⁽³⁹⁾، يشرف على تقديم المساعدة والدعم الضرورين لمثلي المجني عليهم القانونيين ومنها البحوث والمشورة القانونية، كذلك المثل أمام دائرة من الدوائر في إطار قضايا معينة ويكون المكتب تابع من الناحية الإدارية فقط لمسجل المحكمة ويعمل بصفة مستقلة تماما، أما بالنسبة للمحامين ومساعدتهم الذي يشكلون المكتب، فيجب أن تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة ويتمتعون باستقلال تام في أداء وظائفهم⁽⁴⁰⁾.

رابعا/ جبر الأضرار للمجني عليهم:

إن توفير الوسائل القانونية لنيل الحقوق ووسائل الجبر عن الأضرار التي لحقت بضحايا الجرائم الدولية يعتبر من أساسيات العدالة التصحيحية⁽⁴¹⁾، فلم يسبق لأية وثيقة دولية أن تطرقت لعملية جبر أضرار المجني عليهم بنفس الضمانات والإجراءات المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽⁴²⁾، ولا يمكن تحقيق الهدف الرئيسي من الإعراف بالحقوق السابقة وهو تمكين الضحايا من الحصول على أكبر قدر من الإنصاف دون جبر الأضرار⁽⁴³⁾، ويستفيد الضحايا من هذا الحق طبقا لنظام روما الأساسي بعد إدانة المتهم⁽⁴⁴⁾، إذ يجوز للمحكمة إلى جانب توقيعها عقوبة سالبة للحرية وفرضها غرامات مالية على الشخص المدان أن تصدر أوامر مباشرة ضد نفس

الشخص تحدد فيه أشكالاً ملائمة من أشكال جبر أضرار المجني عليهم أو فيما يخصهم بما في ذلك رد الحقوق والتعويض، ورد الاعتبار⁽⁴⁵⁾.

1- رد الحقوق:

يقصد برد الحقوق أن يعيد المجرم أو الشخص المدان إلى الضحية الحقوق التي انتهكها الفعل الإجرامي، وينصب رد الحق على الممتلكات أو الأموال التي تم الاستيلاء عليها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، نتيجة السلوك الإجرامي الذي يحاكم عليه الشخص، أما إذا اقتصر السلوك الإجرامي على ارتكاب أفعال تحدث أضراراً مادية ونفسية بالضحية كأفعال القتل والتعذيب وغيرها، فإن المطالبة برد الحقوق يصبح بمثابة إجراء غير مناسب مقارنة بالتعويض ورد الاعتبار⁽⁴⁶⁾.

2- التعويض:

يقصد به دفع مبلغ مالي للضحية عن الإصابات الجسدية أو النفسية أو غيرها من الأضرار المتكبدة جراء الجريمة المرتكبة، ويمثل التعويض حقا أساسيا ينبغي أن يعترف به للضحايا في إطار عملية جبر الأضرار⁽⁴⁷⁾، حيث يوفر لهم المزيد من الثقة في نظام العدالة لما يمثله من اعتراف بالأذى الذي يجل بهم نتيجة الفعل الإجرامي⁽⁴⁸⁾، وتقدر المحكمة نطاق الضرر⁽⁴⁹⁾ ومقداره أو الخسارة أو الأذى بناء على طلب المتضررين أو بمبادرة منها⁽⁵⁰⁾، وتصدر على ضوء ذلك أوامر بدفع التعويضات المناسبة التي يمكن أن تشمل التعويض النقدي⁽⁵¹⁾.

3- رد الاعتبار:

يقصد برد الاعتبار مساعدة الضحايا على الاستمرار في العيش في ظروف عادية قدر المستطاع، عن طريق توفير جملة من الخدمات والمساعدات في مختلف مجالات الحياة وقد اعترف بهذا الحق للضحايا باعتباره أحد أشكال جبر الضرر⁽⁵²⁾. وبالنظر إلى طبيعة المساعدات التي تحصل عليها الضحايا في إطار عملية رد الاعتبار، فإنه يصعب من الناحية العملية على الأقل أن يحكم بها كجزء من العقوبة على الشخص المدان، بحيث يضاف إلى العقوبة السالبة للحرية وأوامر المصادرة والتغريم ودفع المستحقات، الحكم عليه بتقديم خدمات طيبة أو نفسية أو اجتماعية، وقد روعي هذا الجانب من طرف واضعي اتفاقية روما في الفقرة الثانية من المادة 75، إذ نصت فيما يتعلق بتنفيذ جميع أوامر جبر الضرر على إمكانية التنفيذ حيثما كان مناسباً، عن طريق الصندوق الإستئماني⁽⁵³⁾.

ويحتاج تنفيذ أوامر المحكمة الخاصة برد الاعتبار للضحايا إلى الاستعانة بموظفين

وخبراء على كفاءة عالية من الخبرة في مجالات تخصصاتهم، سواء كانوا معتمدين من قبل المحكمة مباشرة كالأخصائيين النفسانيين والاجتماعيين، أو عن طريق الاستعانة بمنظمات تقدم خدمات لفائدة الضحايا(54).

خاتمة:

إن مقتضيات العدالة والإنصاف لضحايا الجرائم الدولية لا تقف عند حدّ إدانة المتهم وتوقيع عقوبات سالبة للحرية، بل تتعداها إلى تعويض هؤلاء الضحايا عن الأضرار التي لحقت بهم جراء الجرائم المرتكبة، فالمسؤولية الجنائية الفردية قد تتخذ إما صورة عقوبات سالبة للحرية أو عقوبات مالية كالغرامات ومصادرة الممتلكات وجبر الأضرار، أو كلاهما معا، ويمثل النوع الثاني من العقوبات الجانب الإصلاحي أو التعويضي بالنظر إلى كونه يتعلق أكثر بحقوق الضحايا والشهود وليس بحق المجتمع الدولي في المحاكمة والعقاب .

إن حرص المجتمع الدولي الشديد على عدم إفلات مرتكبي الجرائم الدولية من العقاب يساهم بطريقة مباشرة في استيفاء ضحايا هذه الجرائم الدولية لحقوقهم، حيث عرف المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية تطورا كبيرا في إطار المحكمة الجنائية الدولية.

لكن المحكمة الجنائية الدولية كهيئة قضائية دولية تجد صعوبة في إصدار أحكام قضائية منصفة للضحايا والشهود، بالإضافة إلى محدودية موارد المحكمة، يجعلها غير قادرة على تعويض جميع الضحايا المتضررين من الجرائم الدولية⁽⁵⁵⁾

قائمة الهوامش والمراجع:

1. - Gilles Cottureau, « Statut en vigueur, la Cour pénale internationale s'installe », in: Annuaire français de droit international , volume 48, 2002, p. 130.
2. «La cour pénale internationale est une innovation hardie...La création de la cour pénale internationale correspond au mouvement contemporain en faveur d'une juridiction criminelle interétatique, mouvement qui...est destiné à l'évolution subie par le droit dans tous les groupements humaines.... La cour pénale internationale est la réalisation de l'idéal d'une juridiction pénale internationale permanente, ouvrant des voies nouvelles au droit pénal international. », Voir: Luigi Condorelli, « La Cour Pénale Internationale : Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », Revue Générale de Droit International Public, Tome 103, N°1,1999, p.7.

3. أنشأت المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ بموجب اتفاق لندن في 8 أوت 1945، وأنشأت المحكمة العسكرية الدولية لطوكيو بموجب الإعلان الصادر عن القائد العام لقوات الحلفاء في اليابان «مارك آرثر» في 26 أبريل 1946، انظر: عبد الله سليمان سليمان، «الأزمة الراهنة للعدالة الدولية الجنائية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 23، العدد 01، ديوان المطبوعات الجامعية، مارس 1986، ص 67.

إن محكمتي نورمرغ وطوكيو المشكلتان من أعضاء ممثلين لدول الحلفاء طبقت قوانين وإجراءات وضعتها هذه الدول المنتصرة، ومن ثم فإنها محاكمات تسوية حسابات أكثر منها محاكمات عادلة، انظر:

Robert Badinter, « De Nuremberg à La Haye », Revue internationale de droit pénal, Vol. 75, 20043/, p. 702, in: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-20043--page-699.htm>

Voir aussi: Stéphanie Tacheau, « Quelles victimes pour quels auteurs? », in: Les Juridictions pénales internationales, sous la direction de Yves – Pierre LE ROUX, Colloque du 19 novembre 1999, Ecole Nationale de la Magistrature, pp.108109-.

4. أنشأت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا سابقا، بموجب قرار مجلس الأمن رقم 827 المؤرخ في 25 ماي 1993، و المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا بموجب قرار مجلس الأمن رقم 955 المؤرخ في 8 نوفمبر 1994.
- Selon Lison Néel, « Cette justice ad hoc ressemble à un geste symbolique afin de satisfaire les intérêts politiques des États ne voulant pas assumer leur rôle de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire. », voir

Lison Néel :« Échecs et compromis de la justice pénale internationale»,in: Études Internationales, vol. 29, n° 1, 1998, p.105.

5. « Il faudra attendre la création de la CPI et des juridictions pénales « internationalisées», plus particulièrement des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) et du Tribunal spécial pour le Liban (TSL), pour voir les victimes acquérir le statut de sujet du droit international pénal », Voir: Edith-Farah Ellassal, « Le regime de reparation de la Cour penale internationale: Analyse du mecanisme en faveur des victimes», Revue québécoise de droit international, Voulume 24, Issue1, 2011, p.264.

6. بن خديم نبيل، استيفاء حقوق الضحايا في القانون الدولي الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012، ص 4.

7. للتفصيل أكثر راجع: محمد حمد العسيلي، ”دور الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والصليب الأحمر في تطوير ونشر القانون الدولي الإنساني“، دراسات قانونية، العدد الأول، جانفي 2008، ص ص 92-93.

- ورد تعريف الضحية في المادتين الأولى والثانية من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 34/40 المتضمن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة المؤرخ في 29 نوفمبر 1985، حيث جاء في المادة الأولى منه أنه يقصد بمصطلح الضحايا: ”الأشخاص الذين أصيبوا بضرر، فرديا أو جماعيا، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة”.

- كما ورد في المادة الثانية أنه: « يمكن اعتبار شخص ما ضحية بمقتضى هذا الإعلان، بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد عرف أو قبض عليه أو قوضي أو أدين، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية بينه وبين الضحية ويشمل مصطلح الضحية أيضا حسب الاقتضاء، العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء »

- ويتضح من هاتين المادتين أنهما وضعتا معايير عامة في تحديد تعريف الضحية، تسمح بإدراج أكبر عدد ممكن من الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف الضحية، ويركز التعريف بشكل أساسي على طبيعة الأضرار التي تصيب الضحايا، وقد تضمن

في هذا الشأن أنواعا كثيرة من الأضرار التي يعاني منها الشخص نتيجة السلوك الإجرامي، ما بين إصابات جسدية، نفسية، ومادية، وهو ما من شأنه أن يرفع من نسبة الضحايا كلما تحقق ضرر من الأضرار المشار إليها في التعريف، ويشترط فقط أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الضرر الحاصل والجريمة المرتكبة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الأفعال المشككة للجريمة الدولية تمثل سلوكا إيجابيا أو سلوكا سلبيا، راجع: بن خديم نبيل، المرجع السابق، ص 61 .

8. المبدأ الرابع من إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 34، المؤرخ في 29 نوفمبر 1985 / 40 .

9. خوجة عبد الرزاق، ضمانات المحاكمة العادلة أمام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص: القانون الدولي الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013، ص 168 .

10. انظر: المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

11. يشمل لفظ الضحايا صنفين من الأشخاص:

الأشخاص الطبيعيين المتضررين بفعل ارتكاب أي جريمة تدخل في نطاق اختصاص المحكمة.

- المنظمات والمؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر في أي من ممتلكاتها المكرسة للدين أو التعليم أو الفن أو العلم أو الأغراض الخيرية، والمعالم الأثرية والمستشفيات وغيرها من الأماكن والأشياء المخصصة لأغراض إنسانية، انظر: نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، الجزء الثاني، دار هومة، 2008، ص 69، وراجع أيضا:

-Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, Réparer l'irréparable, les réparations aux victimes devant la cour pénale internationale, Presses Universitaires de France, Paris, 2009, pp. 2324-.

12. 12 - «Lors des procès de Nuremberg et de Tokyo qui se sont tenus de 1945 à 1948, le rôle des victimes était limité à celui de témoins. La notion de victime était alors totalement absente des statuts de ces tribunaux militaires internationaux chargés de juger les grands criminels de guerre européens et japonais de la Seconde Guerre mondiale . À l'instar des systèmes nationaux de tradition accusatoire, le rôle des victimes de la Shoah se limitait à apporter des éléments de preuve à titre de témoin », Voir: Edith-Farah Ellassal, op.cit., p.263.

13. إن الضحايا أمام المحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغسلافيا سابقا ورواندا يستعملون كأدلة إثبات من طرف المدعي العام، فلا يمكن للضحية أن تتأسس كطرف مدني وتوكيل محامي للدفاع عن حقوقها، ولا يمكن لها المشاركة في الإجراءات والمطالبة بالتعويضات، انظر:

- Stéphanie Maupas, Juges, Bourreaux, Victimes, Voyage dans les prétoires de la justice internationale, Editions Autrement, Paris, 2008, pp. 2021-

- وراجع أيضا: لوك والين، « ضحايا وشهود الجرائم الدولية : من حق الحماية إلى حق التعبير » المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002 ، ص ص 57-58.

14. «Le statut de la toute première instance « internationalisée », le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) créé le 16 janvier 2002 suite à l'accord intervenu entre le Conseil de sécurité et le gouvernement sierra léonais, précise que les dispositions réglementaires du TPIR s'appliquent mutatis mutandis à la conduite de ses procédures. Ainsi, à l'instar des instances ad hoc , le régime du TSSL n'offre aucune forme de participation active aux victimes», Voir: Edith-Farah Elassal, op.cit., p.265.

15. 15- Il s'agit de « parvenir à un équilibre entre les droits des victimes et les droits de la personne accusée ». Voir, Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Affaire n° ICC-0209/01-05/, Decision on Applications a/001106/ to a/001306/, a/001506/ and a/044309/ to a/045009/ for Participation in the Proceedings at the Pre-Trial Stage of the Case, 10 décembre 2009, par. 6.

16. - أنظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 32.

17. أنظر: المادة (43 فقرة 6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

18. أنظر: المادة 68 فقرة 1 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

- نبيل صقر، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص ص 145-146.

19. القاعدة 17 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

20. « Il est probable que ne seront autorisées à participer sous couvert d'anonymat que quelques victimes, voire aucune. En outre, la Chambre tiendra compte de l'anonymat d'une victime lorsqu'elle déterminera l'étendue de sa participation, protégeant ainsi l'équité de la procédure. Si la victime reste anonyme, cette participation sera sans doute très limitée, s'agissant des questions qui permettent de se prononcer sur les charges. Dans ce contexte, la possibilité pour des victimes de participer à la procédure sous

couvert d'anonymat dans des circonstances exceptionnelles ne constitue pas une question susceptible d'affecter de manière appréciable le déroulement équitable ou rapide de la procédure ou l'issue du procès. Il n'ya donc pas lieu de croire que cette question fera sensiblement progresser la procédure. La Chambre rejette donc la demande d'autorisation d'interjeter appel concernant cette question ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Affaire n° ICC-0106/01-04/, Décision relative aux requêtes, introduites par la Défense et l'Accusation, aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la « Decision on Victims' Participation » Rendue le 18 janvier 2008, 26 février 2008, par. 11, et question E. de la requête « Les victimes qui participent à la procédure peuvent-elles demeurer anonymes ? », pars. 33 à 38.

21. أنظر : القاعدة (87 فقرة 1) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.
 22. إن اللجوء إلى السرية في الإجراءات يعدّ من الأمور التي أكدّ عليها نظام روما الأساسي، وكذلك أنظمة المحاكم الجنائية الدولية الأخرى، والسرية التي نحن بصدها تتمثل في السرية الكلية، والتي تعني إقصاء العامة والصحافة عن حضور المرافعات، راجع: محمد رشيد الجاف، الإطار القانوني لمشاركة المجني عليهم في الإجراءات الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 142-143.
 - استثناء من مبدأ علنية الجلسات المنصوص عليه في المادة 67 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لدوائر المحكمة أن تقوم، حماية للمجني عليهم والشهود أو المتهم بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية أو بالسماح بتقديم الأدلة بوسائل الكترونية أو بوسائل خاصة أخرى، وتنفيذ هذه التدابير بشكل خاص في حالة ضحية العنف الجنسي أو الطفل الذي يكون مجني عليه أو شاهداً، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، مع مراعاة كافة الظروف ولا سيما آراء المجني عليه أو الشاهد، انظر: محمود شريف بسيوني، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2005، ص 173.

23. أنظر : القاعدة 88 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.
 - وأثيرت هذه النقطة من قبل المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا في قضية "ناديش"، حيث قبلت ثلاثة شهادات بناء على طلب المدعي العام مع إخفاء هوية الشاهد بناء على وجود اعتبارات خاصة، انظر: نصر الدين بوساحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 37.

24. لقد نصت لائحتي المحكمتين العسكريتين الدوليتين لنورمبرغ وطوكيو على إمكانية اشتراك ضحايا الجرائم الدولية التي وقعت في الحرب العالمية الثانية بصفة شهود فقط، كما هو متبع في نظام القانون العام، ففي ظل هذا النظام تكون الحاجة إلى

الضحية كمصدر للمعلومات فقط، ولا حاجة لظهوره بصفة الضحية، فالمدعي العام هو الذي يمثل الضحايا في الدعوى، وبالتالي فمن ليست لديهم شهادات مؤثرة لا يشاركون في الإجراءات، وكذلك الحال من باب أولى بالنسبة لذويهم، انظر:

- Arnaud M. Houédjissin, Les victimes devant les juridictions pénales internationales, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Spécialité: Droit Privé, Université de Grenoble, 032011/10/, p.45.

25. Le droit de participer en qualité de victime est reconnu dans de nombreux pays, mais ce droit : « N'a aucun parallèle ou lien direct avec la participation des victimes aux procédures pénales, que ce soit dans le système juridique de la common law , tel qu'il s'est développé en Angleterre et aux Pays de Galles , où les victimes ne jouent aucun rôle et n'ont que le droit d'engager des poursuites privées, ou dans le système romano-germanique , où les victimes qui se constituent parties civiles ou procureurs auxiliaires ont des prérogatives très larges en matière de participation aux procédures pénales » . Voir: Opinion individuelle de M. le juge Georghios M. Pikis , Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo , ICC-0106/01-04/ OA8 , Décision de la Chambre d'appel sur la demande conjointe des victimes a/000106/ à a/010506/ du 2 février 2007 , relative aux Prescriptions et Décision de la Chambre d'appel, 13 juin 2007, par .11.

26. « Il n'existe dans le cas de la CPI ni un droit de plainte ni un droit de se constituer partie civile. La participation des victimes aux procès, bien qu'elle soit codifiée et acceptée dans le Statut de Rome, est un régime plutôt permissif. L'appréciation de la recevabilité des demandes de participation est laissée à l'entière discrétion des juges. », Voir: Alain-Guy Tachou Sipowo, « Les aspects procéduraux de la participation des victimes à la répression des crimes internationaux », Les Cahiers de droit, vol. 50, n° 32009 ,4-, p. 718, in: <http://id.erudit.org/iderudit/039338ar>

27. C'est l'intérêt personnel de la victime qui permet de faire le lien entre une affaire donnée et le droit de la victime d'y participer. Comme a relevé M. le juge Georghios M. Pikis : « A la question 'concernés par quoi ?', il convient naturellement de répondre par 'la procédure menée devant la Cour', à laquelle la victime souhaite participer, parmi celles des victimes qui entrent dans le champ de la définition, quelles sont celles dont les intérêts sont concernés par une procédure donnée ? Il s'agit nécessairement des victimes qui ont subi des préjudices à la suite de la commission du ou des crimes qui font l'objet de l'enquête, de la confirmation des charges, du procès, de l'appel, de la révision ...ou de la procédure de réduction de la peine ... ». Voir : Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo , Affaire n° ICC-0106/01-04/ OA8 , Décision de la Chambre d'appel sur la demande conjointe des victimes a/000306/ et

a /010506/ du 2 février 2007 , relative aux Prescriptions et Décision de la Chambre d'appel , 13 juin 2007 ,Opinion individuelle de M. le juge Georghios M. Pikis , par. 13.

28. En revanche ,c'est une tout autre approche qui a été préconisée par le Président de la Chambre de première instance II , M. le juge Bruno Cotte en soumettant la possibilité des victimes de témoigner à trois conditions :

« a. La Chambre ne saurait permettre que la participation des victimes empiète sur le droit des accusés à être jugés sans retard excessif, tel que consacré à l'article 671--c.

b. La Chambre n'autorisera les représentants légaux de victimes à citer des témoins que dans la mesure où cela n'en fait pas des Procureurs auxiliaires.

La Chambre n'autorisera en aucun cas les victimes à déposer anonymement vis-à-vis de la Défense.

En outre, la Chambre doit s'assurer que la Défense dispose de suffisamment de temps pour se préparer, ce qui implique que la participation d'une victime ne saurait causer à la Défense de surprise injuste, à laquelle elle ne serait pas en mesure de réagir ». Voir: Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Affaire n° ICC-0107/01-04/Instructions pour la conduite des débats et les dispositions conformément à la règle 140 , 1er décembre 2009, pars. 21,22.

29. La CPI admet la participation des personnes possédant le double statut de victime témoin dans la mesure où il n'en résulte pas des effets adverses sur les droits de la défense. Voir: Procureur c. Katanga et Ngudjolo Chui, Décision relative à la demande de participation du témoin 166, 23 juin 2008, Doc. off. ICC-01632--07/01-04/tFRA (092009 02--), par. 10 (CPI – Chambre préliminaire I) ; Procureur c. Lubanga Dyilo, Décision relative à la participation des victimes, 18 janvier 2008, Doc. off. ICC-011119--06/01-04/tFRA (132008-02-), par. 132135- (CPI – Chambre de première instance I).

30. « Il n'est pas question d'un droit de plainte des victimes. Toutefois, dans la pratique, les victimes sont la mesure du caractère approprié ou nécessaire de la décision du Procureur d'ouvrir une enquête. C'est à partir du moment où il établit des bases raisonnables de poursuivre l'enquête qu'il peut demander l'autorisation de la Chambre préliminaire», Voir:Alain-Guy Tachou Sipowo, op.cit.p. 719.

- إن معيار خطورة الجريمة ومصالح المجني عليه يعدّ من أهم الأسس الذي ينطلق منه الادعاء العام في مهمته، وعليه يأخذ الادعاء العام في الحسبان وضع المجني

عليه عند قراره في الشروع في التحقيق، أضف إلى ذلك أن القاعدة (16) من قواعد تنظيم عمل جهاز الادعاء العام أوجبت عليه وبالتنسيق مع وحدة المشاركة وجبر الأضرار التابعة للتسجيل - حسب المقتضى - أن يقيّم ويستلم وجهات نظر المجني عليه خلال جميع مراحل المقاضاة لكي يتم أخذ مصالحهم بعين الاعتبار، انظر: محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص ص 154-155.

- في قرار المحكمة الجنائية الدولية الصادر في 17 / 06 / 2006، والذي يعدّ أول وأهم قراراتها، منحت المحكمة للمجني عليهم حق الاشتراك في إجراءات التحقيق، راجع:

-See: PTCI, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Decision on the Application for participation in the proceedings of VPRs 1.2.3.4, January 2006, Case No. ICC-01104-.

-David Lounici et Damien Scalia, « Première décision de la cour pénale internationale relative aux victimes: état des lieux et interrogations », Revue internationale de droit pénal, Vol. 76, N° 3, 2005, pp. 377-378-379, in: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-20053--page-375.htm>

- Emile Matignon, « Le droit des victimes au procès équitable », Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique, Volume LXII, Janvier -Mars 2009, p.44.

- ولقد استند هذا الاجتهاد القضائي للدائرة التمهيدية إلى جملة من العوامل من أهمها: أن المحكمة كانت ترى أن هذه المشاركة وفي هذه المرحلة يتوافق وأغراض تبني فكرة المشاركة ذاتها في النظام الأساسي، والتي كانت غاية أساسية لوضعها، والذي كان انعكاسا لتطور الدور الإجرائي للمجني عليهم في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وفي نطاق القانون الدولي الإنساني كذلك، وفي رأي المحكمة (الدائرة التمهيدية) فإن النظام الأساسي أعطى للضححايا دورا وصوتا مستقلا، وهذا يعني ضرورة تمتعهم بممارسة هذا الحق في جميع مراحل الإجراءات، راجع:

- William A. Schabas, An introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2nd Edition, 2004, p. 172.

31. أنظر: القاعدة 89 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.
- وتتمثل مشاركة الضحايا من خلال تقديم معلومات للمدعي العام بموجب الفقرة

الأولى من المادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أو تقديم شهادات شفوية أو خطية بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة، ويلتزم المدعي العام بالمحافظة على سرية هذه المعلومات والشهادات وتخذ كافة الإجراءات الضرورية بحكم واجباته المنصوص عليها في النظام الأساسي، ويشارك أيضا الضحايا في إجراءات التحقيق ويخضع اشتراك الضحايا في جميع الإجراءات من حيث المبدأ إلى القاعدة 89 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

- ويتضح مما تقدم، بأن النظام الأساسي لم يمنح للمجني عليه حق الطعن بالاستئناف في قرارات الإدانة والبراءة والعقوبة الصادرة من الدائرة الابتدائية، وبإمكاننا أن نرجع هذا الأمر إلى سببين:

- السبب الأول: أن النظام الأساسي لم يخول للمجني عليه حق تحريك الدعوى ابتداء، وبصورة مباشرة بل أجاز له ذلك فقط بصورة غير مباشرة.

- السبب الثاني: المستتج أن النظام الأساسي لم يعترف للمجني عليه بصفة الخصم أمام المحكمة الجنائية الدولية، نقلا عن: محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص 220.

32. Voir: Le Procureur c. Germain Kantanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Affaire n° ICC-0107/01-04/, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond, 22 janvier 2010, par. 67.

33. La participation des victimes à la procédure « n'est pas, en soi, incompatible avec les droits que l'article 67 confère à l'accusé », toutefois la Chambre s'assurera que : « Le moment et les modalités souhaitées dans la demande de participation d'une victime à la procédure n'empiètent pas sur les droits consacrés par l'article 67, et que l'accusé bénéficie d'un procès équitable et rapide dont le champ ne dépasse pas le cadre fixé par les charges qui ont été retenues contre lui ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Affaire n° ICC-0106/01-04/ OA8, Décision relative à la participation des victimes, 18 janvier 2008, pars. 2627-.

34. محمد صالح العدلي، استجواب الشهود في المسائل الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 17.

35. - 35 انظر: المادة 69 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

36. أنظر: الفصل الثامن من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

37. « La prise en compte de la victime en tant qu'acteur au procès pénal devant la CPI constitue un progrès remarquable quand bien même des questions demeurent en suspens quant à la mobilisation et à la représentation de ces droits », Marie-Astrid Ponsolle, op.cit., p.8.

38. محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص 124.

39. Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odiambo, Dominic Ongwen, 10 August 2007, Decision on Victim's Application for participation, No ICC 0204/, Uganda situation in Uganda, p.55.

40. يشكل إنشاء المكتب العمومي لمحامي الدفاع بتاريخ 19 سبتمبر 2005، الذي يكرس جهوده لتعزيز حقوق الدفاع وتمثيلها بإجراء الأبحاث بشأنها، وإبراز أهمية المسائل المتعلقة بالدفاع والسعي إلى تحقيق "نكافؤ الإمكانيات" للدفاع طوال جميع مراحل التحقيق والمحكمة، ابتكارا هاما في البنية القضائية للمحاكم الجنائية الدولية، ويتألف موظفو المكتب من محامين متخصصين دائمي الاطلاع على المحكمة واجتهادها القضائي وبإمكانهم تقديم المساعدة القانونية الموضوعية الفورية إلى جميع المدعي عليهم وإلى فرق الدفاع، والمكتب مستقل تماما في ما يتعلق بمهامه الموضوعية، لكنه يتبع قلم المحكمة لأغراض إدارية فقط، ويتصرف المحامون والمساعدون العاملون في المكتب بصورة مستقلة. وتمثل مهام المكتب العمومي لمحامي الدفاع في:
- تمثيل حقوق الدفاع وحمايتها في المراحل الأولية للتحقيق .
 - تقديم الدعم والمساعدة إلى المحامي الدفاع والأشخاص الذين يستحقون المساعدة القانونية إما بتوفير المشورة القانونية أو بالمثل أمام دائرة من دوائر في إطار قضايا معينة .
 - العمل محاميا مخصصا إذا عينته الدائرة أو محاميا مناوبا إذا اختاره مشتبه به لم يعين بعد محاميا دائما.
 - في حالات نشوء نزاع بين الشخص الذي يستحق المساعدة القانونية والمحامي المكلف للدفاع عنه، يجوز للمسجل أن يعرض التوسط، ويمكن أن يطلب إلى المكتب العمومي لمحامي الدفاع أن يعمل كوسيط والمكتب العمومي لمحامي الدفاع في حد ذاته ليس مكتبا للمحامين العموميين، نظرا لأن نظام روما الأساسي يضمن حق المشتبه بهم والمتهمين في اختيار محاميهم، ولا يحدد المكتب إستراتيجية فرق الدفاع أو يتدخل فيها، إنما يساعدها على تمثيل موكلها تمثيلا جيدا وسريعا، فعلى سبيل المثال يزود المكتب العمومي لمحامي الدفاع فرق الدفاع الجديدة بالأدلة العملية والمذكرات البحثية، ويمكن لفرق الدفاع أن تطلب لاحقا إلى المكتب إجراء أبحاث تتعلق بالمسائل القانونية والإجرائية التي تنشأ في إطار القضايا التي تتولى الدفاع فيها .
 - ويسعى المكتب العمومي لمحامي الدفاع باعتباره جزء من المحكمة الجنائية الدولية إلى تكوين ذاكرة مؤسسة للدفاع وإقامة مركز للموارد لفرق الدفاع، وقد قام المكتب من خلال اطلاعه على جميع القرارات ومحاضر الجلسات العلنية بإصدار موجزات

قانونية شتى في مختلف المواضيع من قبيل القرارات الشفهية بشأن إجراءات المحاكمة ومشاركة المجني عليهم، ومعايير الاستئناف وما إلى ذلك، وتوزع هذه الموجزات التي تحدث بانتظام على جميع فرق الدفاع، ويتمثل أحد الأهداف الرئيسة للمكتب العمومي لمحامي الدفاع في نصرته المصالح العامة للدفاع، ويتولى المكتب الاتصال بالشركاء الخارجيين من أجل تعزيز الوعي إلى دور الدفاع وأهمية مبدأ تكافؤ الإمكانات بالنسبة إلى مفهوم العدالة الجنائية الدولية، للتفصيل أكثر، راجع: الدفاع أمام المحكمة الجنائية الدولية، في الموقع الإلكتروني: www.icc-cpi.int

- 4.1 أنظر: القاعدة 22 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.
- 4.2 محمود شريف بسبوني، النزاعات الدولية والحاجة إلى عدالة ما بعد النزاعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 69.
- 4.3 لم يشر النظامين الأساسيين للمحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغسلافيا سابقا ورواندا إلى أي دور للضحايا أو الحقوق التي يمكنهم المطالبة بها، واكتفيا في إطار القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بإحالة الضحايا على المحاكم الوطنية المختصة للمطالبة بالتعويضات، وكانت هذه هي النقطة الوحيدة التي تطرقت فيها المحكمتين إلى مكانة الضحايا بعد اعتماد لوائح إجرائية مقتبسة من النظام الأنجلوساكسوني، باعتبارها تهدف إلى حماية الضحايا بوصفهم شهودا، لا بوصفهم متضررين من الجرائم الدولية المرتكبة، انظر:

- Philippe Expert, «La voix des victimes», in: le Tribunal Pénal International de La Haye: le droit à l'épreuve de la "purification ethnique", (ouvrage collectif), sous la direction de Gérard Marcou, L'Harmattan, 2000, p. 184.
- Voir aussi: J'espère Imembe Koyoronwa, La réparation devant la Cour Pénale Internationale, Editions Universitaires Européennes, Allemagne, 2001, p.3.

4.4 - إذا أخذنا على سبيل المثال إعلان الأمم المتحدة بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة واستعمال السلطة، نجد أنه لم يتجاوز حد التأكيد على المبادئ الأساسية التي ينبغي أن تستند عليها حقوق الضحايا بما فيها جبر الأضرار، وإن الاكتفاء بإقرار المبادئ دون تحديد الإجراءات والآليات القانونية التي تسمح بتجسيدها على الواقع يجعل منها مبادئ وهمية، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 48.

45. « Obtenir réparation, être autorisées à , participer à la vérification des faits et établir la vérité, veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à leur dignité au cours du procès et à ce que leur sécurité ne soit pas mise en danger, ou se voir reconnaître la qualité de victime dans le contexte de l'affaire,... ». Voir: Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Affaire n° ICC-0106/01-04/, Décision

relative a la participation des victimes, 18 janvier 2008, par. 97.

46. - انظر: المادة 75 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

47. - نصر الدين بوساحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية، حقوق ضحايا الجرائم الدولية، المرجع السابق، ص 50.

- ورد حق الضحايا في رد الحقوق في المادة 75 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والمادة 21 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بيوغوسلافيا سابقا، والمادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة برواندا، والمادة 19 من النظام الأساسي لمحكمة السيراليون، وكذا الفقرة 8 من إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1985.

48. « Le régime de réparation de la CPI est un régime « mixte »

à cheval entre l'approche de la question des réparations en matière d'action civile et l'approche administrative des réparations initiée dans les contextes de la justice transitionnelle.», Rachele Kouassi, « Le système de réparation de la CPI: Analyse à la lumière de l'ordonnance de réparation dans l'affaire Thomas Lubanga Dyilo », in: Vingt ans de justice internationale pénale, Sous la direction de Diane Bernard et Damien Scalia, p.173.

49. نصر الدين بوساحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 52.

50. تجدر الإشارة إلى أنه لم يتم تعريف مصطلح الضرر في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ولا في القواعد الإجرائية والإثبات، والمألوف قانونا وفقها وقضاء، يشترط في الضرر أن يكون حقيقيا ومؤكدا ومباشرا أو غير مباشر ناتج عن نشاط غير قانوني، وقد يتمثل هذا الضرر بضرر جسدي أو عقلي أو ضرر معنوي (أدبي، عاطفي)، أو خسارة اقتصادية، انظر: محمد رشيد الجاف، المرجع السابق، ص 98.

51. محمود شريف بسيوني، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2005، ص ص 196-197.

52. تراعي المحكمة قبل إصدار أمر التعويض، حالة المدان أو المجني عليه أو الأشخاص الثالثة الحسني النية. وللمحكمة أن تصدر أمرا بالتعويض للمجني عليهم وأسرهم من صندوق التأمين الذي يغذي بأموال الغرامات والمصادرات، أنظر: القاعدة 98 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

- تجدر الإشارة إلى أن المحكمة لا تستطيع فرض أمر التعويض على الدولة حتى لو تمكنت من إسناد أفعال الفرد الإجرامية إلى الدولة، وذلك من دون المساس بحقوق المجني عليه التابعة من القانون الوطني أو الدولي حيث له أن يدعي بهذه الحقوق أمام

محكمة أخرى، انظر: قيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 196.

53. انظر: نصر الدين بوساحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 56.

- لكن ولسوء الحظ، لا ينص النظام الأساسي على إمكانية الحكم على الشركاء في الجرم أو على الذين أصدروا تعليمات لتنفيذه وهم قد يكونون أشخاصا معنويين أو حتى دولا، مع العلم أن المشروع الأساسي كان قد نظر في إمكانية صياغة حكم من هذا القبيل، ولقي تأييدا من قبل العديد من الدول ومعظم المنظمات غير الحكومية، راجع: لوك والين، المرجع السابق، ص ص 64-65.

54. راجع: نصر الدين بوساحة، المحكمة الجنائية الدولية شرح اتفاقية روما مادة مادة، المرجع السابق، ص 107.

- تنفيذا لما ورد في الفقرة 1 من المادة 79 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنشئ الصندوق الإستثنائي بموجب القرار رقم 6 الصادر عن جمعية الدول الأطراف في دورتها الأولى المنعقدة بتاريخ 9 سبتمبر 2002، يشرف عليه مجلس إدارة مكون من خمسة أفراد من جنسيات مختلفة، يراعي فيهم التوزيع الجغرافي العادل، إضافة إلى تمثيل عادل للرجال والنساء على حد سواء تنتخبهم جمعية الدول الأطراف لفترة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، يجتمع مجلس الإدارة مرة واحدة على الأقل في السنة بمقر المحكمة، إضافة إلى عقد اجتماعات أخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ويجوز للمسجل المشاركة في اجتماعات مجلس الإدارة لتقديم المساعدة الإدارية والقانونية اللازمة ضمانا لحسن التسيير، ويشارك بصفته مستشارا لا يحق له التدخل ضمانا لحسن التسيير، ويشارك بصفته مستشارا لا يحق له التدخل في اتخاذ قرارات مع مجلس الإدارة.

- أما عن طرق تمويل الصندوق الإستثنائي فقد حددتها الفقرة 2 من قرار جمعية الدول الأطراف رقم 6 في:

- الهبات أو الاشتراكات الطوعية المقدمة من الحكومات أو المنظمات الدولية أو الخواص والشركات وهيئات أخرى طبقا للمعايير التي تحددها جمعية الدول الأطراف.

- الأموال المتأتية من الغرامات والمصادرات التي تدفع للصندوق بناء على أمر من المحكمة عملا بالفقرة 2 من هذه المادة.

- الأموال المدفوعة للصندوق تنفيذا لأوامر جبر الضرر.

- أي موارد أخرى قد تحددها جمعية الدول الأطراف لتمويل الصندوق، وللتفصيل أكثر، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص 62-63-64.

55. انظر: محمود شريف بسيوني، وثائق المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 99 .

- لقد أولت مسألة نوعية الخدمات التي تقدم للضحايا، وكذا الأشخاص المكلفين بالإشراف عليها، قيمة عالية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، جعلتها من بين المبادئ الأساسية التي ينبغي مراعاتها في مساعدة الضحايا ورد الاعتبار لهم، هو ما يجعل الأخذ بها ضمن آليات عمل المحكمة مسألة ضرورية، انظر: نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 57 .

56. Selon McCarthy: « (...) an international institution is not necessarily best placed to reach finely balanced judgments on the polycentric and often very controversial issues to which the provision of victim redress gives rise. Furthermore, resources will be limited. It will be entirely unrealistic for the Court to provide reparations to all those who are potentially eligible (...)», Voir: Rachelle Kouassi, op.cit., pp. 185186-

إلزام المرقي العقاري باحترام الحماية القانونية الممنوحة لمقتني العقار قبل الإنجاز في ظل الأحكام المستحدثة بموجب القانون رقم 11-04

أ. سهام مسكر

أستاذة مساعدة أ. جامعة البليلة 02

مقدمة:

إن إعادة اعتبار مهنة المرقي العقاري أصبح أمر ضروري في ظل التجاوزات المعمارية وخرق أحكام المنظمة لنشاط الترقية العقارية، في غياب قواعد قانونية تضبط هذه المهنة و رقابة مستمرة ومتابعة ميدانية الأمر الذي سمح لبعض المرقين العقاريين والأشخاص المنتحلين لهذه الصفة بالتحايل بالنصب على من هم بحاجة ملحة للسكن.

وقد أثبت التجربة خلال السنوات الماضية أن رقابة الضمير المهني لوحدها لا تكفي أمام فئة احترفت المتاجرة بمدخرات المواطن وأمواله واستغلال الأزمة والظروف الاجتماعية التي يعيشها المجتمع، وأصبح همها الوحيد الكسب السريع والغاية تبرر الوسيلة.

لهذا كان لازما على المشرع أن يساير التغيير ومواكبة بحلول قانونية تضمنها قانون رقم 11/04، بحيث ألزم المرقي العقاري باحترام أخلاقيات المهنة من خلال الحفاظ على سمعته والسعي إلى توفير راحة الزبائن وعدم استغلالهم، وإعلامهم عند دعوتهم للتعاقد معهم بكل المعلومات الضرورية المرتبطة بالعقد وتصاميم المشروع العقاري و نصحهم بهدف حماية إرادة كل راغب في التعاقد وعدم وقوع في عيوب الإرادة، ويدخل هذا الضمان ضمن الالتزامات المهنية للمرقي العقاري والحماية القانونية السابقة للتعاقد التي يستفيد منها المقتني بصفته الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و حتى لا يستغل البائع رغبته في امتلاك السكن.

و بهدف ضمان عملية انجاز السكن الترقوي وإنهائه خلال الأجل المتفق عليه، و جب اكتتاب ضمان على المشروع العقاري لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة التي تضمن في حالة عدم التزام المرقي العقاري تنفيذ التزاماته التعاقدية، و ضمان إكمال الانجاز في حدود الأقساط المدفوعة من قبل المقتني عند إتمام وضع الأساسات أو استرداد الأقساط

قبل وضعها، و مراقبة المرقى العقارى و جب انخراطه فى الصندوق بشكل إجبارى حتى يتمكن من محاسبته و ليساهم باشتراكه فى دعم موارد الصندوق.

و لا يكفى إنهاء الانجاز قبل ضمان مطابقتة للرخص المتحصل عليها بما يفيد صلاحية المبنى من أى مخاطر و يمنح المقتنى حق الانتفاع بالمبنى، و ضمان حسن الانجاز لإلزام المرقى العقارى بإصلاح العيوب الظاهرة و عناصر التجهيز لمدة لا تقل عن سنة، مع السعى على جودة البناء و جماله و عدم مخالفة المواصفات المتفق عليها.

و لضمان مسؤولية المرقى العقارى المدنية سواء المهنية الناجمة عن الأخطاء المهنية أو العشرية المترتبة فى حالة تهم بناية كلياً أو جزئياً و جب اكتابة تأمين إلزامى لضمان هاتين المسؤوليتين لدى شركة التأمين، و ضمان تعويض فى حالة تحقق هذه المخاطر.

و أضاف المشرع للالتزامات المذكورة أعلاه جزاءات إدارية و جزائية تردع كل مرقى عقارى مخالف لها أو كل شخص ينتحل هذه الصفة حفاظاً لسمعة المهنة، و للأطراف المدخلة فى الانجاز و المتعاقدة مع المرقى العقارى و المستفدين من البناء المنجز .

و عليه نلاحظ أن المشرع الجزائى أضاف للضمانات الخاصة بالبيع قبل الانجاز أحكام قانونية لم تكن منصوص عليها فى القوانين السابقة و حرص على حماية المقتنى قبل التعاقد و بعده قبل التسليم و بعده حتى يقلل من مخاطر البيع قبل الانجاز بصيغته عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق و إن كان قد خص النوع الأول بالضمانات المذكورة أعلاه أكثر من النوع الثانى لمنح صاحب حفظ الحق حق العدول عن العقد بالتخلي عن خمسة عشر بالمائة من التسيق، و لتفادي التجاوزات غير قانونية و غير أخلاقية التى اكتشفت فى ظل القوانين السابقة، فهل هذه الضمانات الملزم المرقى العقارى باحترامها و تطبيقها توفر الحماية القانونية الكافية لمقتنى العقار قبل الانجاز أم سيبتكر المرقى العقارى أساليب للتهرب من تطبيق القانون و الالتزام بهذه الضمانات؟ و هل تحقق التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة عند حماية المقتنى قبل و بعد التعاقد؟

للإحاطة بهذه الإشكالية التى تسعى السلطات المختصة إيجاد حلول قانونية لها بما يحقق الضمان للمقتنى و يشجع المستثمر لتمويل مشاريع عقارية فى هذا القطاع من خلال الأحكام المستحدثة فى ظل القانون رقم 11-04 و المراسيم المنظمة له نحاول تحليلها من خلال الدراسة الوصفية التحليلية بالرجوع لهذه الأحكام القانونية من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: الحماية القانونية السابقة للتعاقد.

المطلب الأول: الانتساب لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة و ضمان المشروع العقاري.

المطلب الثاني: التزام المرقى العقاري بإعلام و عدم استغلال كل راغب في التعاقد.

المبحث الثاني: الحماية القانونية وقت التعاقد و بعده.

المطلب الأول: الالتزام بالمطابقة قبل التسليم و حسن الإنجاز.

المطلب الثاني: الالتزام بضمان المسؤولية المدنية المهنية و العشرية.

المطلب الثالث: العقوبات المقررة في حالة مخالفة الالتزامات المهنية و التعاقدية.

المبحث الأول: الحماية القانونية السابقة للتعاقد

تقوم عملية بيع السكن الترقوي على عملية الإنجاز و البيع في نفس الوقت، ولهذا عمل المشرع على توفير ضمانات لكلا العمليتين، و إن تنفيذ أشغال البناء يستغرق وقت و محفوف بالمخاطر، فقد يتعرض المرقى العقاري لتوقف الأشغال بسبب عجزه عن تمويل عملية الانجاز التي قد تؤدي لإفلاسه أو لعدم مراعاة القواعد المعمارية المطلوبة أو عقود التعمير الممنوحة و عدم المطابقة لرخصة البناء، أو وفاة المرقى العقاري قبل إتمام الإنجاز و التسليم، أو سحب الاعتماد منه مؤقتا أو ظهور أي عائق يعطل إتمام المشروع و هنا يتضرر المقتني ماديا و معنويا، لهذا حاول المشرع من خلال القانون رقم 11-04 فرض إلزامية الانتساب للصندوق و اكتتاب ضمان على عملية انجاز السكن الترقوي إضافة لتوسيع من مهام الصندوق بما يضمن حقوق كل مقتني مساهم في تمويل المشروع .

و يقع عليه أيضا مسؤولية إعلان عن مشاريعه الترقوية و إعلام كل راغب في التعاقد مع المرقى العقاري بمواصفات العقد و شروطه و الثمن التقديري و كيفية مراجعته و كل المسائل الجوهرية المرتبطة بالعقد أو مواصفات المشروع التي قد تؤثر على إرادة المقتني و تبصيره و نصحه و الالتزام بالصدق معه و ضمان سلامته عند إتمام الإنجاز و نعتبر هذا الالتزام أخلاقي و مهني يهدف إلى حماية حرية التعاقد التي افتقدناها في ظل تطبيق المرسوم التشريعي رقم 93-03 و حماية مستهلك هذا العقار .

و بناء عليه نقسم هذا الفرع إلى اثنين نتناول في أوله لانتساب إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة و في الثاني للالتزام بالإعلان و الإعلام و عدم استغلال المقتني .

المطلب الأول: إلزامية الانتساب لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية

أحدث المشرع الجزائري صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية⁽¹⁾ (FGCMP) و ربطه بعقد البيع على التصاميم بأن ألزم بائع هذا العقار باكتتاب ضمان لدى الصندوق عملا بنص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 (الملغى)، ثم تم تنظيم أحكامه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، حيث تنص المادة 03 منه: « يهدف الصندوق إلى ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون، و التي تكتسي شكل تسبيق على الطلب إلى المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد البيع بناء على التصاميم.

و بهذا الصفة يتعين على المتعامل في الترقية العقارية المنخرط في الصندوق أن يكتب لدى هذا الأخير تأميناً على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع».

و عليه فالمرقي العقاري ملزم بالتأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة (FGCMPI) كونها إجبارية، إلا أن الانخراط لدى الصندوق هي مسألة اختيارية، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 55 من القانون 11-04 فإنه عدل تسميته إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في نشاطات الترقية العقارية و أصبح الانخراط إجباري إضافة إلى إلزامية اكتتاب ضمان على مشاريع التي تهدف إلى البيع قبل الإنجاز من أجل ضمانها وفقا لنص المادة 54 من نفس القانون، و لهذا نتساءل ما هو الهدف من إلزامية الانتساب إلى الصندوق؟

الفرع الأول: تحديد إلزامية الانتساب إلى الصندوق

إن إلزامية الانتساب إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية أمر مستحدث بموجب القانون رقم 11-04 لما له أهمية في أن يصبح المرقي العقاري متعاون بمجرد أن يوقع على النظام الداخلي، و يسدد حقوق الانضمام و الاشتراكات سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، و يساهم في تكوين موارده بواسطة حقوق الانخراط المدفوعة من قبله⁽²⁾، و في رقابة المرقي العقاري و متابعة نشاطاته الترقية في إطار عقود البيع قبل الإنجاز، و لهذا عمل الصندوق في ظل تطبيق القوانين السابقة على تحفيز المرقي العقاري للانخراط في الصندوق من خلال منح المنخرطين ضمانات إضافية منها ضمان إنهاء الإنجاز و عجز المشتريين عن التسديد⁽³⁾، و يكون عضوا في الجمعية العامة .

و يقع التزام على كل مرقي عقاري منتسب للصندوق أن يكتب ضمان على مشروعه

في حالة البيع قبل الإنجاز بهدف ضمان حقوق مقتني هذا السكن لاسيما ضمان إنهاء الانجاز و استرداد التسبيقات المدفوعة من قبل المقتني .

الفرع الثاني: إلزامية التأمين على مشاريع البيع قبل الانجاز

أنشأ الصندوق ليضمن مشاريع البيع على التصاميم الممولة بأموال المشترين، أما باقي المشاريع التي تمول فقط بأموال المرقى العقاري، فهو مسؤول عنها، لهذا يلتزم المرقى العقاري باكتتاب ضمان على هذه المشاريع، فما هي حدود هذا الضمان؟

لقد أبقى المشرع على إلزامية اكتتاب الضمان قبل الشروع في انجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجائه، غير أنه وسع في مجال الضمان فلم يعد يقتصر فقط على ضمان استرداد الدفعات المدفوعة من قبل المقتني، حيث حددت نص المادة 54 من نفس القانون حالات الضمان على الخصوص و ليس على سبيل التحديد التي ستحدد لاحقا عن طريق التنظيم وهي : تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات، إتمام الأشغال، و تغطية أوسع للالتزامات المهنية و التقنية .

و بالرجوع إلى مفهوم الكفيل طبقا لنص المادة 646 من القانون المدني فهو ينفذ التزام المدين في حالة عجز كفيله عن تنفيذ التزامه، و على هذا الأساس يلتزم الصندوق بضمان التزامات المرقى العقاري المهنية و التقنية اتجا المقتني لاسيما إتمام الإنجاز و في حالة استحالة التنفيذ العيني يتحول الالتزام بالتنفيذ العيني إلى التنفيذ بالمقابل ليلجأ إلى القضاء لطلب التعويض، غير أنه بالنسبة للصندوق فهو يلتزم برد التسبيقات و الأقساط التي دفعها المقتني دون حاجة للجوء إلى القضاء، غير أنها لا تضمن لهم دفع التعويضات المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام و لهذا وجب مطالبة المرقى العقاري بدفعها قضائيا خلافا للقواعد العامة .

و تؤكد نص المادة 57 من القانون رقم 11-04 على إلزامية ضمان إنهاء الإنجاز من قبل الصندوق حيث تنص ((يؤدي كل سحب للاعتماد من المرقى العقاري لأحد الأسباب المحددة أدناه، و لأي سبب آخر، إلى حلول صندوق الضمان قانونا محل المقتنين و يخوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البناءات بموجب التزام مرق آخر على حساب المرقى الأصلي و بدلا عنه و ذلك في حدود الأموال المدفوعة .

و في هذا الإطار يمنع على كل مقتني من مواصلة إتمام إنجاز البناء، بدلا من المرقى العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد، و تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، عن طريق التنظيم .

في ظل تطبيق المرسوم التشريعي رقم 93-03 كان هذا الحق يقوم به مقتني العقار على التصاميم عملا بنص المادة 17 منه دون حاجة لحكم قضائي يقضي بذلك بخلاف ما يتضمنه عقد المقاولة التي تشترط طلب ترخيص من القاضي بمواصلة الانجاز على نفقة المدين الملتزم بتنفيذ هذا العمل عملا للمادتين 170 و 553 من القانون المدني و قرار المحكمة العليا رقم 152934 الصادر في 04/03/1998 (4)، و بموجب القانون رقم 11-04 فأبقى على عدم ضرورة إصدار حكم قضائي غير أنه حول هذا الحق من المقتني إلى الصندوق، كما حدده فقط في حدود الأقساط المدفوعة من قبل المقتني على اعتبار أنه تملك هذه الأجزاء حتى و لم يتم إتمام إنجازها، غير أن هذا لا يوافق طموح المقتني بتسليم الملكية المنتهي إنجازها طبقا لما هو متفق عليه و كما التزم بذلك المرقى العقاري، و هذا يناقض ما تضمنته نص المادة 54 من نفس القانون ضمان إنهاء الأشغال دون تحديدها بحدود الأموال المدفوعة، و برأينا هذا هو الأصح و إن تحديد مهام الصندوق في المراسيم التنظيمية سيحل هذا التناقض و يبين أيضا الأنشطة الإضافية و المهام الأخرى للصندوق التي تكون موضوع دفتر الشروط و ترتب تعويضات مالية تمنحها الدولة بعنوان تبعات الخدمة العمومية الموكلة لصندوق الضمان حسب نص المادة 56 من نفس القانون .

و قد حدد المشرع المقصود بحلول الصندوق في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 14-181 التي تنص: " يقصد بحلول الصندوق، بموجب هذا المرسوم، نيابته:

- قانونا، عن المرقى العقاري المخل بالتزامه قصد متابعة إتمام إنجاز البنائات وفقا لشروط المحددة في المواد أدناه،
- عن المقتنين، فيما يخص الاستفادة من امتياز الصف الأول، في حالة إفلاس أو تصفية المرقى العقاري في حدود ديون هؤلاء المقتنين،
- فيما يتعلق بحقوق المقتنين و متابعتهم للمرقى المخل بالتزاماته قضائيا، بحسب المبالغ المدفوعة.

و عليه يتم حلول الصندوق في حالتين إفلاس المرقى العقاري أو تصفيته قضائيا، و سحب الاعتماد منه لإخلاله بالتزاماته بعد نفاذ طرق الطعن المنوحة له و هذا ما تؤكدته نصي المادتين 03 و 04 من المرسوم المذكور أعلاه، ليلتزم الصندوق بضمان إتمام إنجاز البناية أو جزء من البناية التي كانت موضوع عقد البيع على التصاميم و البنائات التي تم تغطيتها بموجب ضمان إتمام الانجاز و التي تم انجاز أساستها على الأقل ليستثنى المشرع البنائات التي لم يتم انجاز أساستها من ضمان إتمام الانجاز .

و في هذه الحالة و عملا بنص المادة 06 الفقرة الثانية يلتزم الصندوق بتعويض التسبيقات المدفوعة من قبل المقتني و يتخلى هذا الأخير لفائدة الصندوق عن حقوقه المتعلقة بالملك العقاري موضوع عقد البيع على التصاميم حسب ما تقضي به نص المادة 08 من نفس المرسوم كون أشغال الانجاز لم تنطلق بعد غير أن هذا لا يوافق طموح المقتني بتسلم ملكية موضوع البيع كما القانون لم يمنح الخيار للمقتني أو للمرق العقاري ولم ينص على إمكانية طلب تعويض عن انتظاره تاركا الأمر للقواعد العامة.

و بالرجوع إلى التشريع الفرنسي فهو يلزم البائع بضمان إنهاء الانجاز أو تعويض الأقساط في حالة فسخ عقد البيع تحت الإنشاء في القطاع المحمي عندما يكون محله انجاز محلات سكنية، و هو غير ملزم بهذا الضمان في حالة عقد البيع المؤجل كون المشتري لا يدفع أقساط في حساب البائع أو المرقى بل يلتزم بدفع تسبيق في حساب خاص باسمه، ويخير البائع بين ضمان إنهاء الانجاز أو استرداد الأقساط بالنظر لتكلفة الضمان الأول، و لا يتدخل المقتني في ذلك و إن كان خيار إتمام الإنجاز أضمن بالنسبة له، وتتكفل المؤسسات المالية أو شركات التأمين أو الكفالة بضمان تمويل عملية الانجاز طبقا لرخصة البناء الممنوحة حسب الأشغال المتبقية في شكل منح قرض المبلغ اللازم لإنهاء الإنجاز أو اتفاقية تقضي بكفالة البائع بدفع ما يلزم لإتمام الأشغال، أو تعويض الأقساط بكفالة البائع بإرجاعها في حالة الفسخ سواء كان اتفاقي أو قضائي و لا تشمل التعويض عما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب بسبب البائع (5).

و برأينا أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي أحسن في عدم منح الخيار للمرقى العقاري في الضمان فالأصل هو ضمان إنهاء الإنجاز و في حالة الاستحالة الضمان يتم تعويض المقتني الأقساط المدفوعة و إن كان طموحه هو ضمان إنهاء الإنجاز و تسلم الملكية خلال الآجال المتفق عليها و ليس فقط في حدود الأقساط المدفوعة مدام مستعد لدفع الأقساط المتبقية حسب تقدم مراحل الإنجاز وفقا لما هو متفق عليه في العقد ولهذا نقترح تعيين مرقى عقاري يتم الإنجاز مقابل الاستفادة من الأرباح حسب الأعمال المنجزة من قبله في مكان المرقى العقاري المتخلف.

كما حرص المشرع على حماية صاحب حفظ الحق بأن يدفع التسبيق في حساب مفتوح بإسمه لدى الصندوق عملا بنص المادة 27 من القانون رقم 11-04، و لم يبين المشرع إن كان ينتج على هذه الأموال فوائد مثل الحساب البنكي أم لا، و برأينا أن التسبيق هو عبارة عن ضمان لعدم عدول المقتني يقتطع منها نسبة خمسة عشر بالمائة في حالة فسخ العقد بطلب المقتني عملا بنص المادة 32 من نفس القانون، و عليه فإن التسبيق لا يشكل

فوائد بل هو مجرد ضمان مقرر لصالح البائع .

و يترتب على سحب الاعتماد شطبه من الصندوق، و في حالة إفلاسه أو تصفية أمواله يستفيد الصندوق عن طريق الحلول محل المقتنين من امتياز من الصف الأول في حدود ديون المقتنين و الأموال المدفوعة من قبلهم عملا بنص 58 من نفس القانون، فهل يعني هذا ترتيبهم قبل امتياز أجور العمال؟، لهذا نقترح على المشرع توضيح ترتيب هذا الامتياز مع باقي امتياز أجور العمال لتسهيل مهمة المصفي أو وكيل التفليسة و نحن نستحسن أن تكون بعد امتياز أجور العمال الذين فقدوا أجورهم و ليس فقط مدخراتهم .

من خلال التطرق لمجال ضمان الصندوق لا حظنا أن المشرع حرص على ضمان حقوق المشتري بضمن تنفيذ المرقبي العقاري للإلتزاماته لاسيما إنهاء الانجاز في حدود الأقساط المدفوعة و هذا لا يتماشى مع طموح المقتني بتسلم الملكية كاملة طبقا للمواصفات المتفق عليها و خلال الأجال المحددة في العقد، بالمقابل لا يضمن الصندوق حقوق المرقبي العقاري في حالة عجز المقتني عن دفع التسبيقات و هذا لا يعكس مدلول تسميته بصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، فضمن المفروض أن يكون متبادل بالنسبة للمرقبي العقاري و المقتني، و عليه فإن المشرع حرص على حماية المقتني و ليس المرقبي العقاري .

كما لم يكتفي المشرع بالحفاظ على رأس مال المشروع لضمان إتمام الإنجاز، بل حرص بموجب القانون رقم 04-11 على ضمان حرية التعاقد للمقتني من خلال الإلتزام بصحة المعلومات المعلن عنها و التي في الغالب تهدف لدعوته للتعاقد و لها تأثير في إقناع المقتني و دفعه للتعاقد بما يجسد مبدأ الرضاية فهل هناك توازن عقدي و تكافؤ بين أطراف هذا العقد؟ هذا ما نفصل فيه فيما يلي .

المطلب الثاني: الإلتزام بحماية إرادة المقتني قبل التعاقد

حماية لإرادة المقتني و منحه حرية التعاقد ألزم المشرع المرقبي العقاري بإعلان المشروع بهدف دعوة كل راغب في اقتناء سكن ترقي للتعاقد، أو البحث عن قبول يقترن بالإيجاب في حالة تحديد شروط العقد و مواصفات الجوهرية للعقار محل الانجاز والتمن و طرق دفعه و مراجعته إذا لزم الأمر، و الإلتزام بصحة كل ما يتم نشره لحماية المقتني من المعلومات الخاطئة التي تهدف لجلبه للتعاقد بهدف استنزاف أمواله دون الحصول على ما دفعه للقبول، و توقيعه في الغلط و استغلال حاجته للسكن بوجه غير مشروع وغير أخلاقي، و لتفادي مثل هذه التجاوزات التي أفرزتها القوانين السابقة في ظل غياب تنظيم قانوني محكم و رقابة صارمة .

و لا يكتفي المرقبي العقاري بالإعلان عن مشروعه بل يلتزم أيضا بإعلام كل مترشح

للتعاقد بكل تفاصيل التي تهمه في حالة إبرام العقد بهدف تبصيره بحقوقه و التزاماته القانونية وتحديد ملكيته التي تسلم له بعد الإنجاز، و كل الشروط الجوهرية التي يتم الاتفاق عليها .

الفرع الأول: الالتزام بصحة الإعلان

عمل المشرع على توفير الحماية القانونية للمقنتي السابقة للتعاقد بأن ألزم المرقى العقاري بصحة الإعلان عن مشروعه و تبصير كل من يهيمه الإعلان و إعلامه بكل المعلومات التي تكون جوهرية في تحديد رغبته في التعاقد، و منع المرقى العقاري من تظليل إرادة المقنتي و حمايتها من عيوب الغلط و الإكراه و التدليس و الاستغلال أو يقع في غبن لعدم التكافؤ بين المتعاقدين بهدف ضمان استقرار عملية البيع قبل الانجاز وإيجاد توازن عقدي بين التزامات الطرفين، و في الحقيقة نعتبر هذا الالتزام أخلاقي يدخل ضمن التزاماته المهنية و غير مخالف للقواعد العامة غير أن المشرع حرص على تقنينه .

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام و تبصير المقنتي

يختلف الالتزام بالإعلان عن الالتزام بالإعلام من حيث الهدف فالالتزام الأول يهدف إلى جلب المستهلكين و العمل على رواج المنتجات و الخدمات المقدمة للجمهور ليقدم على شرائها⁽⁶⁾ بينما الالتزام الثاني يهدف لتكوين فكرة معينة أو دعم الثقة في نظام معين⁽⁷⁾، و إعلام المتعاقد معه بالمعلومات محل الالتزام، فالإعلام هو أكثر موضوعية من الإعلان فهو يرمي إلى جعل الشخص الموجه إليه اتخاذ قراره بشكل سليم بما يناسب مصالحه و رغباته⁽⁸⁾، و يختلف هذا الالتزام عن التفاوض الذي يتضمن مناقشة شروط العقد المختلفة من أجل تحديدها و بلورتها في الاتفاق أما الإعلام فيقتصر على وصف الشيء الذي يرد عليه الاتفاق من أجل العلم به دون مناقشة شروط العقد، و أن كان التفاوض يفترض وجود إعلام و النصح من أجل تنوير إرادة المتفاوض الآخر.

وقد توسع مفهوم الإعلام مع التطور التكنولوجي و الصناعي، فهل امتد هذا الالتزام لينطبق على نشاطات الترقية العقارية لاسيما أنه ارتبط بقانون حماية المستهلك و بالمسؤولية المنتج بصفته مسؤولا عن الأشياء التي ينتجها؟ و هل يحمي الإرادة الحرة للمستهلك؟.

بالرجوع لنص المادة 140 مكرر من القانون المدني عند تعريفها للمنتوج اقتضت على المنقول المادي أو المعنوي و لو كان متصلا بالعقار، و هذا يترتب عليه استبعاد العقار في مفهوم المنتوج و استثناء المرقى العقاري من أحكام مسؤولية المنتج و من تطبيق الأحكام

الخاصة بحماية المستهلك، وهذا غير منطقي فالمواطن يقتني العقارات فهو يستهلك هذا المنتج و يستفيد من الخدمات التي يقدمها، ويعتبر في مركز ضعيف بالنسبة للمهني، و لهذا يعمل قانون الاستهلاك أن يجعل الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي بهدف إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية⁽⁹⁾، كما أن الاستهلاك هو إشباع لحاجيات شخصية لا تقتصر فقط على المأكول و المشرب و الملابس بل تشمل أيضا المسكن⁽¹⁰⁾، و هذا ما تؤكدته عمومية نص المادة 03 من قانون رقم 09-03 التي تعرف المنتج على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، و في الفقرة 17 من نفس المادة تعرف السلعة كل شيء مادي قابل بالتنازل عنه بمقابل أو مجانا و هذا يشمل المنقول و العقار معا، كما وسعت نص المادة 03 الفقرة واحد من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽¹¹⁾ من المجال الشخصي لتعريف بالمنتج "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في إطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، مما يجعل المرقى العقاري بصفته تاجرا و بائعا و منتجا لبناءات يدخل ضمن هذا المفهوم .

و بالرجوع إلى أحكام المنظمة لنشاط الترقية العقارية فلا نجد إحالة على القوانين المنظمة لحماية المستهلك و قمع الغش أو للقواعد العامة المحددة لمسؤولية المنتج تماشيا مع إرادة المشرع بوضع أحكام خاصة ببيع العقار، غير أنه نص على التزام المرقى العقاري بإعلام زبائنه المستقبلين في محل ملائم حيث تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85: "يتعين على المرقى العقاري أن تتوفر لديه محلات كافية و ملائمة لاستقبال و إعلام زبائنه المستقبلين" و لكن المشرع لم يفصل في تحديد هذا الالتزام تاركا الأمر إلى التزام المرقى العقاري بالمحافظة على نزاهته و سمعته بما يتناسب مع عدم استغلال ثقة و حسن نية المقتنين بأي شكل من الأشكال و تحسين راحتهم بما يتوافق مع نصي المادتين 08 و 11 من نفس المرسوم .

و يقتضي هذا الالتزام عدم استغلال حاجة المقتني للسكن لقبض تسبيقات قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو عدم احترام نسبة الأقساط المستحقة وفقا لما هو متفق عليه في العقد مع احترام النسب القسوى المحددة قانونا عملا بنص المادة 42 من القانون رقم 11-04 و بنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18/12/2013 المتضمن نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و أجالها

وكيفيات دفعها، وعدم الاستفادة من أي تسبيق أو أي دفع في إطار عقد حفظ الحق قبل توقيع عقد البيع تحت طائلة ترتيب جزاءات المحددة في نص المادة 64 و المادة 71 من القانون رقم 11-04.

المبحث الثاني: الحماية القانونية وقت التعاقد وبعده

حرص المشرع الجزائري على توسيع مجال الحماية القانونية للمقتني بعد إبرام العقد إلى غاية التسليم، و لم يكتفي بهذا الحد بل مد الحماية إلى بعد ذلك بهدف ضمان عيوب الانجاز و المطابقة و تحميل المرفي العقاري المسؤولية المدنية في حالة المخالفة، تحت طائلة ترتيب عقوبات إدارية و جزائية.

المطلب الأول: الالتزام بالمطابقة و حسن الانجاز

يلتزم المرفي العقاري ليس فقط بإنهاء الانجاز بل بمطابقة البناء للرخص المتحصل عليها و للقواعد البناء و التعمير التي تهدف لحماية سلامة المبنى و الحفاظ على البيئة و العمران و حسن الانجاز بأن يكون المبنى خالي من عيوب البناء التي يلتزم بإصلاحها في حالة وجودها.

الفرع الأول: الالتزام بالمطابقة

بالرجوع لنص المادة 39 من القانون رقم 11-04 فإنها تنص "في حالة عقد البيع على التصاميم، لا يمكن حيازة بناية أو جزء من البناية من طرف المقتني إلا بعد التسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 و القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو لسنة 2008 و عليه اشترط المشرع استخراج شهادة المطابقة التي تثبت مطابقة البناء للرخصة البناء و قواعد البناء و التعمير بما يسمح باستغلال البناء قبل حيازة البناية، و عليه لا يكفي تحرير العقد في شكل رسمي و تسجيله و شهره دون استخراج هذه الشهادة، غير انه بموجب التعليم الوزارية الصادرة عن أملاك الدولة رقم 8498 المؤرخة في 24/08/2011 لا يمكن شهر العقد قبل استخراج هذه الشهادة⁽¹²⁾.

و هذا يترتب عنه اعتبار شهادة المطابقة يدخل ضمن ركن الشكلية خلافا للشكلية المطلوبة في عقود بيع العقار المعروفة في القواعد العامة، فالشكلية كركن في العقد لا تتم إلا باكتتاب العقد في شكله الرسمي و تسجيله و شهره، كما أنه لا يمكن شهر هذا العقد لأن عند تحريره يكون البناء لم ينجز أو في طور الانجاز مما يستحيل إخراجها قبل إنهاء الانجاز فهل تؤخر عملية الشهر لحين استخراج هذه الشهادة؟ و هذا لا يستقيم لأنه

يرتب التزام على الموثق بشهر العقد خلال شهر من تحريره حتى ينعقد العقد و يكون حجة على الغير، و عدم الشهر يزيد من مخاطر هذا العقد لاسيما و أن المقتني ملزم بدفع أقساط من الثمن، و عليه و جب تعديل هذه التعليلة وفقا لقصد المشرع الذي ربط إحضار هذه الشهادة بحياسة البناء و ليس بالشهر، و لا يمكن إضافتها لركن الشكلية، لكن يبقى تساؤل مطروح فيما يخص اعتبارها ركن مستقل لتعليق انتقال ملكية الانتفاع بتسلم شهادة المطابقة و هذا يتعارض مع القواعد العامة و مع اعتباره مالكا للبناء مما يعطي له حق الانتفاع و الاستغلال و التصرف دون قيد أو شرط، و نحن نرى أن قصد المشرع من هذا الشرط ليس إضافة ركن من أركان العقد إنما وضعه كضمان للمقتني لتثبت من سلامة المبنى نظرا لما عانت منه الجزائر بسبب تهدم البنايات لعيوب في الانجاز أو تسليمها للمقتني رغم أنها تشكل خطر على حياته و حياة من معه.

و لا يكفي التزام البائع بمواصلة الإنجاز و إتمامه خلال الأجل المتفق عليه، بل لا بد أن يكون هذا الإنجاز مطابق لقواعد البناء و التعمير و للتصميم المبرمج من طرف المهندس المعماري، و لرخصة البناء، فهو ملزم بتحقيق نتيجة، لاسيما و أن البناء محل العقد غير مجود وقت العقد، و لهذا و جب عند تواجده أن يكون مطابق لما تعهد به في عقد البيع على التصاميم⁽¹³⁾.

و عليه فإن نطاق عدم المطابقة للمواصفات يتعلق أساسا بعدم احترام رخصة البناء أو التصميم المبرمج من طرف المهندس المعماري، و للمساحات المحددة للإنجاز عليها، و باستخدام مواد مغايرة أو أقل جودة من المتفق عليه، أو قطاعات أقل حجما أو سمكا من القطاعات المتفق عليها في الأخشاب و النوافذ و الأبواب أو أدوات و تجهيزات كهربائية غير متفق عليها⁽¹⁴⁾، و عدم احترام قواعد تشيد البنايات و علوها و حجمها و مقتضيات الصحة و الأمن و المحافظة على البيئة .

و تثبت المطابقة بواسطة شهادة المطابقة يسلمها المجلس الشعبي المختص إقليميا أو من قبل الوالي على المستوى الولائي⁽¹⁵⁾، تسلم عند الانتهاء من أشغال البناء اعتمادا على التصاميم و المقاييس التي قدمها المالك أو صاحب المشروع عند طلبه لرخصة البناء⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: ضمان حسن الانجاز

خلافا للقواعد العامة التي تنهي مسؤولية صاحب المشروع عن عيوب المبنى الظاهرة بمجرد تسليم المكاول للعمل لرب العمل دون تحفظ، فإن عقد البيع على التصاميم يتضمن ضمان العيوب الظاهرة بعد التسليم حتى و لم يتحفظ المقتني على هذه العيوب مباشرة بعد التسلم، و قد أوجد المشرع هذا الضمان منذ نشأة هذا العقد، فعملا بنص المادة 10 من

المرسوم التشريعي رقم 93-03 (الملغى) كان عقد البيع على التصاميم يرفق بشهادة ضمان حسن الانتهاء، أو ما يعرف بضمان حسن الإنجاز أو الضمان السنوي، و التي يضمن بموجبها البائع كافة العيوب التي تظهر في البناء خلال سنة كاملة من التحرير محضر الاجتماع المؤقت بانتهاء الأشغال مع تحفظ، أو ما يعرف بمحضر التسليم المؤقت مع احتياط، و هذا ما يستفاد من نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المذكور أعلاه .

و الملاحظ أن المشرع أبقى على هذا الضمان عملا بنص المادة 44 من القانون رقم 11-04 بالنظر لأهمية هذا الضمان في إصلاح العيوب الظاهرة في البناء، وبالرجوع إلى العقد النموذجي فإنه نص على ضمان حسن الانجاز حيث تضمن: «يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و / أو حسن عناصر التجهيزات البنائية في أجل... (...).يوما،ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب.

إن هذا الضمان صالح لمدة... سنة،ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيازة المبين أعلاه،و كل الضمانات المعتادة المتعلقة بتغطية الالتزامات المهنية و التقنية الأخرى.»

والملاحظ عند استقراءنا لما جاء في العقد النموذجي أنه يقصد من ضمان حسن الانجاز هو ضمان البائع للتنفيذ الجيد للأشغال و الالتزام بإصلاح كل عيب يتحفظ عليه المقنتي و يخطر به، و يشمل هذا الضمان أيضا ضمان عناصر التجهيز، و قد حدد المشرع مدة الضمان بسنة على الأقل و يمكن الاتفاق على تمديد المدة لأكثر من ذلك دون تخفيضها، و هذا من خلال النقاط المتروكة لتحديد هذه المدة تبدأ احتسابها ابتداء من تاريخ الحيازة المثبت بموجب محضر عند الموثق الذي حرر العقد كما سبق التطرق إليه، بما يفيد أن المشتري تسلم البناء و يحوزه حيازة هادئة و مستمرة .

و عليه فإن تاريخ تحرير هذا المحضر له أهمية في تحديد بداية سريان ضمان حسن الانجاز إضافة لإثبات التسليم و التسلم و دفع الرصيد المتبقي و اعتبر هذه المدة هي نفسها مدة سقوط الحق في الضمان إذا لم يخطر البائع بتحفظه و إلزامه بالإصلاح، غير أنه لم ينص على مدة تقادم لرفع دعوى قضائية تلزم البائع بالإصلاح في حالة امتناعه و تجاوز المدة المتفق عليها لذلك في العقد كما فعل في الضمان العشري⁽¹⁷⁾.

بخلاف التشريع الفرنسي الذي جعل مدة الضمان هي نفس المدة التي يمكن من خلالها رفع دعوى قضائية، و هي سنة تبدأ من تحرير محضر استلام الأعمال أو انقضاء

شهر بعد حيازة المشتري للعقار مع تحفظ⁽¹⁸⁾، ولهذا فهو يشترط حدوث العيب بعد التسليم و الالتزام بالمطالبة بالإصلاح خلال سنة لأنها مدة سقوط⁽¹⁹⁾، وهذا ما يقودنا إلى الاعتقاد بأن مدة الضمان هي نفسها مدة رفع الدعوى، و بالتالي في حالة اكتشاف المشتري للعيب أو الخلل في اليوم الأخير من سريان مدة الضمان فإنه لا يستطيع رفع الدعوى في اليوم الذي يليه بصفته مستفيد من الضمان على أساس أن حقه فيها قد سقط بسقوط و انتهاء المدة.

و عليه يلتزم البائع بالإصلاح العيني لكل عيب يظهر خلال مدة الضمان، سواء تعلق بالبناء أو بعناصر التجهيز، و في حالة امتناعه أو عجزه عن إصلاحها، يقوم المشتري بإثبات العيب الظاهر بموجب محضر إثبات حالة محرر من طرف المحضر القضائي، و بعد إنذار البائع، يرفع دعوى يطالبه بالإصلاح و لم ينص المشرع على إمكانية أن يقوم المقتني بإصلاح العيب على نفقة البائع و بدلا منه، و بالتالي فهو لا يحتاج لرفع دعوى قضائية لازمه بالإصلاح، و بهذا يختصر الإجراءات و الوقت، و نستبعد التنفيذ بالمقابل مادامت هناك إمكانية لإصلاح العيوب على نفقة البائع، و لهذا نقترح إضافة هذا الحل في حالة الامتناع.

المطلب الثاني: الالتزام بضمان المسؤولية المدنية المهنية و العشرية

يلتزم المرقى العقاري و كل متدخل في عملية الانجاز بضمان المسؤولية المدنية سواء التي تضمن الأخطاء المهنية أو العشرية التي تغطي المسؤولية في حالة تهدم البناية، لتكفل شركة التأمين بتغطية هذه المخاطر و التعويضات للمقتني المتضرر في حالة قيام المسؤولية.

الفرع الأول: ضمان المسؤولية المدنية المهنية

تنص المادة 49 من القانون 11-04: (يجب على المرقى العقاري أن يلتزم بمسؤولية المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه، و يتعين عليه، بهذه الصفة، مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين و شركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة، و يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية. »

الملاحظ على نص المادة أنها تعمم إلزامية هذا التأمين على كل متدخل مهما كانت صفته و نطاق تدخله و هذا ما نصت عليه أيضا المادتين 01 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 95-95 المؤرخ في 09/12/1995 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، بحيث تلزم كل متدخل أن يكتب هذا التأمين الذي يمكن أن ينجر عن ما يلي:

الدراسات و التصاميم في الهندسة المعمارية، الدراسات و التصورات الهندسية، تنفيذ الأشغال على اختلاف أنواعها، فيما يخص صلاحيتها و رسوخها، أو فيما يخص أي شيء من شأنه أن يعرض المنشأة للخطر، المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء و تنفيذ الأشغال، متابعة ورشات البناء و ترميم المباني.

و طبقا لنص المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 95-414 المذكور أعلاه فإنها توجب على المتدخلين أن يكونوا معتمدين أو مرخص لهم أو مؤهلين في ميدان البناء و ترميم البناء طبقا للتشريع المعمول به قانونا، و تمتد هذه المسؤولية إلى كل المتدخلين الفرعيين إذا لم يكن لهم تأمين آخر طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 95-414 المذكور أعلاه.

أما عن مدة التأمين فإنها تمتد ابتداء من تاريخ فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال⁽²⁰⁾، و لا يسري مفعول هذا التأمين إذا كان يغطي مسؤولية المدنية المهنية للمتدخلين في الأشغال الثانوية إلاّ ابتداء من تاريخ مباشرة الأشغال فعلا، و يعتبر هذا التأمين من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، و يتعين على المرقى العقاري التأكد من إكتتاب المتدخلين في أعمال البناء في نفس المشروع عقد تأمين يحملهم هذه المسؤولية لدى نفس شركة التأمين المؤمن عندها طبقا للمادة 175، 176 من الأمر رقم 95-07.

يغطي هذا التأمين كل الأضرار الناجمة عن حوادث التي تطرأ أثناء إنجاز الأشغال، و في حالة الأضرار الجسمانية تدفع شركة التأمين كحد أقصى مبلغ مليون وخمس مائة ألف دينار (1.500.000 دج) عن الحادث الواحد مهما كان عدد المتضررين، و مبلغ مائة ألف دينار (100.000 دج) عن الحادث الواحد مقابل الأضرار المادية⁽²¹⁾.

و الملاحظ أن هذا التأمين يغطي مسؤولية المرقى العقاري بصفته رب العمل المسؤول عن إنجاز المشروع العقاري و المتابع لعملية إنجاز، عن كل مخاطر المترتبة على عملية التشييد اتجاه العمال و الغير، أما مسؤوليته المهنية اتجاه المقتنين المترتبة على قيام مسؤوليته التقصيرية أو العقدية فإنه يؤمن عليها بصفته مهني بداية من ممارسته لهذه المهنة، و عليه فهي لا تدخل ضمن التأمين على المسؤولية المدنية على أشغال البناء المنصوص عليها في نص المادة 185 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.

و يعاقب كل شخص لا يلتزم بهذا التأمين، بغرامة مالية يتراوح مبلغها من خمسة آلاف دينار (5.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)، و ذلك دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق في شأنه وفقا للتشريع المعمول به، و تحصل هذه الغرامات لحساب الخزينة العامة طبقا لنص المادة 185 من الأمر رقم 95-07، وهي

نفس العقوبات المقررة في حالة مخالفة إلزامية التأمين العشري التي نلخصها فيما يلي.

الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية المدنية العشرية

تنص المادة 554 من القانون المدني: « يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى و لو كان تهمد ناشئا عن عيب في الأرض و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما لم يوجد في المباني أو المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته.

و تبدأ مدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل نهائيا.

و لا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين».

الأصل أن المسؤولية العشرية هي مسؤولية المقاولين و المهندسين بموجب عقد المقاوله، إلا أنه يمتد هذا الضمان إلى بائع العقار على التصاميم، بصفة رب العمل المكلف بالرقابة، بحيث يلزم المتدخلين في عملية التشييد حتى المقاولين من الباطن بالضمان العشري، غير أنه بموجب نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 المؤرخ في 20/02/2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد مسؤوليات المهنة للمرقي العقاري⁽²²⁾ يتحمل المرقي العقاري المسؤولية العشرية بالتضامن مع المتدخلين في عملية الانجاز خلافا للقواعد العامة و متناقضا مع نص المادة 46 من القانون 11-04 الذي يجعله مستفيد من الضمان كما كان في ظل المرسوم التشريعي 93-03 الملغى.

بالرجوع لنص المادة 46 من القانون 11-04 و المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 يشمل هذا الضمان سقوط البناية كليا أو جزئيا جراء عيوب في البناء أو لرداءة أرضية الأساس خلال مدة الضمان.

نلاحظ أن المشرع وسع في النطاق الشخصي للمسؤولية و ضيق في الأضرار الموجبة للضمان لتشمل حالة التهمد نتيجة عيوب في البناء أو الأرض خلال عشر سنوات تبدأ من تاريخ تحرير محضر تسليم النهائي، و بالتالي فهو يختلف عن العيوب الظاهرة التي لا تكون بدرجة خطورة العيوب الخفية التي قد تؤدي إلى تهمد البناء، و تتطلب وقت أطول لظهورها، كما أنها تختلف عن عيوب المطابقة و إن كانت أحيانا عدم المطابقة قد تهدد سلامة و متانة البناء لعدم احترام المعايير المعمارية المطلوبة لكن لا تدخل ضمن المسؤولية العشرية⁽²³⁾، و ان كنا نفضل توسيع في الضمان ليشمل كل عيب يجعل المبنى غير صالح

للاستعمال لنجعل حماية أكثر للمشتري، أو على الأقل العيوب التي تهدد متانة البناء لنقوم بالإصلاح و ننفادى التهدم الكلي أو الجزئي للبنية.

و يجب ربط ظهور هذا العيب و اكتشافه بمدة الضمان العشري عملا بالمادة 554 من القانون المدني، و نسأل هل يتغير الحكم في حالة تفاقم العيب أو حدوث التهدم إلى ما بعد مدة الضمان؟

المفروض أن الأضرار التي تقع خارج مدة الضمان فهي غير موجبة للمسؤولية كونها مدة سقوط و ليست مدة تقادم، إلا أن محكمة النقض الفرنسية اشترطت لقبول المسؤولية العشرية خارج هذه المدة إخطار صاحب البناء البائع عن هذا الخلل أو العيب الذي تفاقم و تصاعد قبل انتهاء المدة، بخلاف التشريع الجزائي الذي لم يدرج هذا الحكم .

و عليه بمجرد قيام المسؤولية تلتزم شركة التأمين بالتعويض عن كل ضرر مادي أو جسماني في حالة وقوع الأخطار المؤمن عليها، إضافة المبالغ المدفوعة لأجل إنجاز البناء في حالة تدمره و كل الأجور و الرسوم في حالة وجودها و التي تحدث خلال مدة سريان عقد التأمين⁽²⁴⁾، غير أنها تخرج عن الضمان حالات انزلاق التربة و الانفجارات أو الحريق إذا لم يكن مؤمن عليها، و الأضرار التي تحدث قبل اكتتاب عقد التأمين، إضافة إلى الكوارث الطبيعية بصفة عامة التي أصبح لها تأمين إلزامي مستقل، كما أنها لا تضمن حالات عدم الاستقرار السياسي كالحروب الأجنبية و الأهلية⁽²⁵⁾.

و يستفيد من مبلغ التأمين أو جزء منه الغير المتضرر، و ذوي حقوقه مدام لم يستوفي حقه من المبلغ المالي المترتب عن الفعل الضار بسبب المسؤولية المؤمن عليها، و ينتقل هذا الحق في التأمين مع انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف عملا بالمادتين 24، 54 من الأمر رقم 07 95-.

المطلب الثالث: العقوبات المقررة في حالة مخالفة المرقى العقاري التزاماته

بخلاف المرسوم التشريعي رقم 93-03 الذي فرض على المرقى العقاري التزامات دون ترتيب عقوبات إدارية و جزائية نتيجة مخالفة ذلك، و اكتفى بالجزاء العام الذي يقتضي في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية فسخ العقد و التعويض في حالة ثبوت الضرر نتيجة عدم التنفيذ و بترتب المسؤولية المدنية للمرقى العقاري طبقا للقواعد العامة، بخلاف القانون رقم 11-04 .

فبالرجوع لنص المادة 63 من القانون رقم 11-04 قسم العقوبات إلى إدارية و جزائية، و إن كنا نفضل استعمال مصطلح العقوبات التأديبية و التي تتنوع حسب جسامته الخطأ، غير أنه بالرجوع لنص المادة 64 فإن العقوبات الإدارية تتنوع بين السحب المؤقت

لمدة لا تتجاوز ستة أشهر في الحالات التالية:

- تقصير المرقى العقاري في تنفيذ جزئي و غير مبرر لالتزاماته تجاه المقتنين.
- عدم احترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة، التي تقتضي احترام المهنة و الحفاظ على سمعته المهنية.
- تقصير في التزاماته المهنية و التعاقدية.
- و السحب النهائي للاعتماد و هي أخطر عقوبة تنتفي معها صفته كمرقى عقاري، و تكون في الحالات التالية:

- حالة عدم استفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على اعتماد، لأن حسن اختيار المرقى العقاري تؤدي لحسن تنفيذ لنشاطات الترقية العقارية و تحمي المقتنين من التعامل مع أشخاص قد تتحل هذه الصفة، لهذا اشترط المشرع ممارسة المهنة من قبل مرقى عقاري معتمد و مقيد في الجدول الوطني للمرقين العقارين و في السجل التجاري.
- إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر و دون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد.
- إذا قصر المرقى العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة و المقتنين و شركائه.

أما السحب التلقائي للاعتماد فلا نعتبره عقوبة في حالة وفاة المرقى العقاري أو كان موضوع عجز جسماني أو عقلي لانعدام الخطأ في جانب المرقى العقاري، رغم ذلك أورد المشرع ضمن العقوبات الإدارية، بخلاف حالة ثبوت غش ضريبي تعمد المرقى العقاري و حالة التصفية القضائية لارتكابه جنحة الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس و عدم استفادته من تسوية قضائية يمكن القول أن هناك خطأ يستحق التعويض.

تعين المخالفة الهيئة التابعة للسكن و العمران المحددين في المادة 66 من القانون رقم 04-11، لتحرر محضر بالمخالفة يوقع عليه العون الذي عين المخالفة و المخالف ليرسل في غضون 72 ساعة إلى الجهة القضائية المختصة و ترسل نسخة في أجل لا يتعدى 7 أيام إلى الوالي المختص إقليمياً، دون الإخلال بحق الطعن المقرر للمرقى العقاري لدى الوزير المكلف بالسكن طبقاً لنص المادة 65.

أما العقوبات الجزائية المقررة في القانون رقم 04-11 تضاف إلى العقوبات المقررة في قانون العقوبات مثل النصب و الاحتيال و العقوبات المقررة في حالة مخالفة قواعد

البناء في القوانين الخاصة، و الملاحظ أن المشرع على وضع جزاءات لمخافة المرقبي العقاري لالتزاماته المهنية و التعاقدية، و تضاعف في حالة العود عملا بنص المادة 78.

و بالرجوع لنص المادة 77 من نفس القانون تعاقب المخالف في حالة ممارسة المهنة بدون الاعتماد بنفس عقوبات المنصوص عليها في نصي 243 و 372 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة انتحال المهنة أو صفة بعقوبة حبس لثلاث أشهر إلى سنتين و غرامة 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى العقوبتين و النصب و الاحتيال بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة إلى 400.000 دينار.

و في حالة الإخلال بواجب الإعلام لاسيما البيانات المحددة في المادة 30 من القانون رقم 11-04 (26) يعاقب لغرامة من 200.000 دينار إلى 2.000.000 دينار عملا بنص المادة 76 من نفس القانون.

و يعاقب في حالة الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في العقود و الصفقات و الوثائق لعقوبة من شهر حبس إلى خمس سنوات و غرامة مالية من 200.000 دينار إلى 2.000.000 دينار أو بإحدى العقوبتين (27).

كما يجب أن يتم إبرام البيع قبل الانجاز إما في صيغة البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق (28)، و في حالة المخالفة يعرض الفاعل لعقوبة الحبس من الشهرين إلى سنتين و لغرامة من 200.000 دينار إلى 2.000.000 دينار عملا بنص المادة 64 من القانون رقم 11-04.

و في حالة قبول تسبيقات أو دفعات قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو في عقد حفظ الحق قبل توقيع عقد البيع (29) بحبس من شهرين إلى سنتين و غرامة 200.000 دينار و 2.000.000 دينار عملا بنص المادة 71 من نفس القانون.

و في عقد حفظ الحق يلتزم بتحرير عقد البيع خلال الأجل المحدد في نص المادة 33 من القانون رقم 11-04 (30)، لغرامة من 200.000 دينار إلى 2.000.000 دينار .

أما في حالة عدم الالتزام بتبليغ المقتني لنظام الملكية المشتركة قبل تسليم البناية (31)، يتعرض لدفع الغرامة بنفس القيمة المذكورة أعلاه طبقا لنص المادة 72 من نفس القانون.

و في حالة عدم الالتزام بالضمانات و التأمينات المحددة في نص المادة 55 من هذا القانون، بالحبس من شهرين إلى سنتين و غرامة من 200.000 دينار إلى 2.000.000 دينار أو بإحدى العقوبتين.

الخاتمة:

حرص المشرع الجزائري على حماية مقتني العقار قبل الانجاز أكثر من حماية المرقى العقاري في ظل الأحكام المستحدثة بموجب القانون رقم 11-04 بهدف القضاء على تعسف هذا الأخير و استغلاله حاجة المتعاقد الملحة للسكن مما أدى بعدم وجود توازن عقدي، و لهذا ألزمه بالانتساب إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة تحت طائلة تطبيق جزاءات إدارية و عقوبات جزائية لمراقبة كل مرقى عقاري معتمد و تتبع مشاريعه العقارية لاسيما المتعلقة بالبيع قبل الانجاز من خلال إلزامه باكتتاب ضمان عليها لدى الصندوق بهدف القضاء على كل أشكال الترقية العقارية الوهمية و ضمان إنهاء الانجاز في حدود الأموال المدفوعة من قبل المقتني أو استرداد الأقساط المدفوعة غير أن هذا لا يوافق طموح المقتني بتسلم البناء كاملا خلال الأجل المحدد في العقد.

لهذا نقترح تحويل المشروع لمرقى عقاري يستفيد من أرباح ما سيتم انجازه لفائدة المقتني الذي يلتزم بدفع باقي الأقساط له بعد فسخ العقد السابق و إبرام عقد جديد مع هذا المرقى.

كما استحدث المشرع الحماية السابقة للتعاقد من خلال إلزام المرقى العقاري بإعلان و أعلام الصادق و عدم استغلال و التأثير على إرادة المقتني في التعاقد بهدف منحه حرية التعاقد و عدم وقوعه في عيب من عيوب الإرادة التي تؤثر على صحة العقد، و إن كنا نرى ضرورة تطبيق قواعد حماية المستهلك في هذا المجال و التي استثناها المشرع من التطبيق و اقتصرها على المنقول دون العقار.

أما بعد إتمام الانجاز خلال الأجل المحدد لذلك فإن دور المرقى العقاري لا ينتهي فهو يضمن المطابقة للرخص الإدارية المسلمة له و التي علق المشرع الانتفاع بالبناء بالحصول على هذه الشهادة، و حتى إذا تم التسلم فإن البائع ملزم بضمان حسن الانجاز سنة على الأقل من التسليم المؤقت للبناء من خلال إصلاح العيوب الظاهرة و عيوب عناصر التجهيز، و نقترح في حالة الامتناع أن يقوم المقتني بالإصلاح على نفقة المرقى العقاري دون حاجة للجوء للقضاء مدام هو ملزم بتحقيق نتيجة.

وبعد التسليم النهائي يلتزم بضمان مسؤوليته المدنية المهنية و العشرية و إلزام المتدخلين في عملية الإنجاز بالتأمين مسؤوليتهم، بهدف ضمان كل حالة تهدم كلي أو جزئي للبناء لتعويض المقتني الخسارة المترتبة في حالة تحقق هذا الخطر، و إن كنا نقترح فتح المجال لإصلاح كل العيوب التي تهدد متانة و صلابة البناء و تجنب حالة التهدم.

نخلص أن المشرع وضع جملة من ضمانات و أحكام آمرة و صارمة رتب عليها جزاءات لحماية مقتني العقار قبل الانجاز، ونحن نرى أن هذه الجزاءات لا تشكل عائقا في وجه المرقى العقاري الملتزم بتطبيق القانون و تنفيذ التزاماته المهنية و التعاقدية، وإن أثقل المشرع في فرض التزامات على المرقى العقاري أكثر من المقتني لما تفرضه خصوصية هذا العقد و لضمان الأموال المدفوعة من قبل المقتني في إطار البيع على التصاميم لهذا خصها المشرع بضمانات أكثر من عقد حفظ الحق، لكن يبقى مشكل التجاوزات القانونية و تفنن بعض المرقين في التهرب من تنفيذ بعض التزاماتهم مطروحا ما لم نحرص على فرض الرقابة الفعلية و المستمرة على المرقى العقاري و الحرص على تطبيق الجزاءات في حق كل مخل و متابعته تأديبيا و جزائيا.

قائمة الهوامش و المراجع:

1. نفضل استعمال مصطلح صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في بيع العقار قبل الإنجاز فهو منشأ بهدف ضمان هذا النوع من البيع سواء في صيغة البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق، و لا يشمل كل نشاطات الترقية العقارية التي وسع المشرع العمليات التي تشملها عملا بنص المادة 14 من القانون رقم 11-04.
- و نشير أنه لم يتم تنصيبه فعليا إلا في سنة 2000، و قبل هذا التنصيب قامت شركات التأمين المصرفية بكفالة المرقى العقاري، راجع هامش أ/ ليلي زروقي و أ/ عمر حمدي باشا: «المنازعات العقارية» بدون رقم طبعة لسنة 2002 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ص 271.
2. راجع نص المادة 04 و نص المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المذكور أعلاه.
3. وزارة السكن و العمران، صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، محضر الجمعية العامة السابعة، 28/10/2008 ص 50.
4. المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1998، قسم الوثائق لسنة 1999 ص 105.
5. MARIANNE FAURE-ABBAD; droit de la construction; Gualino lextenso edition paris 2013pp182188-183- .
6. 6-Jean Calais-Auluy, Henri Temple, Droit de la cosomation, 8 édition ,DALLOZ, 2010, p55.
7. عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الالكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب و الحق في الإعلام، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد الثاني، مجلة علمية أكاديمية محكمة نصف سنوية تعنى

- بالبحوث و الدراسات القانونية و السياسية مجلة كلية الحقوق جامعة سعد دحلبل
البليدة، جانفي 2012، ص 319 .
8. برهامي فايزة، التزامات الأطراف السابقة للتعاقد، دار الجامعة
الجديدة، 2014، مصر، ص 141 .
9. السيد محمد السيد عمران، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، الالتزام
بالأخبار، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2000، مصر، ص 22 .
10. محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار
على التصاميم، المجلة الجزائرية العدد 02، جامعة الجزائر 01، 2010، ص 61 .
11. الجريدة الرسمية العدد 41 .
12. وزارة المالية، مديرية أملاك الدولة، مجموع النصوص القانونية لسنة
2011، ص 179 180- .
13. Olivier Tournafond :»Vente d'immeuble à Construire «, répertoire de
droit civil , année 2001, encyclopédie Juridique Dalloz, Paris, p.22 sect. 61.
14. أ/ سمير عبد السميع الأودن : «تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء و الضمانات
الخاصة لمشتري الوحدات السكنية»، الطبعة الأولى، لسنة 2001، مكتبة و مطبعة
الإشعاع الفنية الإسكندرية مصر، ص 64، 63 .
15. طبقا لنص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 91-91 المؤرخ في
28/05/1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة
التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة، و رخصة الهدم و تسليم ذلك، الجريدة
الرسمية العدد 26 .
16. طبقا لنص المادة 56 و 75 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 و
المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية العدد 52 و لنص المادة 54 من المرسوم
التنفيذي رقم 91-176 المذكور أعلاه .
17. فمدة الضمان العشري هي عشر سنوات ابتداء من تاريخ تحرير محضر التسليم
النهائي، و أجل رفع الدعوى هو ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو
اكتشاف العيب، عملا بالمادتين 544 و 557 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في
26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .
18. Roger Saint Alary , Corinne Saint Alary Houin : «Droit de la
construction», 6ème édition, année 2001 ,Dalloz , p.116 .
19. -Marianne Faure-Abbad, op cit , p 325.
20. المادة 02/05 من المرسوم التنفيذي رقم 95-144 المؤرخ في 09/12/1995
المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء من المسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، الجريدة
الرسمية العدد 76 .

21. فلفول فاطمة الزهراء، بيع العقار بناء على التصاميم من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-03، مذكرة نهاية التربص، الدفعة الثانية، التخصيص قانون العقاري، المعهد الوطني للقضاء، السنة 2001-2002، ص 30-31.
22. المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20/02/2011 المتضمن دفتر شروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، جريدة الرسمية العدد 11.
23. المادة 55 من القانون المدني.
24. المادتين 01 و 02 من الشروط العامة للمسؤولية العشرية لعقد التأمين
25. المادة 06 من نفس الشروط.
26. المتعلقة بأصل الملكية و رقم السند العقاري، عند الاقتضاء مرجعيات رخصة التجزئة، و شهادة التهيئة و الشبكات و كذا تاريخ و رقم رخصة البناء التي يجب أن يتضمنها عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق عملا بنص المادة 30 من القانون رقم 11-04
27. المادة 75 من القانون رقم 11-04.
28. طبقا للمادتين 27-28 من القانون رقم 11-04.
29. لا يستفيد المرقي العقاري من التسييق المدفوع لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة إلا بعد توقيع عقد البيع المحرر لتنفيذ المرقي العقاري لالتزامه المترتب على عقد حفظ الحق عملا بالمادة 52 من القانون رقم 11-04.
30. ثلاث أشهر من الاستلام المؤقت للبناءة أو جزء من البناءة المحجوزة يلتزم المرقي العقاري بتحرير عقد البيع مقابل تسديد السعر الكلي للبناءة عملا بنص المادة 33 من القانون رقم 11-04.
31. المادة 61 من القانون رقم 11-04.

خصوصية الإيجاب الإلكتروني

أ. بولمعلي زكية

طالبة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر

مقدمة:

تعتبر العقود أهم مصادر تجميع الأموال والثروات، فقد تم الاعتماد عليها منذ الأزل حيث ارتبطت بوجود الإنسان أساسا، وتوسعت رقعة الاعتماد عليها فكان لزاما عليها أن تتطور لكي تسهل تحقيق مآرب الأفراد والمجتمعات واهتماماتهم، ومع ظهور ما يسمى بالمعلوماتية والحواسيب الإلكترونية فقد نحت العقود منحى آخر، إذ أصبح معظمها ذو طابع إلكتروني. وباعتبار الصيغة أهم أركان العقد فقد تأثرت هي الأخرى بالثورة المعلوماتية فصارت صيغة إلكترونية.

يعد الإيجاب الإلكتروني الإرادة الأولى في العقود الإلكترونية به تنقل إرادة الموجب إلى الطرف الثاني. يعبر عنه بوسائط رقمية عكس ما كانت عليه قبل ظهور المعلوماتية لكن الإشكال الذي يطرحه ذاته في هذا المقال هو مدى القول بخصوصية الإيجاب الإلكتروني في ظل التعبير عنه في وسط افتراضي؟ بمعنى آخر هل خصوصية الوسائط المعتمد عليها في التعبير عن إرادة الموجب تقتضي منا القول بخصوصية الإيجاب الإلكتروني بالتبعية مما يلزمنا باستحداث قواعد جديدة تتلاءم مع هذا النوع من العقود؟

المبحث الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

يعتبر مفهوم الإيجاب الإلكتروني من بين أهم المفاهيم القانونية التي كانت محل جدل وذلك من خلال تعريفه وخصائصه وكذا اختلاطه بما يشابهه من مفاهيم كالدعوة إلى التعاقد أو التفاوض والإعلان .

المطلب الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني وخصائصه

تعددت التعاريف بخصوص الإيجاب الإلكتروني باعتبار تمامه بوسائط تقنية مستحدثة كالانترنيت والهاتف والفاكس. تمخضت عن هذه التعاريف مجموعة من الخصائص والمعطيات.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني

نظرا لطبيعة التجارة الإلكترونية والفضاء الإلكتروني الذي تتم من خلاله، مع إدراجه من الناحية التشريعية ضمن العقود المبرمة عن بعد، فإن الإيجاب يجب أن يعرف ضمن هذه الخاصية.

حيث عرفه التوجيه الأوروبي 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 والمتعلق بحماية المستهلكين بـ: «يقصد بالإيجاب كل اتصال عن بعد، يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان»⁽¹⁾.

فالإيجاب عمل إرادي يهدف إلى إقامة علاقة شخصية، فيجب من أجل هذا أن يكون موجها إلى الغير، بهدف السعي إلى إجراء عقد في رد فعل من قبل الغير، كما يجب أن يقترن بطلب ذلك إلى هذا الغير.⁽²⁾

كما أورد مشروع اتفاقية أليو نسترال للتعاقد الإلكتروني تعريفا لمقدم العرض ومتلقيه، حيث نصت الفقرة (ز) من المادة الخامسة من المشروع على أنه: يقصد بتعبير «مقدم العرض» أي شخص طبيعي، أو كيان قانوني يعرض سلعاً أو خدمات

(«Offeror» means a natural person or legal entity that offers goods or services).

نصت الفقرة (ح) من نفس المادة على أنه شخص طبيعي أو كيان قانوني يتسلم أو يسترجع عرضاً لسلع وخدمات.

(« Offertory » means a natural person or legal entity that receivers or retrieves an offer of goods ,or services)⁽³⁾.

كما تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية من الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي: «تمثل الرسالة إيجاباً إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد، أو أشخاص محددين ماداموا معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ولا يعتبر إيجابياً الرسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك»⁽⁴⁾.

كما ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه: «تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه

إليه أن يقبل التعاقد مباشرة.⁽⁵⁾

إن ما يعاب على هذا التعريف أنه قصر الإيجاب الإلكتروني على تقنية الانترنت، وتجاهل الوسائل الإلكترونية الأخرى المعتمد عليها للتعبير عن الإرادة، وذلك في ظل التطور المتنامي والسريع لهذه الوسائل.

صفوة القول وما يمكن أن يكون تعريفا راجحا للإيجاب الإلكتروني هو ما يلي:
 « الإيجاب الإلكتروني تعبير جازم عن الإرادة، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال، سواء مسموعة أو مرئية أو كليهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى مع القبول».⁽⁶⁾

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني

على الرغم من عدم اختلاف الإيجاب الإلكتروني عموما عن الإيجاب في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، إلا أنه يتمتع بنوع من الخصوصية نظرا لطبيعة الوسائل المستعملة للتعبير عن الإرادة، وعليه فقد ارتأينا في هذا المقال تسليط الضوء على الخصوصية التي يتمتع بها الإيجاب الإلكتروني من خلال العناصر التالية:

أولا: الإيجاب الإلكتروني تعبير يتم عن بعد

إن هذه الخاصية تتمخض عن خصائص العقد الإلكتروني، بحيث أن الإيجاب الإلكتروني هو الآخر يتم عن بعد وبالتالي فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد، بحيث تفرض على مقدم العرض أو الخدمة التزامات نص عليها التوجيه الأوروبي رقم 97/07 والمرسوم الفرنسي رقم 2001/741 الصادر في 23 أوت 2001 وهي على النحو الآتي:

- تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له.
- عنوان البريد الإلكتروني.
- الخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات والمعروضة وأوصافها وأثمانها، وسائل الدفع أو السداد وطريقة التسليم.
- خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد.
- إعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان.⁽⁷⁾

ثانيا: الإيجاب الإلكتروني في الغالب ذو طابع دولي.

بما أن الإيجاب الإلكتروني يتميز عن الإيجاب التقليدي بالنظر إلى الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة وهي الشبكة العنكبوتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي ذلت الحدود وجعلت من العالم قرية واحدة، فإن الصفة العالمية أصبحت الصفة الأولى التي يتحلى بها الإيجاب الإلكتروني، بحيث أن البائع يتمكن من عرض بضاعته على سوق دولية من خلال متجر افتراضي تجسده وسائل الاتصال الحديثة.⁽⁸⁾

ثالثا: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني.

إن أهم خاصية يتميز بها الإيجاب الإلكتروني هو تمامه بواسطة إلكترونية مقدم الخدمة "الانترنت" وباقي الوسائل الإلكترونية كالفاكس والتلغراف والهاتف حيث يتم عرض الإيجاب من خلال هذه الوسائل، والإيجاب المقدم بواسطة خدمة الانترنت وما يميز هذا النوع من الإيجاب أنه لا يكون فعالا من وقت صدوره، بل من الوقت الذي يتم فيه إطلاق الإيجاب من خلال الإنترنت، إذ يترتب عليه الوجود المادي للإيجاب وابتداء من هذا الوقت ومنه يرتب الإيجاب آثاره القانونية.

وقد يتم سحب الإيجاب من طرف الموجب وبهذا يعتبر الإيجاب عديم الأثر وكأنه لم يوجد أصلا وذلك لعدم تمكن الراغبين في التعاقد من الإطلاع عليه، فيبقى حبيسا في نفس الموجب، ومن غير المعقول الإطلاع على ما بالنفس البشرية للموجب والعلم بما يدور بها من أفكار وآراء. فشبكية الانترنت هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن هذه الإرادة والإطلاع عليها، من خلال ما يدعى برسائل البيانات التي يتبادلها أطراف التعاقد.⁽⁹⁾

رابعا: افتقار الإيجاب الإلكتروني لليقين القانوني.

باعتبار الانترنت أداة للتعبير عن الإيجاب الإلكتروني فهي عادة تتسم بالافتقار إلى الأمان، فثمة خطر حقيقي يكتنفها يتجسد في بث معلومات وعروض غير موثوقة عن طريق مختلف تقنياتها، وعادة ما يتعرض المستهلك إلى الاعتداء على خصوصياته، لاسيما وأن تقريرا يؤكد بأن اثنين من كل ثلاثة مستهلكين، يتعرضون لمخاطر سوء استعمال معلوماتهم الشخصية من قبل مرتادي مواقع الانترنت هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الميزة الأساسية لشبكة الانترنت السرعة والفورية في إجراء مختلف المعاملات، حيث يغفل المستهلك عن الإطلاع الفعلي على مضمون العرض والتأكد من ملائمة مختلف السلع والخدمات لرغبته الشخصية فتبدو له صعوبة في التأكد من تحقق رضاه بمضمون العرض أو الخدمة، كما يبدو العسر في التحقق من الرقابة على طبيعة المنتجات والخدمات

المعروضة على هذه الشبكة، فقد يفاجأ المستهلك بمنتج غير مطابق ومقلد أو أقل جودة ولعل هذا السبب هو الدافع الذي من أجله واجه المجلس الفرنسي للاستهلاك هذه الحالة بأن يشترط وجود شهادة المطابقة تؤكد حقيقة المنتج وفقا للمستوى الدولي.⁽¹⁰⁾

وعليه فإن الحاجة إلى حماية المستهلك تتزايد يوما بعد يوم خاصة في ظل التحريض على التعاقد والاستمالة والإغراء التي يتعرض لها بين الفينة والأخرى في ظل تعطشه للحصول على منتجات وخدمات بأسعار معقولة، وفي ذات الوقت تطابق حاجاته الملحة التي تستلزم التحقيق، مما يدفعه إلى النقر على الحاسب الآلي ويصدر الموافقة بحيث يجد نفسه متورطا بالتزام عقدي دون التروي والتريث لما هو مقدم عليه.

خامسا: استمرارية الإيجاب الإلكتروني

يمتاز الإيجاب الإلكتروني بميزة الاستمرارية، بحيث يكون للشخص المطلع على العرض متسع من الوقت للإطلاع على هذا الإيجاب مرارا وتكرارا، فيقوم بقراءة المحتوى ثم يعيد الكرة، سواء كان هذا العرض في الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني خاصة مع حلول البريد الإلكتروني محل الكلام الذي كان يعبر عن إرادة الأطراف، فيرسل الإيجاب من خلال المواقع الإلكترونية (WEB.SIT) مباشرة سواء كان العرض مباشرا أو من خلال الحاسب الموصول بكاميرات المشاهدة، وبهذا يستمر الإيجاب على مدار الأربع والعشرين ساعة ولكافة المهتمين ودون تحديد.⁽¹¹⁾

سادسا: تنوع الإيجاب الإلكتروني

لقد ساهمت الإنترنت في تذليل العديد من العقبات وساعدت على اختصار الجهد والوقت والتكاليف وساهمت إلى حد كبير في تطوير التجارة على الصعيد المحلي والدولي. كما ساهمت في إضفاء صفة نوعية على الإيجاب الإلكتروني الذي يتم من خلالها وميزته عن الإيجاب التقليدي، كونه يتجسد في نوعين من العروض العرض العام والعرض الخاص.⁽¹²⁾

فالإيجاب الإلكتروني يمكن أن تخص به فئة معينة ومقصودة وهو ما يدعى بالإيجاب الخاص، ويتم هذا الإيجاب عبر تقنيتين البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة (Chatting) وذلك عندما يقصد التاجر بعرضه فئة معينة، وما يسود في اعتقاده باهتمامهم الحقيقي بمنتجه أو خدماته، فيخص كل شخص منهم بعرضه ويرسل رسالة إلكترونية إلى بريد كل واحد منهم ويتحقق العلم بالإطلاع الفعلي على البريد الإلكتروني ومحتوى العرض، وبهذا تتحقق فاعلية الإيجاب ويتسنى للمرسل إليه الرد على الرسالة.⁽¹³⁾

إن الإيجاب الخاص يسمح بالتأكد من توفر الإيجاب على الشروط القانونية كما يسهل إيصال الإيجاب إلى المرسل إليه، فيتضمن من هذا الإيجاب كل ما يتعلق بأمور العقد، إلا أن الواقع يؤكد عكس هذا ذلك أن التاجر في عديد من الأحيان يقصد تجنب الالتزام التام، حتى يحمي نفسه أو يعتبر عرضه مجرد إعلان وحتى يتمكن من التراجع بالرغم من قبول الموجب له بمضمون العرض، وخوفا من الظروف ككساد السلعة أو ارتفاع الأسعار، وغيرها من المعوقات. (14)

أما الصورة الثانية للإيجاب الإلكتروني فهي الإيجاب العام والذي يطرح عادة على مواقع الويب (WEB) الموجودة على شبكة الانترنت وعليه ففي هذه الصورة يكون العميل غير محدد ويكون العرض موجها لكافة المتصفحين للموقع. (15)

هناك آثار قانونية عديدة تترتب على التفرقة بين صوري الإيجاب الإلكتروني (العام والخاص) ففي الإيجاب العام تكون شخصية الموجب غير مهمة بالنسبة لمقدم العرض وبالتالي يستطيع أي شخص تقديم قبوله.

إلا أنه هناك من يتمسك بنهاية مفعول الإيجاب بالنسبة للآخرين بمجرد صدور القبول من طرف شخص ما وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية. (16)

هناك من يتمسك بانعقاد العقد بالنسبة لكل القابلين وهنا تطرح إشكالية نفاذ المخزون، لذلك اقترح البعض استفادة التاجر من حق الرجوع حتى لا يكون ملتزما تجاه كافة القابلين بمضمون العرض. (17)

حتى يتفادى التاجر تحمل المسؤولية الناجمة عن قبول العرض فإنه يجب عليه أن ينص في إيجابه على أن العرض لا يتعدى أن يكون دعوة للتعاقد أو دعوة للدخول في مفاوضات (18) بأن يستعمل عبارة: "دون تعهد": "sans engagement" «أو»: بعد التأكيد: "après confirmation" وغيرها من العبارات الدالة على مقصود صاحبها وبهذا تصبح رسالة المرسل إليه "إيجابا" والرسالة الصادرة من قبل البائع "قبولا".

في هذا الصدد ظهر جدل فقهي حول مدى اعتبار الإيجاب المقترن بتحفظ إيجابا حقيقيا أم أنه مجرد دعوة إلى التعاقد.

فالبعض يرى أن الإيجاب المقترن بتحفظ مجرد دعوة إلى التعاقد في حين يرى البعض الآخر أن الإيجاب الذي يتضمن تحفظا ما أنه يبقى مكتسبا لوصف الإيجاب وإنما يكون محدد النطاق. (19)

المطلب الثاني: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه

يختلط مفهوم الإيجاب الإلكتروني بعدد من المفاهيم أهمها الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض وكذا الإعلان الإلكتروني.

الفرع الأول: الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد أو التفاوض

لقد اختلف فقهاء القانون المدني في إعطاء تعريف شامل لجميع معاني التفاوض بحيث يرى البعض بأنه: "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكتسبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بنية من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعريف على ما يسفر عنه الاتفاق والالتزامات لطرفيه"، كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما"، كما يرى البعض الآخر بأنه حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل وتتم المفاوضات عادة عن طريق البريد الإلكتروني.⁽²⁰⁾

الدعوة إلى التفاوض ما هي إلا دعوة لما تم سرده من مفاهيم وتجد الإشارة إلى وجوب التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض أو الدعوة إلى التعاقد نظرا للأهمية المترتبة على هذه التفرقة والتي تتجلى فيما يلي:

- بالإيجاب ينعقد العقد وينتج آثاره متى ارتبط بقبول مطابق.

أما قبول الدعوة إلى التفاوض والتعاقد فلا يرتبان أي أثر قانوني.⁽²¹⁾

لقد اختلف الفقه في تبني معيار موحد للتفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد أو التفاوض حيث وجد معياران:

المعيار الأول: معيار النية الجازمة للتعاقد والمعيار الثاني: المعيار الوظيفي.

أولا: معيار النسبة الجازمة للتعاقد

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن فيصل التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد أو التفاوض هو نية صاحبها إذ أن الإيجاب يتوفر على نية جازمة وأكيدة للتعاقد في حين أن الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد هو جس للنبض من أجل التفكير في مدى تحقيق الرغبة الأكيدة في أمر التعاقد.⁽²²⁾

لقد اعتمد الفقه الفرنسي وكذا القضاء هذا المعيار للتفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، حيث اعتبر أن الخوض في تفسير العروض الأولية هو من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع هنا لرقابة محكمة النقض، كما أن القانون الفرنسي استرشد بمعيار الفارق الوظيفي حيث أقر بأن العرض الدقيق والمفصل والواضح يميل أكثر لاعتباره إيجاباً وكلما كان العرض غامضاً غير واضح وغير دقيق ووسع صاحب العرض من حق التنصل من الالتزام اعتبر العرض مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض.⁽²³⁾

نظراً للمسؤولية التي يمكن أن يتحملها صاحب العرض فإنه في العديد من الأحيان يحرص على أن يقرن عرضه بتحفظات فيما أن يكون هذا العرض إعلاناً أو مجرد دعوة إلى التعاقد.⁽²⁴⁾

ثانياً: معيار الفارق الوظيفي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن وجه الاختلاف بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التفاوض يكمن في الوظيفة المقصودة منه، فالإيجاب الإلكتروني هو عرض بات يقصد منه إنشاء مشروع واضح المعالم بغية ترتيب الآثار القانونية والمتمثلة في الالتزامات المترتبة عن هذا الإيجاب، في حين أن الدعوة إلى التعاقد يقصد منها اكتشاف كل من يرغب في التعاقد، ضف إلى هذا فحسب هذا المعيار فإن الإيجاب الإلكتروني يحوي مقومات لا تتوفر غالباً في الدعوة إلى التعاقد وقبول مضمون الإعلان لا يترتب عنه انعقاد العقد بل هو قبول للتفاوض لا غير.⁽²⁵⁾

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني تبنى هذا المعيار من خلال ما أورده في نص المادة 94 من القانون المدني والتي تنص على: "يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً..."، ما يفهم من مضمون الفقرة الأولى من المادة 94 أن عرض البضائع مع بيان مقومات هذا العرض كثمن البضاعة اعتبره المشرع الأردني إيجاباً نهائياً وباتاً سواء أكان هذا العرض موجهاً إلى الجمهور أو إلى أشخاص معينين وبالتالي متى اقترن الإيجاب بالقبول فليس للموجب أن يرجع عن إيجابه وينعقد العقد، كما أشارت المادة 14 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 إلى أن العرض لإبرام عقد يعتبر إيجاباً وإن لم يكن موجهاً إلى شخص معين طالما تضمن العرض تعبيراً صريحاً لصاحبه عن نيته في التعاقد مع الشخص القابل لهذا بالنسبة للفقرة الأولى من هذه المادة، أما الفقرة الثانية فقد اعتبرت العرض مجرد دعوة للتفاوض إذا وجه إلى أشخاص غير محددین إلا إذا عبر صاحبه صراحة بأنه إيجاب.⁽²⁶⁾

ما يفهم من خلال هذا العرض أن هذه الاتفاقية أضفت صفة الإيجاب الإلكتروني على العرض المقدم إلى الجمهور في حالتين:

الحالة الأولى: وفيها ينظر إلى نية صاحب العرض، فإذا كانت لديه نية حقيقية في التعاقد فهنا يكون العرض إيجابا.

الحالة الثانية: وفيها ينظر إلى تعبير أو تصريح صاحب العرض، فإذا صرح هذا الأخير بأنه إيجاب فإنه يكسب هذه الصفة على أساس التعبير الصريح على الإرادة.

الفرع الثاني: الإيجاب الإلكتروني والإعلان

يعرف الإعلان بأنه: «كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية لتوريد أشياء أو خدمات».⁽²⁷⁾

كما عرف على أنه: «جذب الانتباه إلى إعطاء معلومات عامة عن المميزات المدعى بها». الإعلان هو النشاط أو الفن الذي يؤثر على الجمهور لتحقيق أهداف تجارية بحيث يعتبر مجموعة من الوسائل يستخدمها التاجر بقصد تكوين وتنمية العملاء.

ففي العديد من الأحيان تعرض على شبكات الويب مجموعة من العروض التجارية لاستقطاب الجمهور إليها ولفت الانتباه بما يتضمنها من سلع وخدمات، تهدف أولا وأخيرا إلى صرفها لطالبيها بمقابل ولعل هذا الأخير هو وجه الشبه بين الإعلان والإيجاب المفضي إلى التعاقد.

غير أن الإعلان وكما هو معلوم يكون عادة موجهها إلى كافة الجمهور وتحتل فيه عناصر الإيجاب وهنا يكمن موطن الخلل، فهل يعتبر كل إعلان إيجابا إلكترونيا أم هو مجرد دعوة للتعاقد؟

اختلفت الاتجاهات وتعددت الآراء في إضفاء صفة الإيجاب الإلكتروني على الإعلانات المطروحة على شبكة الإنترنت، فمنهم من اعتبرها إيجابا ومنهم من أنكر عليه هذه الصفة.

و عليه فسوف نحاول في هذا المقال عرض أهم الآراء الواردة في هذا الموضوع.

أولا: نفي صفة الإيجاب الإلكتروني عن الإعلان

نظرا لعدم تحديد الشخص الموجه له الإيجاب وطغيان صفة الإغراء على العروض والإعلانات الموجودة على شبكة الإنترنت، فإن مضمون هذا الإعلان لا يمكن أن يكون إيجابا بكل المعايير فهو لا يتعدى أن يكون دعوة التعاقد.⁽²⁸⁾

حيث أن هذه العروض وإن حوت مقومات الإيجاب من بيان لمواصفات السلع أو الخدمات مع بيان ثمنها وكيفية التسديد وغيرها من النقاط فإنها لا تعد إيجاباً، وأن ضغط الشخص على الزر للدخول إلى موقع هذا الإعلان إنما يعتبر إيجاباً موجهاً إلى المنتج بحيث يتوقف على قبول هذا الأخير من عدمه⁽²⁹⁾، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذا الحكم يتوافق مع طبيعة التجارة الإلكترونية، إذ أن المنتج قد تفاجأ بعدد غير معقول من الأشخاص القابلين للعرض المتواجد على الموقع، في حين يعجز عن توفير السلع أو الخدمات لهذا الكم الهائل من الأشخاص وبالتالي يتكبد خسارة غير متوقعة إذا اعتبر الإعلان إيجاباً ملزماً لصاحبه يترتب عنه انعقاد العقد في حال اقتترانه بالقبول المطابق (30) وقد أيد هذا الاتجاه قرار محكمة النقض المصرية الصادر بناء على النقض المدني رقم 198 في الجلسة المنعقدة يوم 12 / 03 / 1976 والذي جاء فيه: "طرح مناقصات التوريد لا يعتبر إيجاباً، إنما مجرد دعوة إلى التفاوض"⁽³¹⁾.

ثانياً: الإعلان الدقيق لإيجاب إلكتروني

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العرض الموجه إلى الجمهور يكتسب صفة الإيجاب الإلكتروني متى كان هذا الإعلان دقيقاً بحيث تحدد السلعة تحديداً نافياً للجهالة مع وجوب تحديد الثمن والعناصر الأساسية للتعاقد وإن انعدمت هذه العناصر فإن العرض لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد، إذ يجب أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد وأيضاً وجوب خلوه من اللبس والغموض.⁽³²⁾

المبحث الثاني: أحكام الإيجاب الإلكتروني

تتراوح أحكام الإيجاب الإلكتروني بين بيان شروطه سواء شروط شكلية تتعلق بالشكل أو شروط موضوعية تتعلق بالمضمون. وبيان مختلف صورته التي يطرح بها عبر مختلف الوسائط الإلكترونية.

المطلب الأول: شروط الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب هو الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين فينقذ العقد بمجرد صدور القبول من الطرف الآخر، ويشترط فيه أن يكون دقيقاً محددًا وباتاً، أي يعبر عن الإرادة القطعية للموجب.⁽³³⁾

طبقاً للقواعد العامة فإنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يكون محددًا ودقيقاً بأن يتضمن جميع شروط العقد وأن يكون الإيجاب الإلكتروني باتاً ونهائياً أي اتجاه الإرادة إلى التعاقد.⁽³⁴⁾

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن شروط الإيجاب الإلكتروني هي الأخرى تتمتع بنوع من الخصوصية إذ تضاف للشروط السابق ذكرها شروط أخرى.

لقد تناولت هذه النقطة المادة 25 من القانون التونسي رقم 83/2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، كما تطرقت إليه المادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 98/8 المتعلق بالبيع عن بعد، والمادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وكذا المواد 111، 114، 121، 18 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ما تم استخلاصه من المواد السابقة بالذكر فإن شروط الإيجاب الإلكتروني لا تعدو أن تكون شروطا شكلية تتعلق بالشكل وأخرى موضوعية تتعلق بالمضمون.

الفرع الأول: الشروط الشكلية

أولا: الوسيلة المستعملة

يمكن لصاحب العرض استعمال أي وسيلة لتحديد البضاعة إذ يمكن استعمال وسائل الاتصال الحديثة لطرح مضمون الإيجاب⁽³⁵⁾، لكن يشترط على المنتج أن يجسد العرض بوسائل تضمن فهم المستهلك لمضمون الإيجاب.

ثانيا: الأسلوب المستعمل

يجب أن يكون الإيجاب بشكل يستطيع من وجه إليه الإيجاب الإحاطة به (36)، كما يجب أن يجسد بأسلوب مكتوب بحيث يكون بعبارات واضحة لا تستدعي الغموض وبأسلوب إلكتروني⁽³⁷⁾.

ما تجدر الإشارة إليه أن الإيجاب وما دام أنه يتم بواسطة الوسائل السمعية والمرئية فإنه يمكن الاستعانة بمختلف الأشكال والرسوم الدالة على المنتج وصفاته وأشكاله وكل ما يتعلق بأوصافه.

ثالثا: اللغة المستعملة

لقد شدد المشرع الفرنسي من حرصه على حماية المستهلك إذ يشترط أن يكون الإيجاب باللغة الوطنية، فقانون "Toubon" استخدم اللغة الفرنسية والمادة الثانية من هذا القانون تشترط ضرورة استخدامها وهذه القاعدة حسب الأستاذ شحاتة غريب شلقامي تشمل أيضا المعاملات التي تتم عبر الإنترنت وبالتالي يطرح التساؤل الآتي: إلى أي مدى تعتبر اللغة الوطنية قيда على حرية التعامل عبر شبكة الإنترنت؟⁽³⁸⁾

لقد أجاب الأستاذ شلقامي على هذا التساؤل حيث قال بأن اللغة الوطنية لا يمكن أن تكون قيّدا حيث أن المشرع الفرنسي أحدث تطورا في مجال التشريع، إذ قرر إمكانية عرض الإيجاب بأي لغة على أن تترجم للغة الفرنسية.⁽³⁹⁾

لعل هذا التطور الذي أحدثه المشرع الفرنسي كان عين الصواب، إذ أن مقتضيات التجارة فوق اعتبار اللغة التي لا تعدو أن تكون وسيلة لا هدفا مما يوجب إزالة عائق اللغة أمام العقود العابرة للحدود.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 قد نص على شرط اللغة العربية من خلال نص المادة 18 والتي جاء فيها: "يجب أن تحرر بيانات العقد وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية و مقروءة، ومتعذر محوها".

فجعل اللغة العربية أساسا لتحرير الوسم المتضمن لطريقة الاستعمال وشروط ضمان المنتج وباقي المعلومات المتعلقة من المنتج وذلك حماية للمستهلك، كما أجاز استخدام لغات أخرى وذلك تيسيرا على المستهلك.

ما يفهم على العموم من هذه المادة أنها حكم خاص بالوسم ولا يوجد ما يدل على إمكانية إخضاع الإيجاب بصفة عامة لهذا الحكم ولعل هذا ما يعتبر نقضا وجب على المشرع تداركه.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

تنص الفقرة 1 من المادة 14 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على ما يلي: «يعتبر إجبا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين وكان محددًا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول ويكون العرض محددًا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما...»

كما جاء في قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 في الفصل الخامس المتعلق بالزامية إعلام المستهلك من خلال ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 17 الفقرة الأولى التي تنص على: "يجب على كل متدخل بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

حيث أوجب المشرع على المنتج بصفة عامة إعلام المستهلك بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتج، وهذا ما ينطبق على الخدمة وذلك حماية للمستهلك. يمكن تلخيص الشروط الموضوعية الإيجاب الإلكتروني فيما يلي:

أولاً: الدقة في الصياغة

يجب أن يكون الإيجاب متوفراً على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد ومن هوية الأطراف ووصف المنتج أو الخدمة وتحديد الثمن المراد وكذا طريقة التعاقد.⁽⁴⁰⁾

ثانياً: اتجاه الإرادة للتعاقد

حتى ينطبق على العرض وصف الإيجاب، يجب أن يقترن بنية حقيقية في التعاقد بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد.⁽⁴¹⁾

ثالثاً: تحديد مدة الإيجاب

الأصل عدم التزام الموجب بإيجابه طالما لم يتصل بعلم من وجه إليه لكن لكل أصل استثناء، فمتى عين أجل للإيجاب فإن الموجب يبقى ملتزماً بما صدر عنه من تعبير عن الرغبة في التعاقد، وخروجاً عن القواعد العامة فقد اشترطت التشريعات المستحدثة في هذا المجال وجوب تعيين وقت صلاحية الإيجاب وذلك قصد حماية المستهلك واستقرار المعاملات.

المطلب الثاني: صور الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتخذ ثلاث صور تتمثل في الإيجاب عبر البريد الإلكتروني، و الإيجاب عبر صفحات الويب، بالإضافة للإيجاب عن طريقة المحادثة والمشاركة.

الفرع الأول: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني

إن أهم ما يميز الإيجاب المعبر عنه عبر تقنية البريد الإلكتروني أنه يستهدف فئة معينة، بحيث يخص المنتج فئة معينة وذلك للاعتقاد باهتمام هؤلاء الأشخاص بمضمون هذا الإيجاب دون غيرهم، حيث يقوم الموجب بإرسال إيجابه إلى البريد الإلكتروني الخاص بالأشخاص المقصودين، وتبدأ فعالية الإيجاب من الوقت الذي يطلع فيه صاحب العنوان الإلكتروني على مضمون الخطاب الموجه إليه، حيث يتاح للموجب له عبر البريد الإلكتروني فهو إما أن يوجه إلى شخص محدد وواحد فقط، أو أن يكون موجهاً لفئة معينة من أشخاص.

ففي الحالة الأولى لا يكتسب الإيجاب صفة الإلزام إلا إذا تضمن مدة يلتزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه، فإذا كان الإيجاب غير مقترن بأجل، فإن هذا لا يمنع من انعقاد العقد متى اقترن بقبول مطابق وإلا سقط الإيجاب إذا صدر عن الموجب له ما يدل على إعراضه عما جاء في مضمونه، أما في الحالة الثانية والتي يكون فيها الإيجاب موجهة لعدة أشخاص فإنه يعتبر مجرد دعوة للتعاقد.⁽⁴²⁾

الفرع الثاني: الإيجاب عبر شبكة المواقع (الويب)

قد يلجأ المنتج إلى عرض السلع أو الخدمات على موقع ما من الشبكة العنكبوتية وعند اطلاع المستهلك على المضمون يقوم بوضع إجابته على العرض من خلال شبكة المواقع إما بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة.⁽⁴³⁾

إن أهم ما يميز الإيجاب عبر هذه الشبكة أنه يكون موجهة لكافة الجمهور، فلا يكون مقصورا على أشخاص محددين، ضف إلى هذا فإنه ما يتحدد بنفاذ الكمية أو معلق على أجل معقول يصدر القبول خلاله ولعل هذا ما يقودنا إلى طرح السؤالين الآتيين:

1- ما مدى التزام القابل بالعقد وما يترتب عنه نتيجة التعبير عن هذه الإرادة؟

2- ما مدى التزام الموجب بإيجابه في حالة العرض الموجه إلى الجمهور؟⁽⁴⁴⁾

إن الإجابة على هذين السؤالين تتمخض عن الخوض بمستجدات البيئة الإلكترونية التي وفرت وسائل جديدة للدفع تمكن المنتج مسبقا من معرفة الرصيد المالي للمتعامل معه ومدى التزامه بالعقد، وفي نفس الوقت تقوم كأداة لإثبات الالتزام بدفع الثمن، ضف إلى هذا فإن أغلب العارضين يلجأون إلى التخفيف من التزامهم بوضع عبارة "إلى حين نفاذ المخزون" أو الإشارة إلى أن العرض هو مجرد دعوة التعاقد، والإيجاب هنا إما أن يكون صريحا، أو ضمنيا يفهم من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، وفي هذه الحالة يصبح المطلع على العرض هو الموجب، والمنتج أو صاحب العرض هو القابل، وهذا ما يتوافق مع نص المادة 66 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".⁽⁴⁵⁾

الفرع الثالث: الإيجاب عبر المحادثة الإلكترونية والمشاهدة عبر الإنترنت

يستطيع المتعامل بأن يرى المتصل معه على شبكة الانترنت، بأن يرى المتصل معه على شبكة الانترنت وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، فتصور صدور الإيجاب من أحد الطرفين الذي يصادفه قبول الطرف الآخر، فينعقد العقد، فنكون بصدد التعاقد بين حاضرين حكما.⁽⁴⁶⁾

خاتمة:

بعد القيام بدراسة شاملة للإيجاب الإلكتروني من خلال بيان تعريفه وخصائصه وتمييزه عن مختلف المفاهيم المشابهة له كالدعوة إلى التعاقد والإعلان، بعد التطرق إلى أحكامه المتمثلة في الشروط الواجب توافرها وصور التعبير عنه توصلنا إلى وجود اختلافات واضحة بين الإيجاب الإلكتروني والإيجاب التقليدي، هذه الاختلافات تنبع من خصوصية الإيجاب المنشأ عبر الوسائط الإلكترونية، فالإيجاب الإلكتروني تعبير يتم عن بعد إذ أن الفارق الزمني والمكاني جلي في هذا النوع من العقود، وبهذا فإنه يتخذ صفة الدولية، ومن خلال تمامه عبر الوسائط الإلكترونية فهو يطرح العديد من الإشكالات أهمها إفتقاره لليقين القانوني حيث أن البيانات تكون عرضة للتعديل والتحريف من طرف قراصنة الإعلام الآلي، وعليه فإن هذه الخصوصية التي يمتاز بها الإيجاب الإلكتروني تفرض إستحداث قواعد جديدة ومستحدثة من أجل مواكبة التطور الحاصل على هذه العقود وذلك من أجل حماية إرادة الموجب من التزييف والتعديل من جهة، وحماية أهم مصادر الإلتزام ألا وهي العقود وضمان إستقرار المعاملات من جهة أخرى.

الهوامش:

1. صبيح نبيل محمد أحمد، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، العدد 02، السنة 32، الكويت، ص 186.
2. برهم نضال سليم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير منشورة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د.س.ن.)، (غ.م.).
3. أمانج رحيم أحمد، التراخي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير منشورة، (د.ط.)، دار وائل للنشر، الأردن، (د.س.ن.)، ص 143.
4. الجمال سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الفوري (دراسة مقارنة)، (د.ط.)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 104.
5. المرجع نفسه، ص 104.
6. مرزوق نور الهدى، التراخي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2011/2012، ص 97.
7. ممدوح إبراهيم خالد، إبرام العقد الإلكتروني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 252.
8. أمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 156.
9. المطالقة محمد فواز محمد، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000، ص 63.
10. بدر أسامة أحمد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، (د.ط.)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 184-185.
11. Thibault Verbiest, Commerce électronique le nouveau cadre juridique, Lacer, Bruxelles, 2004, p91.
12. رزيقات عمر خالد، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الانترنت (د.ط.)، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د.س.ن.)، ص 119.
13. مجاهد أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، (د.ط.)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 70.
14. المطالقة محمد فواز محمد، مرجع سابق، ص 61.
15. رزيقات عمر خالد، مرجع سابق، ص 121.
16. ممدوح إبراهيم خالد، مرجع سابق، ص 250.
17. مجاهد أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 82.
18. برهم نضال سليم، مرجع سابق، ص 39.
19. رزيقات عمر خالد، مرجع سابق، ص 122.

20. ممدوح إبراهيم خالد، مرجع سابق، ص 209.
21. عبد الله صادق سهلب لما، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين (2008 / 2009)، ص 75.
22. الشريفات محمود عبد الرحيم، التراضي في التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، (د-ط)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2005، ص 127.
23. ممدوح إبراهيم خالد، مرجع سابق، ص 259.
24. منصور محمد حسين، المسؤولية الإلكترونية (د،ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 56-57.
25. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 109.
26. عبد الله صادق سهلب لما، مرجع سابق، ص 76.
27. خيال محمود السيد عبد المعطي، التعاقد عن طريق التلفون، (د.ط)النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2000، ص 120.
28. الجمال سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري (دراسة مقارنة)، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 105.
29. الشريفات محمود عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 129.
30. ممدوح إبراهيم خالد، مرجع سابق، ص 261.
31. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 129.
32. ممدوح إبراهيم خالد، المرجع السابق، ص 262.
33. أراميس عائشة، الإثبات في العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، (2006 / 2007)، ص 35.
34. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، (الجزء الأول)، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 242.
35. العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، (د.ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 103.
36. أمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 145.
37. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 113.
38. شلقامي شحاته غريب، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 93-94.
39. المرجع نفسه، ص 94.
40. مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 116.

41. الحمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، الجزائر، 2009، ص 161.
42. أمداح أحمد، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، (2005/2006)، ص 59.
43. الزاملي نوار كاظم، ميعاد ابرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، ديسمبر 2009، ص 361.
44. قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، مقال منشور له على الموقع الإلكتروني KARA-147@ARAMAIL.COM ص 17.
45. قارة مولود، المرجع نفسه، ص 18.
46. حمليل نوار، التعاقد الإلكتروني معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، 2007.

علاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر

(دراسة قانونية للمرسوم 131/88 مكانة المواطن في تجربة
وسيط الجمهورية الأسبق ثم اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية
وحماية حقوق الإنسان)

أ. عمر فلاق

أستاذ متعاقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة (الجزائر)

طالب في مدرسة الدكتوراه فرع الدولة والمؤسسات العمومية،

كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1

مقدمة:

عملت الجزائر بعد استقلالها على تحسين العلاقة و إعادة الثقة بين الإدارة و المواطن نتيجة ما عاشه المواطن الجزائري أثناء فترة الاستعمار الفرنسي، و لقد عرفت الجزائر خلال الثمانينات عملية تغيير واسعة، فصدر المرسوم 131/88 المؤرخ في 04/07/1988 المتضمن تنظيم العلاقة بين الإدارة و المواطن.

كما عرفت الجزائر هيئات إدارية وطنية مختلفة، حيث عملت على إحداث هيئة وسيط الجمهورية بموجب المرسوم الرئاسي 113/96 المؤرخ في 23/03/1996، وتم إلغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي 170/99 المؤرخ في 02/08/1999.

زيادة على ذلك أنشأت الجزائر هيئة إدارية يرتبط موضوعها بحقوق الإنسان بموجب المرسوم الرئاسي 77/92 المؤرخ في 22/02/1992 المتضمن إنشاء المرصد الوطني لحقوق الإنسان ثم حلت محلها اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان بموجب المرسوم الرئاسي 71/01 المؤرخ في 25/03/2001 و الذي أعيد النظر فيه بموجب الأمر 04/09 المؤرخ في 27/08/2009.

ونشير إلى أن للموضوع أهمية بالغة، فهو يتعلق بمجال الحقوق و الحريات من جهة، و من جهة أخرى فإن أكثر المشاكل اليومية للمواطن ناجمة عن الأخطاء الإدارية التي قد تؤدي إلى إبعاد الإدارة عن المواطن، و لقد انتهجنا في دراسة الموضوع المنهج الوصفي التحليلي.

و مما سبق تتساءل عن المكانة القانونية لعلاقة الإدارة بالمواطن في الجزائر؟ وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مكانة المواطن في إطار المرسوم 88/131، و في المبحث الثاني مكانة المواطن ضمن بعض الهيئات الإدارية.

المبحث الأول: مكانة المواطن في إطار المرسوم 88/131 المؤرخ في 07 جويلية 1988.

يعتبر المرسوم 88/131 المؤرخ في 07 جويلية 1988 أهم النصوص القانونية التي عمدت إلى تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن، و هو عنوان الإصلاح الإداري الذي عرفته الجزائر في فترة الثمانينات، حيث تضمن مجموعة من الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الإدارة و المواطن، و عليه سنتطرق في هذا الإطار إلى القيمة القانونية للمرسوم ثم مضمونه .

المطلب الأول: القيمة القانونية للمرسوم 88/131.

يقصد بالقيمة القانونية للمرسوم 88/131 القيمة المعيارية له في الهرم القانوني الجزائري، و عليه سنحاول التطرق إلى القيمة المعيارية للمرسوم ثم مدى إلزامية إضافة القانون لتنظيم علاقة الإدارة بالمواطن .

الفرع الأول : القيمة المعيارية للمرسوم في الهرم القانوني.

يندرج تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن ضمن مجال اختصاص السلطة التنظيمية التي يضطلع بها رئيس الجمهورية طبقا لدستور 1976¹ الذي يستند على طبيعة المرسوم 88/131، كما يعتبر هذا المرسوم أداة قانونية لإصدار اللوائح التنظيمية المستقلة ووسيلة لممارسة رئيس الجمهورية لسلطته التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

ورغم أن المرسوم يستمد قوته باعتبار مصدره الدستور، كما أننا نعتبر كل قرار إداري يشكل مصدرا للشرعية باعتباره جزء من القواعد القانونية الملزمة العامة و المجردة، و لكن مهما قيل عن القيمة القانونية للمرسوم و رغم أن القانون كان و لا يزال القاعدة الأسمى رغم مميزات هذا المرسوم، إلا أنه يبقى يشكل صلبة و صحيحة لتنظيم علاقة لإدارة بالمواطن و ضمائه لها.²

الفرع الثاني: إلزامية إضافة آلية القانون لتنظيم علاقة الإدارة بالمواطن.

بداية نقول أنه لعل أبرز ما يبرر تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن من اختصاص السلطة التنظيمية كأصل عام هو أن المرافق العمومية تعتبر من صميم وظيفة السلطة التنفيذية،

ونظرا كذلك للإجراءات المعقدة و البطيئة المتخذة من قبل البرلمان، خاصة و أن المرسوم مناسب لتنظيم جميع الظواهر و الحالات التي قد تطرأ بفعل طبيعة العلاقة .

لكن رغم أن المرسوم 131/88 أحد أهم النصوص القانونية المنظمة لهته العلاقة إلا أنه لا بد من إحكام القانون بموضوع تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن بدل الاكتفاء بألية المرسوم وهذا نتيجة للاعتبارات التالية:

- القانون كأداة تشريعية يعتبر ضمانه أكبر ضد تعسف الإدارة، خاصة فيما تعلق برقابة البرلمان على أعمال الحكومة وبمناسبة مناقشة و التصويت على القانون.
 - أن نص المادة 122 فقرة أولى من دستور 28 نوفمبر 19963 تعتبر سنداً لهذه الفكرة.
- المطلب الثاني: مضمون المرسوم 131/88 و تقييمه:**

إن واجبات الإدارة النصوص عليها في المرسوم ما هي إلا حقوق يتمتع بها المواطن اتجاه الإدارة، و ما يتضمنه من واجبات للمواطن هي حقوق للموظف العام و السعي لحسن سير الخدمة العمومية، و عليه سنتناول مضمون المرسوم 131/88 ثم تقييمه .

الفرع الأول: مضمون المرسوم 131/88:

أولاً. واجبات الإدارة: إن أول التزام يقع على عاتق الإدارة هو احترام مبدأ الشفافية، والتي تمارس جملة من الحقوق نذكر منها: حق الإعلام الإداري من خلال النشر و التوزيع، كرسه المرسوم 131/88 في المواد 8، 24، 35 و 36 وكذا المادتان 1 و 9 من القرار الصادر في 04/09/1988 .

بالإضافة لحق الإطلاع أو الحصول على الوثائق الإدارية طبقاً لنص المادة 10 من المرسوم 131/88 و نص المادة 05 من القرار المؤرخ في 04/09/1988، مع ضرورة التزام الإدارة بتسبب القرارات الإدارية حسب ما نصت المادة، 1 و 10 / 3 مرسوم 131/88 و كذا المادة 06 من قرار 04/09/1988 .

كما أنه من واجبات الإدارة تجاه المواطنين تحقيق المساواة بينهم حسب المادة 1/4 من مرسوم 131/88، بالإضافة لتمكين المواطنين من المشاركة الإدارية، و استقبالهم وتوجيههم حسب المواد 13، 12 و 14 مرسوم 131/88 و قرار 04/09/1988⁵، أما عن تحسين الاتصال بين الإدارة و المواطن فقد تم التأكيد عليه بموجب المادتين 14، 29 من مرسوم 131/88 و المادة 3، 4 من قرار 04/09/1988 و المتعلق بتسيير مراسلة المصالح المحلية و علاقتها بالمواطن.

ثانياً. واجبات المواطن: تتمثل أهم الواجبات الأساسية للمواطن اتجاه الإدارة واجب

احترام الموظف لأن احترامه من احترام الدولة بذاتها، مع ضرورة التحلي بالانضباط والحس المدني والامتناع عن تفكير السير الحسن للمصلحة، بالإضافة للسهر على رعاية الأماكن والأماكن العمومية.

ثالثا. حق المواطن في الطعن: يمكن للمواطن اللجوء للتسوية الإدارية ولما يمكن للمواطن رفع دعوى قضائية ضد القرارات الإدارية وهذا ما يسمى بسحب وإلغاء القرارات الإدارية⁶.

الفرع الثاني: تقييم المرسوم 131/88

لم يرتب هذا المرسوم آثار حاسمة لسببين الأول ضعف انتشار صيته وسط المواطنين وعدم دخول بعض نصوصه التطبيقية حيز التنفيذ⁷، وكذلك صدور منشور وزارى عن وزارة الداخلية بتاريخ 2012/11/14⁸.

و بعد التطرق إلى المرسوم 131/88 بالدراسة والتقد، سنتناول الآن مكانة المواطن ضمن بعض الهيئات الوطنية ونخص بالدراسة هيئة وسيط الجمهورية وكذا اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان.

المبحث الثاني: مكانة المواطن ضمن بعض الهيئات الإدارية .

سنحاول التعرض إلى علاقة المواطن مع بعض الهيئات الوطنية التي أنشأها المشرع الجزائري مبرزين النظام القانوني للهيئة ثم علاقتها بالمواطن من خلال الصلاحيات والمهام الموكلة بها، ومن بين هته الهيئات تناولنا هيئة وسيط الجمهورية الأسبق، ثم اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان كنموذج عن باقي الهيئات الإدارية .

المطلب الأول: مكانة المواطن في تجربة وسيط الجمهورية الأسبق.

لابد في بداية الأمر تحديد النظام القانوني لهيئة وسيط الجمهورية من خلال التطرق لإنشائه وطريقة عمله ثم إلغاءه، كما نحاول تحديد بعدها دور ومهام وسيط الجمهورية مبرزين علاقه بالمواطن .

الفرع الأول: النظام القانوني لهيئة وسيط الجمهورية الأسبق .

أولا. تعريف وسيط الجمهورية: طبقا لنص المادة الأولى والثانية من المرسوم الرئاسي 113/96 المؤرخ في 23/03/1996⁹، فإنه يؤسس وسيط الجمهورية، وتعتبر هيئة وسيط الجمهورية هيئة طعن غير قضائية تنشأ بموجب مرسوم رئاسي، وهي سلطة إدارية مستقلة تهدف للمحافظة على حسن العلاقة بين الإدارة والمواطن وحماية الحقوق والحريات.¹⁰

وتم تزويد هيئة وسيط الجمهورية بوسائل مادية وبشرية بموجب المرسوم الرئاسي 197/96 مؤرخ في 26/05/1986¹¹، حيث تتمثل الوسائل البشرية في الديوان، الأمانة التقنية وخبراء حسب نص المادة 2، 3، 4 و 5 من المرسوم 197/69 .

أما الوسائل المادية فهي عبارة عن اعتمادات تسجل في ميزانية الدولة وتخضع لرقابة مجلس المحاسبة، وتم إنشاء وسيط محلي لمندوب ولائي، ويشترط في الوسيط المحلي أن لا يكون ابن المنطقة حتى يضمن الحياد، و يراه البعض توطيدا لعلاقة الإدارة بالمواطن المحلي، مهمته تلقي الشكاوى على المستوى المحلي و له الاستعانة بمساعدين، و تكون إدارة الوسيط المحلي مقسمة إلى أقسام يخصص كل قسم إلى بلدية تابعة للولاية و يتولى إدارتها مرشدين، غير أن البعض يرى أن إنشاء هذه الهيئات قد أنقصت من قيمة وسيط الجمهورية حيث أظهرته و كأنه يتهرب من مسؤولياته .

ثانيا. طريقة عمل هيئة وسيط الجمهورية الأسبق: بالرجوع لنص المادة الثالثة في فقرتها الثانية من المرسوم 113/96 فإن عمل وسيط الجمهورية يكون في شكل تلقي الشكاوى من المواطنين لكن بشروط نستخلصها من هذا النص، فلقد نصت المادة 3 فقرة 2 منه على أنه: «... وفي هذا الإطار يمكن لأي شخص طبيعي، استنفذ كل طرق الطعن و يرى أنه وقع ضحية غبن بسبب خلل في تسيير مرفق عمومي، أن يخطر وسيط الجمهورية.»

و عليه فلا بد من توفر شرطان أساسيان من أجل قبول الشكوى من قبل وسيط الجمهورية و هي أن يكون الشخص قد وقع ضحية غبن تسيير مرفق عام، و أن يستنفذ الشخص المشتكي جميع طرق الطعن الإدارية و القضائية العادية و الغير عادية .

و نشير إلى أنه يمنع على وسيط الجمهورية النظر في المنازعات المتعلقة بالتوظيف العمومي و كذا المؤسسات الإستراتيجية، كما لا يمكنه التدخل في أي إجراء أو مقرر قضائي و هو ما نصت عليه المادة الرابعة في فقرتها الأولى و الثانية و المادة الخامسة في فقرتها الثالثة من المرسوم الرئاسي 113/69، أما بالنسبة لطبيعة الأعمال التي يقوم بها وسيط الجمهورية فهي لا ترقى إلى مستوى القرارات بل تبقى مجرد توصيات و اقتراحات فقط.

الفرع الثاني: دور وسيط الجمهورية الأسبق.

لوسيط الجمهورية دور أساسي وهو دور رقابي على الإدارة، و دور ثانوي يتمثل في الدور الحماي لوسيط الجمهورية في مجال الحقوق والحريات العامة .

أولاً. الدور الرقابي لوسيط الجمهورية : عملاً بنص المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 113 /96، فإنه يجوز لوسيط الجمهورية صلاحيات المتابعة و الرقابة العامة التي تسمح له بتقدير حسن علاقات الإدارة بالمواطن، و عليه سمح لوسيط الجمهورية أثناء ذلك بالاستعانة بأية مؤسسة أو هيئة يمكن أن تقدم له المعلومات اللازمة، كما يمكنه الاطلاع على أية وثيقة أو ملف له علاقة بالقضية باستثناء بعض المجالات المنصوص عليها قانوناً .

ثانياً. الدور الحماي لوسيط الجمهورية : وهو دور ثانوي يسعى من وراءه لحماية الحقوق والحريات العامة للمواطنين طبقاً لنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 113 /96 .¹² بنصها، « وسيط الجمهورية هيئة طعن غير قضائية تساهم في حماية حقوق المواطنين وحرياتهم و في قانونية سير المؤسسات و الإدارات العمومية » و هو ما يدل على وجود هيئات إدارية أخرى تختص بذلك مثل المرصد الوطني لحقوق الإنسان الذي حلت محله اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان بموجب المرسوم الرئاسي رقم 71 /01 المؤرخ في 25 /03 /2001 . و طبقاً للإحصائيات نشير إلى أن عدد العرائض المقدمة له بلغت 1058 عريضة، سويت منها 334 قضية، و هذا حسب ما جاء في جريدة الخبر في عددها 1733 بتاريخ 08 /08 /1996 .

الفرع الثالث: إلغاء هيئة وسيط الجمهورية.

تم إلغاء هيئة رئيس الجمهورية بموجب المرسوم الرئاسي 170 /99 مؤرخ في 02 /08 /1999 .¹³ حيث نصت المادة الأولى على أنه: « تلغى أحكام المرسوم الرئاسي 113 /96... و المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، و مجموع النصوص اللاحقة به »

كما تجب الإشارة إلى أنه قد جاء ببيان لرئاسة الجمهورية يوم 02 /08 /1999 عن أسباب إلغاء هذه الهيئة التي تتمثل في أن الإلغاء هو إجراء منطقي أكثر ملاءمة و أفيد للدولة، و كذا تفعيل الهياكل الاجتماعية، بالإضافة إلى أن الكثير من المواطنين لا يزالون يتوجهون للدوائر المركزية للدولة و هو ما تم نشره في جريدة النصر بتاريخ

المطلب الثاني: مكانة المواطن ضمن اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان.

باعتبار اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان إحدى الهيئات الوطنية التي تعمل على تحسين علاقة الإدارة بالمواطن فلا بد من التطرق أولاً إلى النظام القانوني والهيكلية لهته الهيئة ثم الهام التي تضطلع بها من خلال النصوص القانونية المنظمة لها.

الفرع الأول: نشأة و تطور اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان
كان مؤتمر باريس أساس إنشاء المؤسسات الوطنية التي تعمل في هذا المجال¹⁴، وبعد صدور دستور 1989 عقب أحداث أكتوبر 1988، تم بالجزائر استحداث وزارة حقوق الإنسان في يونيو 1991، ولكن ظهرت صعوبة التوفيق بين مهام الدفاع على حقوق الإنسان والمسؤولية الحكومية، فتم بعد ذلك إنشاء المرصد الوطني لحقوق الإنسان كمؤسسة وطنية جزائية لترقية وحماية حقوق الإنسان بموجب المرسوم الرئاسي 77/92 المؤرخ في 22/02/1992 المتضمن إنشاء المرصد الوطني لحقوق الإنسان.

و بموجب المرسوم الرئاسي 71/01 المؤرخ في 25/03/2001 تم إحداث اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان بدلا من المرصد الوطني لحقوق الإنسان، وطبقا للمادة 25 من الأمر 04، 15/09، فإن اللجنة هي مؤسسة إدارية وطنية مستقلة إداريا وماليا توضع لدى رئيس الجمهورية.

الفرع الثاني: هياكل وأجهزة اللجنة

طبقا لنص المادة 3 من المرسوم الرئاسي 263/09¹⁶، يعين أعضاء اللجنة وفقا لمبدأ التعددية الاجتماعية والمؤسساتية، وبخصوص عهدة رئيس اللجنة فهي 04 سنوات قابلة للتجديد ويعين من قبل رئيس الجمهورية.

أما عن أجهزة اللجنة فلقد نصت عليها المادة 10 من المرسوم الرئاسي 71/01¹⁷ و تتمثل الأجهزة في: الجمعية العامة، رئيس اللجنة، اللجان الفرعية الدائمة، مكتب اللجنة والندوبيات الجهوية.

الفرع الثالث: مهام اللجنة

نصت عليها المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 263/09 والمادة الأولى من الأمر

04/09، وهذه المهام تتمثل في التوعية و الإعلام و الاتصال الاجتماعي من أجل ترقية حقوق الإنسان، و المشاركة في إعداد تقارير تقدمها الدولة لأجهزة الأمم المتحدة ولجانها و المؤسسات الجهوية.

كما تعمل اللجنة على تطوير التعاون في ميدان حقوق الإنسان مع أجهزة منظمة الأمم المتحدة و غيرها، و القيام بالوساطة لتحسين علاقة الإدارة بالمواطن، كما تعد اللجنة تقرير سنوي عن حالة حقوق الإنسان في الجزائر و تبليغه لرئيس الجمهورية و ينشر بعد شهرين من ذلك .

أما بخصوص دور اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان في الرقابة عن حالات الإنذار المبكر و التقييم و الدراسة و الاقتراح و التوصية فقد أجرينا مقابلتين في هذا الشأن المقابلة الأولى كانت مع مسؤولة باللجنة الفرعية الدائمة للوساطة يوم 11/03/2013 و لقد صرحت لنا بما يلي: « مصلحتنا مختصة باستقبال ودراسة الطلبات الاجتماعية في غالبيتها السكن و الشغل وكذا المساعدات الطبية و الاجتماعية، وحتى بعض شكاوى الطلاق و الاعتداءات و مشاكل أخلاقية أخرى، و تصل الطلبات عن طريق البريد أو في أيام الاستقبال الأحد و الثلاثاء و لا نستقبل الرسائل الإلكترونية إلا نادرا.

إن بعض الطلبات تكون من اختصاص القضاء أو وزارة معنية، وعليه يتم تصفية الملفات وما هو من اختصاص اللجنة يتم حلها عن طريق الوساطة مع الجهات المختصة، ففي حالة المساعدات مثلا نتصل بالهلال الأحمر الجزائري، و نحن مؤسسة لا نملك حق الإلزام في تعاملاتها مع باقي الجهات »

و عن المقابلة الثانية كانت مع مسؤولة باللجنة الفرعية الدائمة لحماية الحقوق الأساسية باللجنة يوم 11/03/2013 و لقد صرحت لنا بما يلي: « هذه المصلحة تابعة للجنة الحقوق الأساسية، تختص بدراسة ملفات المفقودين، وهو ملف حساس، و يتم استقبال عائلات المفقودين كل يوم الأربعاء، أغلبهم نساء يعانين حالة نفسية سيئة.

كما تصل الرسائل عن طريق البريد من طرف أهالي المفقودين، ليتم التحقيق في كل ملف وإرسال نسخة منه إلى مصالح الأمن، و هناك ملفات أخرى (كلها متصلة بالمواطن) تدرسها و تتابعها اللجنة أهمها : ملف ضحايا الإرهاب، ملف التجاوزات، ملف الوفيات المشبوهة و ملف مشاكل السجنون».

خاتمة:

في ختام هذا الموضوع نخلص إلى أنه رغم أن الجزائر خطت خطوة كبيرة بصدور المرسوم 131/88 سلك فيه المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في قانون 1984 إلا أنه في حقيقة الأمر أصبح من الضروري تعديل هذا المرسوم و الأفضل إلغاؤه بقانون ينظم علاقة الإدارة بالمواطن مع مراعاة تطور وسائل الإعلام و الاتصال، خاصة مع ظهور مفاهيم حديثة، كالحكومة الإلكترونية، المجتمع الإلكتروني، البرلمان الإلكتروني، الإدارة الإلكترونية، و الانتخاب الإلكتروني.

من جهة أخرى، فإن هيئة وسيط الجمهورية ظهرت عديمة القيمة و الفعالية بدوره الكاشف للحالات و الموجه للمواطنين، نتيجة عدم منحها أهم وسيلة لممارسة عملها وهي القوة الإلزامية لقراراتها .

غير أن اللجنة الفرعية الدائمة للوساطة أصبح لها الدور الممنوح لوسيط الجمهورية الأسبق إضافة إلى أن المرسوم 263/09 المؤرخ في 2009/08/30 كرس صراحة مكانة المواطن في نص المادة الثانية فقرة أخيرة منه .

كما نشير في الأخير إلى التغيير الذي كان نتيجة تحول المرصد الوطني لحقوق الإنسان إلى اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية و حماية حقوق الإنسان و التمثيل و ازدياد عدد الأعضاء، استحداث خمس مندوبات جهوية و كذا دور الإنذار المبكر قبل وقوع الخرق عكس المرصد الوطني لحقوق الإنسان الذي اكتفى بالرصد و التقييم.

قائمة الموامش و المراجع:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، صدر في 22 نوفمبر 1976 بموجب الأمر 97/76 مؤرخ في 24/11/1976
2. لدع نبيلة، مذكرة ماجستير حول التفرقة بين المجال التشريعي و المجال التنظيمي - جامعة الجزائر 2003/2004 - ص 74
3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صدر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7/12/1996، الجريدة الرسمية رقم 76 صدرت في 08/12/1996
4. قرار 04/09/1988 المتضمن تحديد شروط استقبال المواطنين في مصالح الولايات و البلديات و توجيههم و إعلامهم، الجريدة الرسمية رقم 39 مؤرخة في 28/09/1988 .

5. قرار 04/09/1988 المتضمن تسيير مراسلة المصالح المحلية وعلاقتها مع المواطنين، الجريدة الرسمية رقم 39 مؤرخة في 28/09/1988
6. أ.د. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف 2010 ص 268.
7. د سليمة غزلان، رسالة دكتوراه حول علاقة الإدارة بالمواطن في القانون الجزائري جامعة الجزائر، 2009/2010، ص 301 وما بعدها.
8. المنشور الوزاري، المؤرخ في 14/11/2012، المتعلق بتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن وإعادة تأهيل المرافق العمومية الإدارية، صادر عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والموجه في إطار إرسالية لكل البلديات.
9. المرسوم الرئاسي 96/113 المؤرخ في 23 مارس 1996 المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، الجريدة الرسمية رقم 20 ص 04
10. أ. د. عمار عوابدي، قراءة علمية في الطبيعة القانونية والوظيفية الرقابية لوسيط الجمهورية، مجلة الإدارة بالمدرسة الوطنية للإدارة المجلة 07، عدد 02 ص 08. و انظر إلى د، اللباد، القانون الإداري، طبعة 1، سنة 2001، ص 33
11. المرسوم الرئاسي 96/197، المؤرخ في 26/05/1996، المتعلق بتحديد وسائل العمل الموضوعية تحت تصرف وسيط الجمهورية، الجريدة الرسمية رقم 33، المؤرخة في 29/05/1996، الصفحة 03.
12. د. عمار عوابدي، المرجع السابق ص 38، 39
13. المرسوم الرئاسي 99/170، المؤرخ في 02/08/1999، المتضمن إلغاء مؤسسة وسيط الجمهورية، الجريدة الرسمية رقم 52، المؤرخة في 04/08/1999، ص 05.
14. مركز حقوق الإنسان بجنيف - العدد 04، من سلسلة تدريب المهني 1995، ص 4 وما بعدها
15. الأمر 04/09/2009 المؤرخ في 27/08/2009، المتعلق بتعديل نظام اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، الجريدة الرسمية رقم 49، المؤرخة في 20/08/2009، صفحة 04، تمت الموافقة عليه بموجب القانون 08/09 المؤرخ في 22/10/2009، الجريدة الرسمية العدد 61 الصادر بتاريخ 25/10/2009، الصفحة 04.
16. المرسوم الرئاسي 09/263، المؤرخ في 30/08/2009، المتعلق بمهام اللجنة الوطنية لترقية وحماية حقوق الإنسان وتشكيلاتها و كيفية تعيين أعضائها، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 30/08/2009، الصفحة 05.
17. مرسوم رئاسي 01/71 والمؤرخ في 25/03/2001 المتضمن إنشاء ل. و. إ. ح ح. إ. ج 18 ص 05.

مبدأ حظر استخدام القوة بين النص والممارسة الدولية

رابح حدو

كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

مقدمة:

كل فقهاء القانون الدولي متفقون بأن ميثاق الأمم المتحدة قد تضمن ضمانة أساسية لحماية أمن كافة الدول وإرساء السلام بدلا من الحروب، وذلك بموجب المادة الثانية في فقرتها الرابعة من ميثاق الأمم المتحدة، التي ألزمت الدول في علاقاتهم ببعضهم البعض بعدم التهديد أو الاستعمال الفعلي للقوة غير مشروعة ضد الدول الأخرى، إلا أن الدول عندما تقدم على استعمال القوة بما يخالف أحكام القانون الدولي في تقديرها الخاص مستهدفة بذلك حماية أمنها.

ومن هذا المنطلق جاء اختيارنا لمعالجة هذا الموضوع والتصدي للإجابة على بعض التساؤلات وهي: هل يحظى مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية باحترام كافة الدول؟ وما مدى تأثير الأحداث الدولية بعد 11 / 09 / 2001 على المبدأ؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات اخترنا الخطة التالية وأدرجت مبحثين بما يفي بالغرض المقصود التوصل إليه وهي كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم استخدام القوة في العلاقات الدولية.

المبحث الثاني: تأثير الأحداث الدولية على مبدأ حظر استخدام القوة.

المبحث الأول: مفهوم استخدام القوة في العلاقات الدولية.

لم تدرج قاعدة الحظر الشامل لاستعمال القوة في العلاقات الدولية بصفة اجتهادية من قبل واضعي ميثاق الأمم المتحدة، ولكن عن طريق مطالبات المجتمع الدولي المستمرة بضرورة الحد من الحرب والعيش في سلام، وذلك بعد نشوء وعي جماعي للحد من هذه الظاهرة السلبية، تطرقت في هذا المبحث لحقيقة مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية في مطلب أول وفي المطلب الثاني للاستثناءات الواردة عليه.

المطلب الأول: حقيقة مبدأ حظر استخدام القوة حسب المادة ٢ / ٤ من الميثاق.

يشمل هذا المطلب ثلاث فروع، ففي الفرع الأول تطرقت للمراحل التي مر بها

المبدأ وصولاً إلى عهد منظمة الأمم المتحدة، وفي الفرع الثاني تحديد معنى القوة الواردة في صيغة المادة 4/2 من الميثاق ومع محاولة إعطاء تعريف لقاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية في فرع ثالث.

الفرع الأول: مراحل تطور مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية.

كان استخدام القوة في العصور القديمة بمثابة استخدام لحق قانوني تمارسه كل قبيلة أو عشيرة وصولاً إلى الدولة وذلك لتحقيق مآرب معينة، ففي العصور القديمة كانت الحرب عندهم مقدسة ودليل ذلك اتخاذ كل قوم إله خاص بالحرب وبتسمية معينة، وكانت الديانات السماوية من مسيحية ويهودية في كل منها قبل تحريفها تبذ كل أنواع استعمال القوة، ولكن بعدما طالها التحريف ومن نتيجة ذلك أصبحت المسيحية تجيز الحرب بعد إجازتها من طرف رجال الدين، وللتوفيق بين مقتضيات الدولة وأحكام الكتاب المقدس ابتكروا فكرة الحروب العادلة الحروب غير العادلة لتبرير الاستخدام غير مشروع للقوة من طرف الحكام⁽¹⁾.

وأما بخصوص اليهودية وبعد التحريف الذي مسها ألزمت اليهود بمباشرة الحرب ضد الشعوب الأخرى وبشرتهم بسوء مصيرهم إن اخلوا في تطبيقها، وفي مقابل ذلك نجد الشريعة الإسلامية هي السبابة قبل أي شريعة أو تشريع وضعي بتحريم -الحرب العدوانية- أي الابتداء بالعدوان أو البغي في الكثير من المواضع⁽²⁾.

ويمكن إيجاز المراحل التي مر بها مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية وهي محددة بثلاث مراحل، ففي المرحلة الأولى قبل عصر التنظيم الدولي كان استخدام القوة العسكرية مشروع وهو في حد ذاته اختصاص تستأثر به الدول ويرتب نتائج قانونية معترف بها وكانت الحرب وسيلة من وسائل اكتساب الحقوق، ثم تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة التقييد وتزامنت مع إنشاء عصبة الأمم عام 1919، وميثاق العصبة لم يحرم اللجوء للقوة في العلاقات الدولية بشكل قاطع بعد فشل الوسائل السلمية وإنما أجازها بعد استكمال بعض الإجراءات الشكلية ومضي مدة زمنية معينة للنظر في النزاع من قبل الهيئة المعروض عليها النزاع⁽³⁾.

وبعد فشل عصبة الأمم في تحقيق ما أنشأت من أجله قامت على أنقاضها منظمة الأمم المتحدة، وهي بداية المرحلة الثالثة أي الحظر المطلق والعام لاستعمال القوة في العلاقات الدولية وذلك بموجب نص المادة 4/2 من ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص على ما يلي "يمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية بالتهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد

الفرع الثاني: طبيعة القوة المحظورة بموجب المادة 2/4 من ميثاق الأمم المتحدة.
بالرجوع إلى ميثاق الأمم المتحدة نجد أنه تضمن حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية وتم توظيف مصطلح القوة بدلا من الحرب ماعدا في دياجاجة الميثاق، ومنه يمكن القول بخصوص عدم تحديد ماهية القوة المحظورة بموجب ميثاق الأمم المتحدة، هل هي القوة العسكرية فقط؟ أم تشمل كافة الأنواع الأخرى السياسية والاقتصادية والدبلوماسية؟ والعكس من ذلك إذا كان المقصود هو القوة العسكرية هل تنحصر في حالة الحرب؟ مع العلم بإمكانية استخدام القوة العسكرية دون أن تصل لحالة حرب مثل الحصار البحري بواسطة القوات الحربية؟، ولقد اختلف الفقه في هذا الشأن إلى فريقين أحدهما يأخذ بالتفسير الواسع ويدرج ضمنه كافة استعمالات القوة وفريق آخر يأخذ بالتفسير الضيق ويحصر الحظر في القوة المسلحة ولكل منهما حججه مع تقديم رأيي بخصوص ذلك.

أولا: التفسير الموسع.

يرى أصحاب هذا الفريق أن المادة 2/4 من الميثاق بخصوص مصطلح القوة جاء عاما دون تحديد ولو كان قصد واضعي ميثاق الأمم المتحدة القوة المسلحة لأضافوا مصطلح مسلحة إلى جانب مصطلح القوة، مع العلم أن واضعي ميثاق الأمم المتحدة قد استعملوا مصطلح قوة مسلحة في المادة 51 من الميثاق ولم يذكروا ذلك في المادة 2/4 ما يفيد بعمومية المصطلح وشموله لكافة أنواع القوة سواء الاقتصادية السياسية الدبلوماسية وهو ما يتفق مع آراء قضاة محكمة العدل الدولية حول مضمون المادة 2/4 من الميثاق في رأيهم الاستشاري بشأن نفقات الأمم المتحدة لعام 1962.

و الثابت أن الحظر المفروض بموجب المادة 2/4 من الميثاق هو الذي يكون محله (سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة)، ومنه فالضغوط الاقتصادية والسياسية والدبلوماسية لها نفس المحل وتحدث نفس الأثر⁽⁵⁾.

كما أن العديد من الإعلانات اللاحقة الصادرة عن الأمم المتحدة تأخذ بالتفسير الواسع ومنها:

- تقرير اللجنة المنشئة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 01/12/1977 والخاصة بزيادة فعالية مبدأ عدم استعمال القوة في العلاقات الدولية المقدم من دول

عدم الانحياز إلى اللجنة، أن استعمال القوة أو التهديد بها لا يشمل القوة المسلحة فحسب، بل جميع أشكال القسر الاقتصادي والسياسي.

- إعلان رقم 2131 الصادر في 1965/12/31 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والخاص بعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها⁽⁶⁾.

ثانيا: التفسير الضيق.

يرى أصحاب هذا الفريق وعلى رأسهم الفقيه رونزيتي أن القوة التي يطالها الحظر بموجب المادة 4/2 هي التهديد والاستخدام الفعلي للقوة العسكرية وهو ما يستشف من خلال الربط بين أحكام الديباجة وبقية مواد الميثاق وكذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للميثاق.

يروى أن حظر استخدام الضغوط الاقتصادية جرى بموجب إعلانات وقرارات صادرة عن الأمم المتحدة، وتدرج تحت المادة 7/2 من الميثاق التي تحظر التدخل في الشؤون الداخلية التي هي من صميم الاختصاص الداخلي لكل دولة⁽⁷⁾.

ومنه يمكنني القول أن انتهاك المادة 4/2 من الميثاق يشكل عدوانا وبالرجوع إلى قرار تعريف العدوان رقم (3314) المؤرخ في 1974/12/14 نجد المادة الأولى عرفت العدوان والتي تنص على مايلي "العدوان هو استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد السيادة أو السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى أو بأي شكل يتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، مثلما قرر في هذا الميثاق"⁽⁸⁾، وعليه فالمقصود بالعدوان هو استعمال القوة العسكرية دون توافر سبب مشروع ويقع بالمخالفة لأحكام القانون الدولي، والمادة الثالثة عددت على سبيل المثال لا الحصر مجموعة من الأفعال التي تشكل عدوانا لمجلس الأمن حسب المادة الرابعة تكييف أفعالاً أخرى بالعدوان ونجد أن الضغوط الاقتصادية لم تدرج ضمن المادة الثالثة⁽⁹⁾ ولم يكيف مجلس الأمن الدولي الضغوط الاقتصادية والسياسية عدوانا حتى يومنا هذا.

ونحن نؤيد أصحاب التفسير الضيق، وأن القوة المقصودة في المادة 4/2 من الميثاق هي القوة المسلحة، وواضعو ميثاق الأمم المتحدة تجنبوا استعمال مصطلح الحرب ماعدا في ديباجة الميثاق لتفادي النقائص التي تشوب توظيف مصطلح الحرب لأنه يمكن استعمال القوة العسكرية دون أن تصل إلى حرب ومع ذلك تؤثر على النظام العام الدولي وعلى السلم والأمن الدوليين مثل الحصار البحري بواسطة الأسطول الحربي لدولة ما لأنه لو تم استعمال مصطلح الحرب لاعتبر الحصار البحري مشروع، وكما قلنا سابقا أن القوة المقصودة بالحظر هي القوة العسكرية وانتهاك المادة يشكل عدوان وهذا الأخير معرف

ومحدد بموجب قرار تعريف العدوان رقم 3314 ومن بين أشكال العدوان المتضمنة في المادة الثالثة من القرار هي الغزو لدولة ما الحصار البحري... وغيرها من الصور المحددة بموجب المادة.

والقول بالتفسير الموسع للقوة (مسلحة، سياسية، اقتصادية) يؤدي إلى نتائج قانونية غير مسلم بها، فرضا دولة كانت عرضة لعدوان مسلح أقر لها الميثاق حق الرد في إطار الدفاع الشرعي إلى غاية تدخل مجلس الأمن بتفعيل نظام الأمن الجماعي، ولكن إذا كانت عرضة لضغوط اقتصادية هل تستعمل القوة المسلحة في إطار الدفاع الشرعي ضد الدولة التي تضغط عليها اقتصاديا ولكن هذا غير صحيح لأن المادة 51 اشترطت وقوع عدوان مسلح، أم ترد باستعمال نفس الضغط ولاسيما إذا كانت دولة ضعيفة اقتصاديا وما هي المدة التي يستمر فيها هذا الضغط للقول بانتهاء الضغط الواقع ابتداءً على الدولة وهذا غير معقول إلا أنه يمكن أن تخضع هذه الحالة لمبدأ المعاملة بالمثل، ونفهم من ذلك الأخذ بالتفسير الواسع يؤدي إلى نتائج قانونية غير مسلم بها ومنه تحريم الضغوط الاقتصادية وردت بموجب قرارات وإعلانات أخرى صادرة عن منظمة الأمم المتحدة وبموجب المادة 7/2 من الميثاق.

الفرع الثالث: تعريف مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية.

يقصد بقاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية هو عدم اللجوء إلى القوات المسلحة من قبل حكومة واحدة أو أكثر في العلاقات الدولية وخارج الحدود الوطنية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وضد أراضي بلد آخر أو ضد شخص معين وبصورة مبادرة ابتدائية ومن عناصر استخدام القوة استخدام القوات العسكرية وأن يكون استخدامها من قبل حكومة واحدة أو أكثر وأن يكون استخدامها على الصعيد الدولي وخارج الحدود الوطنية⁽¹⁰⁾.

أوهي تلك القاعدة الآمرة من قواعد القانون الدولي العام التي لا يجوز مخالفتها والتي أوجبت على كافة الدول بالامتناع عن التهديد أو الاستخدام الفعلي للقوة ذات القصد العدواني التي تنصب على سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة وإلا كانت عرضة لتدابير الأمن الجماعي وأحكام المسؤولية الدولية المدنية والجنائية.

وتحولت هذه القاعدة إلى مصاف القواعد العرفية لأنها بمثابة تعديل للعرف الدولي الساري قبل دخول ميثاق الأمم المتحدة حيز النفاذ، وبالتالي لا يكون استخدام القوة مشروع ما لم يكن في إطار الأمن الجماعي أو في إطار الدفاع الشرعي وحالة الكفاح

المسلح لتقرير المصير السياسي وهو محل دراسة في الجزئية الموالية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة حظر استخدام القوة.

توجد العديد من الاستثناءات المقررة على قاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية وتتبع من ثلاث مصادر فالأول هو ميثاق الأمم المتحدة والثاني هو الفقه والثالث إعلانات والقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة وكذلك الاتفاقيات الدولية ومنه ندرس هذه الاستثناءات ليس من مصدرها ولكن من حيث قابليتها للتطبيق ومن عدمه مع توضيح ذلك.

الفرع الأول: الاستثناءات غير قابلة للتطبيق

وتنقسم هذه الاستثناءات إلى قسمين، القسم الأول والمتضمن في ميثاق الأمم المتحدة ولم تعد صالحة للتطبيق لأنها فقدت علة وجودها، والقسم الثاني ويتضمن الاستثناءات المقررة من طرف فقهاء القانون الدولي ولا تحظى بالتطبيق في المجال الدولي بسبب انعدام الأساس القانوني الذي تستند عليه.

أولاً: الاستثناءات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة

أ- التدابير التي تتخذ ضد الدول الأعداء بمقتضى المادة 1/53 أو المادة 107، ومنه لم يعد الاستثناء المنصوص عليه في المادة 1/53 قابل للتطبيق في الوقت الحاضر بسبب تغيير الظروف الحالية عن تلك السائدة أثناء إبرام ميثاق الأمم المتحدة نظراً لانضمام دول المحور - ألمانيا، إيطاليا، اليابان - إلى الأمم المتحدة.

ب- تدابير حفظ الأمن في فترة الانتقال المنصوص عليها في المادة 106 من الميثاق والتي لم تعد قابلة للتطبيق بسبب وجود قوات مسلحة تحت سيطرة وإدارة الأمم المتحدة المنصوص عليها في المادة 43 من الميثاق⁽¹¹⁾.

ثانياً: الاستثناءات التي اقترحها الفقه

لقد اقترح الفقه مجموعة من الاستثناءات على المادة 4/2 من الميثاق باعتبارها تخرج من دائرة الحظر بالنظر للغرض الذي ترمي إلى تحقيقه، وأدرجتها ضمن الاستثناءات غير قابلة للتطبيق، أولاً لأنها لا تحظى بنص قانوني ينظمها في القانون الدولي وثانياً هي مختلف فيها ومن شأن تبنيها يؤدي إلى الإخلال بقواعد القانون الدولي المنظمة لاستخدام القوة في العلاقات الدولية ومن ثمة خلق نوع من الاضطراب في النظام القانوني الدولي.

أ- التدخل: ويقصد به التدخل العسكري لحماية حقوق الإنسان وكأن الفقه تجاهل أحكام المادة 7/2 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على عدم التدخل في الشؤون

الداخلية للدول، وانتهاك هذه المادة إخلال بقواعد القانون الدولي التي أصبحت قاعدة عرفية ملزمة لكافة الدول، ويكون التدخل مشروع إذا استوفى شروطه وأهمها موافقة الدولة الصريحة وأن تكون الموافقة صادرة من سلطة منتخبة انتخاباً سليماً وأن تكون الموافقة خالية من عيوب الرضا المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وأن تكون الموافقة سابقة على التدخل ومحددة بشكل دقيق من حيث المكان والزمان.

ب- الحق في استخدام القوة لفرض احترام القانون في حالة عجز أجهزة الأمم المتحدة في تحقيق ذلك⁽¹²⁾: ويعتبر هذا الاستثناء غير مشروع لأنه توجد الإجراءات المنصوص عليها في الميثاق لتحقيق ذلك في حالة وقوع خرق للميثاق ونظراً لإدراك واضعي ميثاق الأمم المتحدة عدم قدرة المنظمة الدولية لتحقيق الأمن في كافة الظروف أقروا حق الدفاع الشرعي بشكل فردي أو جماعي للدول.

ج- الحق في الحماية المسلحة للحقوق التي تتعرض للإنكار عنوة⁽¹³⁾: الثابت أن الدول قد تنازلت عن حقها في استخدام القوة الانفرادي داخل التنظيمات الدولية التي تضمنت في موائيقها حظر استعمال القوة - وأهمها منظمة الأمم المتحدة - ما عدا الاستثناءات المقررة في موائيقها.

الفرع الثاني: الاستثناءات المعمول بها في الممارسة الدولية.

أولاً: الدفاع الشرعي: لقد أقرت المادة 51 من الميثاق للدول التي تكون عرضة لعدوان مسلح وتوافرت فيه شروط العدوان، يمكن للدولة الرد باستخدام القوة المسلحة للتصدي للعدوان الواقع عليها مع تقيدها بشرطي اللزوم والتناسب وإخطار مجلس الأمن.

وحق الدفاع الشرعي يمكن ممارسته انفرادياً أو جمعياً، وهذا الحق الأخير يمكن ممارسته بواسطة معاهدة مسبقة - حلف - أو بناءً على طلب الدولة الضحية المساعدة للتصدي للعدوان، وحق الدفاع الشرعي مؤقت بانتفاء العدوان أو بتدخل مجلس الأمن للتصدي للنزاع بتفعيل نظام الأمن الجماعي.

ثانياً: نظام الأمن الجماعي. لم يعرف نظام الأمن الجماعي في ميثاق الأمم المتحدة ولقد تصدى الفقه الدولي من أجل إعطاء تعريف شامل وجامع لمفهوم الأمن الجماعي. ومنه يمكن القول أن الأمن الجماعي يعني "النظام الذي يهدف إلى حفظ السلم من

خلال منظمة الأمم المتحدة تضم مجموعة من الدول ذات السيادة تتعهد كل منها بالدفاع عن بعضها في حالة تعرض إحداها للهجوم⁽¹⁴⁾، والأساس القانوني لنظام الأمن الجماعي المواد 01/01، 42، 41، 401، 39 من ميثاق الأمم المتحدة.

ثالثا: الكفاح المسلح لتقرير المصير السياسي للشعوب الخاضعة للاستعمار وهو ما نص عليه ميثاق الأمم في العديد من المواد ولكن دون تحديد طريقة ممارسة هذا الحق ولكن بالرجوع إلى الإعلانات والقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة وكذلك البروتوكول الأول المكمل لاتفاقيات جنيف لعام 1977، فقد تم الاعتراف لحركات التحرر باستعمال القوة لتقرير المصير السياسي واعتبارها حروب دولية ويتمتع مقاتلي حركات التحرر بصفة الأسير في حالة القبض عليهم⁽¹⁵⁾.

المبحث الثاني: تأثير الأحداث الدولية على مبدأ حظر استخدام القوة.

لقد أثرت الأحداث التي ضربت الولايات المتحدة الأمريكية في 11/09/2001 على مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، وذلك من خلال ردة الفعل الأمريكية على الهجمات الإرهابية بإعلانها الحرب ضد الإرهاب قائمة على نظرية الحرب الوقائية لمحاربة الإرهاب في أوكاره، ولا يعني ذلك أنه قبل ذلك التاريخ لم تنتهك الدول المبدأ ولكن ليس بنفس الشكل الذي يعني انتهاك واضح وصريح للمبدأ، وهو ما تضمنه المطلب الأول وفي المطلب الثاني طبيعة المسؤولية الناتجة عن انتهاك المبدأ.

المطلب الأول: تأثير إستراتيجية الحرب الوقائية على مبدأ الحظر

تطرقت في الفرع الأول لمحاولة تحديد معنى الحرب الوقائية، وفي فرع ثاني إلى النتائج المترتبة عن تبني نظرية الحرب الوقائية في العقيدة العسكرية الأمريكية على المبدأ الحظر.

الفرع الأول: تحديد معنى الحرب الوقائية.

لا يوجد تعريف محدد لهذه النظرية وذلك لعدة أسباب أولها من عدم توافقها مع أحكام القانون الدولي ولاسيما نص المادة 2/4 والمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة وثانيا من حيث الغموض الذي يحيط بالمصطلح، وعدم اتفاق الدول فيما بينها حول مشروعية وكذلك فقهاء القانون الدولي متفقون على عدم مشروعية باستثناء فقهاء الأمريكيين ومن ساندتهم فيما ذهبوا إليه، والثابت أن الحرب الوقائية غير مشروعية في نطاق العلاقات الدولية لانعدام النص القانوني المنظم لها، ومع أنها تشكل انتهاك لأحكام المادة 2/4 والمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة.

ومحاولة تقديم تعريف للحرب الوقائية ليس إقرارا بتبنيها ولكن لإدراك معناها.

فقد ظهر مصطلح الحرب الوقائية مع بداية الثمانينات ونهاية الحرب الباردة بين المعسكرين وبروز الولايات المتحدة الأمريكية كقوة عظمى وأعلنت عن نظام عالمي جديد يسير العالم في فلكه، واحتفظت أمريكا لنفسها بالحق في توجيه الضربة الأولى في أي حرب تشب فظهر مصطلح الحرب الوقائية الذي يسمح لأمريكا بحق المبادرة بالهجوم العسكري دون تعرضها لهجوم، وهذه الإستراتيجية تشكل سابقة خطيرة في التاريخ⁽¹⁶⁾.
ومنه يمكن القول أن الحرب الوقائية تعني حق المبادرة بالضربة العسكرية الأولى لإجهاض قدرات الخصم العسكرية بناءً على تقدير الدولة الذاتي وذلك وفق عقيدة أحسن وسيلة للدفاع هي الهجوم، لأن من شأن انتظار وقوع هجوم مسلح الذي قد يكون قاضياً ومن ثمة لا تستطيع الدولة الرد.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن تبني الحرب الوقائية لمبدأ الحظر.

لقد سبق القول بعدم مشروعية الحرب الوقائية لأنها تشكل انتهاك صريح لأحكام المادة 2/4 من الميثاق ومن ثمة تقوم مسؤولية الدولة القائمة بالعمل العسكري الوقائي سواء المسؤولية المدنية والجنائية للدولة المعتدية لأن فعلها يشكل عدواناً حسب قرار تعريف العدوان بالإضافة لمسؤولية الفرد الجنائية عن ذلك، ولكن بالنظر للواقع الدولي نجد ازدواجية في المعاملة بين الدول وحتى وأنها منظمة بموجب نصوص قانونية.

وتتجلى مظاهر الازدواجية في قيام الولايات المتحدة الأمريكية بشن الحرب على كل من أفغانستان والعراق بحجة مكافحة الإرهاب والقضاء على أسلحة الدمار ومحدث ذلك في ظل انتهاك أمريكا لمفاصل الشرعية الدولية دون تعرضها للمسؤولية، وما زاد الطين بلة هو صدور قرار مجلس الأمن رقم 1373 بتاريخ 28/09/2001 الذي أكد فيه المجلس على حق الولايات المتحدة الأمريكية بالدفاع الشرعي الفردي والجماعي⁽¹⁷⁾، والمعلوم أن مجلس الأمن تبني القرار المذكور طبقاً للمسودة الأمريكية لنص القرار دون تعديل، مع العلم أن مسألة الدفاع الشرعي منظمة بموجب المادة 51 من الميثاق والتي اشترطت وقوع عدوان مسلح وفوري ولم ينته بعد لإعمال نص المادة 51 والتمسك بحالة الدفاع الشرعي ويجب أن يكون الرد فوري مع التقيد بشرطي اللزوم والتناسب.

ومنه لا يمكن اعتبار الهجمات الإرهابية التي ضربت الولايات المتحدة الأمريكية في 11/09/2001 بالهجوم المسلح لعدم تضمينه عناصره، وبخصوص القرار صدر بعد 17 يوماً من وقوع الهجمات وأمريكا شنت الحرب على أفغانستان في 07/10/2001 وما يدعنا لطرح السؤال التالي أين هي شروط قيام حالة الدفاع الشرعي فهي غير متوافرة، ومنه نقول أن القرار 1373 الصادر عن مجلس الأمن بموجب الفصل السابع

معيب بعيب الاختصاص الجسيم ومخالف لأحكام المادتين 2/4 والمادة 51 وبالتالي ليس مجلس الأمن مختص بإصدار قرار من هذا النوع.

يعتبر انتهاك مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية الذي يشكل ضمانة لحفظ أمن كافة الدول من شأن ذلك إشاعة الفوضى والاضطراب في النظام العام الدولي والعودة لشريعة الغاب.

المطلب الثاني: المسؤولية الدولية الناتجة عن انتهاك مبدأ الحظر.

يترتب على خرق القاعدة الآمرة المتضمنة في المادة 2/4 من ميثاق الأمم المتحدة بشكل فعل الدولة عملا غير مشروع دوليا- جريمة عدوان - يستوجب المسؤولية الدولية بنوعها الجنائية والمدنية، وبالتالي أي انتهاك لأحكام هذه القاعدة يعتبر باطلا ولا يعتد بنتائج الفعل غير مشروع دوليا وكل أثر يعتبر لاغيا، ومنه لا يعتد بالغزو والاحتلال وضم الأقاليم بالقوة وهو ما أكدته ميثاق الأمم المتحدة والقضاء الدولي وفي الكثير من الإعلانات الصادرة عن الأمم المتحدة.

ومنه فإن طبيعة المسؤولية الناتجة عن خرق بأحكام المادة 2/4 يستتبع قيام المسؤولية الجنائية والمدنية للدولة المخالفة أو المعتدية لأنها ارتكبت فعل عدوان ومسؤولية الفرد في حالة ارتكاب جريمة عدوان.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية والجنائية للدولة المعتدية.

يشمل هذا الفرع أنواع المسؤولية المترتبة عن فعل الدولة غير المشروع.

أولا: المسؤولية المدنية للدولة المعتدية:

نصت المادة 01 من مشروع لجنة القانون الدولي حول المسؤولية الدولية عن الفعل غير مشروع دوليا أن فعل الدولة غير مشروع دوليا يستتبع مسؤوليتها الدولية، وانتهاك أحكام المادة 2/4 من الميثاق هو انتهاك لأحكام قاعدة تعاقدية، ونصت المادة 02 من المشروع على عناصر الفعل غير مشروع⁽¹⁸⁾ الذي ترتكبه الدولة واشترطت أن ينسب الفعل إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي ويشكل خرقا للالتزام دولي على الدولة، ومتى تحقق ذلك يقع على الدولة التي أتت فعل غير مشروع جبر الضرر الناتج عن الفعل المخالف للالتزامات الدولية وذلك وفق ثلاث صور، وحسب المادة 31 من المشروع التي اشترطت على الدولة المسؤولة جبر كامل الخسارة الناتجة عن الفعل غير مشروع سواء كان ضرر ماديا ومعنويا.

أ- الرد: وهو ما نصت عليه المادة 35 من المشروع، وبالتالي يقع إلتزام على الدولة المسؤولة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع، ويتخذ الرد شكلا ماديا بإعادة الأراضي التي احتلت وفي بعض الأحيان لاستحالة جبر الضرر في حالة تدمير الممتلكات من جراء العدوان يكون جبر الضرر ويتحقق الجبر حسب ما ذهب إليه القضاء الدولي بالتعويض بدلا من الرد، ومنه لا تلتزم الدولة المسؤولة بجبر الضرر بالرد إذا كان مستحيلا ماديا أو في حالة عدم التناسق بين العبء الذي سيفرضه الرد على الدولة المسؤولة والمنفعة التي ستجنيها من الرد.

ب- التعويض: في حالة عدم تحقق الجبر بالرد قررت المادة 36 شكلا آخر للجبر وهو التعويض الذي يكون قابل للتقييم من الناحية المالية باستثناء التعويض المعنوي الذي يتم جبره بالترضية وهي الشكل الثالث من الجبر.

ج- الترضية: وهي الشكل الثالث من أشكال الجبر المنصوص عليها في المادة 37 من المشروع⁽¹⁹⁾، وهي عبارة عن جزاء يقع على الدولة المسؤولة دوليا وهي ذات أثر معنوي بالنسبة للدولة المضرومة ومفادها الاعتذار والأسف لإرضائها وهي ذات طابع رمزي⁽²⁰⁾ ومثالها يمكن أن تأخذ شكل اعتذار رسمي أو الإعراب عن الأسف أو شكل تحية علم الدولة، ويمكن أن يجمع جبر الضرر بين هذه الأشكال الثلاثة.

ثانيا: المسؤولية الجنائية للدولة المعتدية.

لقد ثار خلاف فقهي بشأن مدى إمكانية خضوع الدولة كشخص معنوي للمسؤولية الجنائية، فالبعض قال باستحالة ذلك لعدم إمكانية ذلك كون الدولة شخص معنوي، والبعض الآخر قال بإمكانية ذلك ولكل منهم حججه.

إلا أنه يمكن القول بعيدا عن الخلاف الفقهي أن الدولة كشخص معنوي ليس بمبرر يحول دون توقيع عقوبات على الدولة المعتدية، التي انتهكت أحكام المادة 2/4 من ميثاق الأمم المتحدة، وذلك بفرض عليها عقوبات تتناسب مع الدولة كشخص معنوي.

بالرجوع إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة نجد المادة 39 قد منحت مجلس الأمن الاختصاص الأصيل بتكليف فعل ما وقع بأنه تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملا من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقا لأحكام المادتين 41 و42 لحفظ السلم والأمن الدوليين وإعادته إلى نصابه.

يمكن لمجلس الأمن حسب المادة 40⁽²¹⁾ اتخاذ تدابير مؤقتة واستعجالية لا تمس بجوهر النزاع وذلك منعا لتفاقم الموقف، كوقف إطلاق النار أو فرض هدنة ولكن إذا

قدر مجلس الأمن بأن التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 40 لم تف بالغرض، جاز له وهو صاحب السلطة التقديرية في اللجوء إلى اتخاذ تدابير غير عسكرية ابتداءً كقطع العلاقات الاقتصادية والدبلوماسية ويمكنه اللجوء مباشرة إلى اتخاذ تدابير عسكرية ضد الدولة المعتدية ابتداءً- أي أنه ليس مقيد بترتيب تنازلي- بواسطة القوات البرية والجوية والبحرية التابعة لأعضاء الأمم المتحدة.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للفرد عن جريمة العدوان.

يمكن تعريف المسؤولية الجنائية للأفراد بأنها²² "تحمّل الشخص تبعه عمله المجرم بخضوعه للجزاء المقرر لهذا الفعل في القانون الجنائي"²³.

ونجد المادة 08 مكرر 03 من نظام روما الأساسي قدمت تعريف لجريمة العدوان بأنها¹ قيام شخص ما في وضع يتيح له التحكم بالفعل في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو توجيهه بتخطيط أو إعداد أو شن أو تنفيذ عمل عدواني من شأنه بحكم خصائصه ونطاقه، أن يعد انتهاكه واضحاً لميثاق الأمم المتحدة²³.

بالرجوع إلى المادة 05 من نظام روما الأساسي التي نصت على الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ويقتصر اختصاصها على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره وهي تنظر في الجرائم التالية: جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب و جريمة العدوان.

ومن خلال قراءة المادة 25 من نظام روما الأساسي (24) نجد الفقرة الثالثة من المادة غير معنية بالتطبيق على جريمة العدوان بل ينطبق على الجرائم الأخرى المنصوص عليها في المادة 05، والفقرات 01 و02 و04 هي التي تنطبق على جريمة العدوان والفقرة الثالثة مكرراً تضمنت حكماً واضحاً بصدد جريمة العدوان بأنه لا تنطبق أحكام هذه المادة إلا على الأشخاص الذين يكونون في وضع قيادة يمكنهم من التحكم فعلاً في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيهه.

خاتمة:

إن قاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية أصبحت بسبب ممارسات الدول لا تتمتع بصفة عمومية القاعدة من حيث الانطباق، وذلك بالنظر لكثرة الانتهاكات من جانب الدول بحجة الحرب ضد الإرهاب والحرب الوقائية والقضاء على أسلحة الدمار الشامل وإرساء الديمقراطية وغيرها من الحجج التي لا تستند إلى أساس قانوني، فأصبح انتهاك المبدأ هو القاعدة العامة - الحروب - والقاعدة العامة استثناء وذلك بسبب التوسع في استخدام القوة وفق المفهوم الواسع للدفاع الشرعي ومرد ذلك إلى ازدواجية المعاملة في القانون الدولي، ومنه يمكن القول لا ينبغي التركيز النظري لمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية ولكن لا بد من إعادة النظر فيما يواجه شروط وعناصر تحققه - مبدأ حظر استخدام القوة - وبالعوامل التي تؤثر في مجرى العلاقات الدولية وثمة التأثير في المبدأ.

قائمة الهوامش:

1. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة الدولية - المدخل - النطاق الزمني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 44-57.
2. المرجع نفسه، 53-57.
3. طارق عمار محمد كركوب، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 42.
4. ميثاق الأمم المتحدة متاح على الموقع التالي: www.un.org/ar/documents/charter
5. محمد بريز، الحرب خارج قرارات الأمم المتحدة، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 60-61.
6. المرجع نفسه، ص 61.
7. محمد سعيد دقاق، التنظيم الدولي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، بيروت، دون سنة نشر، ص 231-232.
8. قرار الجمعية العامة لتعريف العدوان رقم 3314 المؤرخ في 14/12/1974 متاح على الموقع التالي: www.un.org
9. قرار الجمعية العامة لتعريف العدوان رقم 3314 المؤرخ في 14/12/1974.
10. عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2007، ص 42.
11. السيد مصطفى أحمد أبو الخير، مستقبل الحروب - الشركات العسكرية والأمنية الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، ايتراك للطباعة والنشر، مصر، ص 47.
12. المرجع نفسه، ص 48-52.
13. المرجع نفسه، ص 53.
14. نور الدين بلقمبرور، الضربات العسكرية الأنجلو أمريكية ضد العراق - دراسة في ضوء القانون الدولي العام، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2010-2011، ص 27.
15. رياض صالح أبو العطا، الحقوق الجماعية في ضوء القانون الدولي العام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2008، ص 129-133.
16. عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 181.
17. قرار مجلس الأمن (2001) S/RES/1373 بعنوان التهديدات التي يتعرض لها

مفهوم التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في التشريع الجزائري

الطالب: حداد أسامة

طالب دكتوراه في كلية الحقوق والعلوم السياسية.

جامعة المنار (تونس)

مقدمة:

سأحاول في هذه الدراسة التطرق إلى مفهوم التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة والذي نصت عليه المادة 54 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وذلك بالاستعانة بالنصوص الخاصة المتعلقة بهذا التأمين مع إسقاط الأحكام العامة عليه، حيث سأطرق في المبحث الأول إلى تعريف التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ثم في المبحث الثاني سأطرق إلى خاصية الإلزام في التأمين لدى الصندوق، وأخيراً الطبيعة القانونية للتأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مبحث ثالث.

المبحث الأول: تعريف التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

تطرق المشرع لهذا التأمين في المرسوم التشريعي الملغى رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري حيث ألزم في المادة 11 منه المتعامل في الترقية العقارية أن يكتب تأميناً إجبارياً لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية⁽¹⁾، مع إلزامية إرفاق شهادة الضمان بعقد البيع بناء على التصاميم⁽²⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 54 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والذي نص على ما يلي: "زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط المرقي العقاري طبقاً لالتزاماته، يتعين على المرقي العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجائه اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص:

- تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسيقات،

• إتمام الأشغال...».

وتجدر الإشارة إلى أنه كان من الأفضل على المشرع أن يستعمل مصطلح المشترون بدلاً من المكتتبون حتى لا يحصل خلط بين المكتتب في عقد البيع بناء على التصاميم أي المشتري وهو ما قصده المشرع في هذه المادة، وبين المكتتب في ضمان الترقية العقارية لدى الصندوق وهو المرقى العقاري، وتأكيداً لما سبق فإنه بالرجوع إلى نص المادة 54 باللغة الفرنسية نجد لفظة ACQUEREURS وليس SOUSCRIPTEURS.

وبناء على ما سبق ذكره يمكن تعريف التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بأنه ضمان قانونية خاصة منحها المشرع للمشتري في عقد البيع بناء على التصاميم فضلاً عن تلك التي يتمتع بها وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بالعقد بصفة عامة وبالعقد البيع، وتتجسد هذه الضمانة من خلال عقد تأمين إجباري يقوم المرقى العقاري باعتباره المؤمن له بإبرامه مع صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي يمثل المؤمن حيث يلتزم هذا الأخير بإتمام الأشغال أو تسديد التسيقات التي دفعها المشترون للمرقى العقاري في إطار عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك عند تحقق حالة من الحالات المتفق عليها في عقد التأمين، وهذا مقابل قسط تأمين يدفعه هذا المرقى العقاري عند توقيعه للعقد.

إن هذا النوع من التأمين يندرج ضمن التأمين من المسؤولية العقدية التي تنشأ على عاتق المرقى العقاري، اتجاه المشتري، إذا ما لم يتمكن من تنفيذ التزامه في عقد البيع بناء على التصاميم والمتمثل في إتمام إنجاز البناء.

المبحث الثاني: خاصية إلزامية التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

إن التأمين لدى الصندوق يتميز بنفس خصائص عقد التأمين في القواعد العامة باعتبار أنه صورة من صورته، وتمثل هذه الخصائص في الرضائية، الاحتمالية، الإلزام لجانبين، المعاوضة، الاستمرارية، الإذعان، ولكن إضافة لهذه الخصائص يتميز التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بخاصية الإلزام ولعل سبب سعي المشرع إلى إلزام المرقين العقاريين لاكتتاب هذا التأمين راجع إلى سعيه وراء تحقيق مصالح اجتماعية بالدرجة الأولى وذلك بتمكين الأفراد من الحصول على سكنات خاصة بهم، ومصالح اقتصادية تتمثل في تنشيط مجال المعاملات في الترقية العقارية على وجه التحديد صيغة البيع بناء على التصاميم، نظراً لما يوفره هذا التأمين من اطمئنان لدى المشتري والمرقى على حد سواء، ونظراً لأهمية هذه الخاصية سأطرق لها في إطار المرسوم التشريعي 03/93، ثم في إطار القانون 04/11، وأخيراً سأعرض الأثر المترتب عن هذه الخاصية والذي يتمثل في جزاء الإخلال بهذا التأمين.

المطلب الأول: في إطار المرسوم التشريعي 03 / 93 (تعارض في النصوص القانونية).

بالرجوع إلى نص المادة 11 من المرسوم التشريعي 03 / 93 المتعلق بنشاط الترقية العقارية نجد أن المشرع ألزم المتعامل في الترقية العقارية بأن يغطي التزاماته في عقد البيع بناء على التصاميم بتأمين إجباري يكتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وخاصة الإلزام تستنتج من عبارة «يتعين»⁽³⁾، وكذلك المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 406 / 97 المنشئ لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية التي ألزمت هي الأخرى المرقى العقاري المنخرط في الصندوق أن يكتب لدى هذا الأخير تأميناً على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع⁽⁴⁾.

ولكن في المقابل نجد المادة 04 من نفس المرسوم التنفيذي السابق الذكر التي نصت على أنه يمكن أن ينضم إلى الصندوق كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطاً في الترقية العقارية⁽⁵⁾، والانضمام للصندوق يمنح للمتعامل صفة المتعاون ويجعله يستفيد من مزايا متعددة، إذ يستشف من خلال هذا أن المتعامل في الترقية العقارية مخير في الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من عدمه.

وعليه فإن المشرع في هذا المرسوم قد ربط اكتتاب التأمين بالانخراط، ثم جعل الانخراط أمراً اختيارياً من جهة، ومن جهة أخرى يؤكد على إلزامية التأمين لدى الصندوق هذا ما أوقعه في تناقض، فهل قصد المشرع اختيارية الانخراط مع إلزامية التأمين أم أن التأمين مرتبط بالانخراط وبالتالي إلزامية الانخراط من إلزامية التأمين أو العكس؟

وهنا لا بد من ترجيح نص على آخر، فأرجح نص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03 / 93 المتعلق بالنشاط العقاري على نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 406 / 97 المتضمن إحداث الصندوق على اعتبار أن المرسوم التشريعي ذو قوة إلزامية أكبر من المرسوم التنفيذي⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: في إطار القانون 04 / 11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

لقد تدارك المشرع الجزائري التعارض الذي كان حاصلًا بين النصوص المتعلقة باكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية وذلك من خلال القانون 04 / 11 حيث ألزم المشرع المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجازه باكتتاب التأمين لدى الصندوق⁽⁷⁾، ثم نص بعد ذلك على

إلزامية انتساب كل المرقيين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية⁽⁸⁾، وهذا ما أكده المرسوم التنفيذي رقم 85 / 12 المتضمن لدفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري والذي جاء تطبيقاً للمادة 47 من القانون رقم 04 / 11، حيث ألزم هذا المرسوم المرقي العقاري على اكتتاب جميع التأمينات والضمانات القانونية المطلوبة⁽⁹⁾، كما ألزمه أيضاً على تسديد الاشتراكات والدفوعات الإجبارية الأخرى بصفته مشتركاً في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية⁽¹⁰⁾.

لقد أصبح بموجب هذا القانون كل من اكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة والانتساب إليه أمر إجباري وبالتالي زال التعارض الذي كان في السابق اختياري الانتساب مع إجبارية الاكتتاب من جهة وارتباط الاكتتاب بالانتساب من جهة أخرى).

وبهذا فإن القانون 04 / 11 وبموجب المادة 55 منه قد ألغى الفقرة الثانية من المادة 03 من المرسوم التنفيذي 97 / 406 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية إلغاءً ضمياً.

المطلب الثالث: جزاء الإخلال باكتتاب التأمين لدى الصندوق.

إن اكتتاب هذا التأمين هو إلزام إجباري، والإجبار لا يكون له تأثير إذا لم يرتب المشرع جزاءات على الإخلال بالأمر المجر عليه، ولهذا فإن الإخلال بأحكام التأمين لدى الصندوق يرتب جزاءات تلحق بعقد البيع البناء على التصاميم نظراً لتعلق الضمان به، وأخرى تلحق بالمرقي العقاري.

أولاً- بالنسبة لعقد البيع بناء على التصاميم: يعتبر التأمين لدى الصندوق من الشروط الخاصة التي يجب أن يخضع لها العقد⁽¹¹⁾، فشهادة الضمان المقدمة من طرفه تعد من الوثائق الضرورية لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم والتي يجب أن يطلع عليها الموثق الذي يتولى تحرير العقد، وعليه فإن عدم اكتتاب الضمان سيؤدي بالضرورة إلى عدم إبرام عقد البيع بناء على التصاميم، أما في حالة اكتتاب التأمين لدى الصندوق مع إدراج بند في عقد البيع بناء على التصاميم يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في القانون 04 / 11 فإن هذا البند يعد باطلاً⁽¹²⁾ أي أن البطلان يلحق بالبند دون العقد، فهذا الأخير يبقى صحيحاً⁽¹³⁾.

أما بالنسبة للمرقي العقاري فقد يُعرّض الإخلال بهذا الضمان المرقي العقاري إلى عقوبات قد تكون إدارية وأخرى جزائية، وبخصوص العقوبات الإدارية فقد حددها

المشروع والمتمثلة في سحب الاعتماد الذي قد يكون سحباً مؤقتاً لمدة 06 أشهر، أو سحباً نهائياً، أو سحب تلقائي، هذا الأخير لا يعتبر كعقوبة لإخلال بأحكام التأمين لدى الصندوق، أما بالنسبة للسحب المؤقت والنهائي فإن المشروع لم ينص بصفة صريحة على حالة الإخلال بالتأمين لدى الصندوق ضمن الحالات المؤدية للسحب، ولكن باعتباره التزاماً يمكن إدراجه ضمن حالة التقصير المرقى العقاري في التزاماته كما هي محددة قانوناً بالنسبة للسحب المؤقت، وضمن حالتي تجاهل المرقى عن قصد بصفة متكررة وخطيرة بالالتزامات الملقاة على عاتقه وتقصيره في إلتزاماته كما تم الإتفاق عليها اتجاه الدولة والمقتنين وشركائه بالنسبة للسحب المؤقت⁽¹⁴⁾.

أما العقوبات الجزائية فهي وسيلة يستعملها المشروع لحماية المشتري من إمكانية تعسف المرقى العقاري باعتباره يحتل المركز القوي⁽¹⁵⁾، حيث تنص المادة 74 من القانون 04/11 على أنه كل مرقى غير مكتتب في التأمينات والضمانات المذكورة في المادة 55 من القانون 04/11 يتعرض إلى الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية تتراوح قيمتها من مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) إلى مليوني دينار جزائري (2.000.000 دج)⁽¹⁶⁾، وللإشارة فبالرجوع إلى المادة 55 فلا نجد هنا تتعلق بالتأمين لدى الصندوق بل تتعلق بالانتساب، فالمشروع هنا قصد المادة 54 وليس المادة 55.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للتأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

إن التأمين لدى الصندوق يندرج ضمن خانة التأمينات البرية وبالضبط التأمين على الأضرار، وباعتبار هذا الأخير يضم صنفين من التأمين، التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية، فإن التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يعتبر تأميناً من المسؤولية والتي تترتب على عاتق المرقى العقاري عند عدم تنفيذه لالتزامه في عقد البيع بناء على التصاميم والمتمثل في إتمام البناء، وهذا أمر متفق عليه لكن الإشكال يظهر في تحديد الطبيعة القانونية للتصرف القانوني المنشئ للتأمين لدى الصندوق فهل يعتبر عقداً؟ وإذا كان كذلك ما هي صفته، هل هو مدني أم تجاري...؟

حيث سنناقش أولاً فكرة اعتبار التأمين لدى الصندوق عقداً، ثم سأحاول تحديد صفة هذا التصرف القانوني.

المطلب الأول: مدى اعتبار التأمين لدى الصندوق عقداً.

إن تدخل الدولة بقواعد قانونية تستهدف حماية طائفة معينة أو جماعة من الناس

أدى إلى ظهور ما يعرف بالإجبار على التعاقد، حيث يجد الشخص نفسه مجبراً على إتيان تصرف ما وهذا حماية للطرف الضعيف⁽¹⁷⁾، فالتأمين الإلزامي ليس مجرد وسيلة من أجل تحقيق مصالح خاصة للأفراد وفق ما يقرره المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، وإنما أصبح وسيلة لتحقيق أهداف ومقاصد اجتماعية تهم المجتمع بأسره، ولهذا فرضه المشرع بموجب نصوص قانونية ولم تعد الإرادة حرة في تكوينه أو حتى تحديد بنوده أو التزامات الأطراف فيه⁽¹⁸⁾.

فما يلاحظ في التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة أن العلاقة بين المؤمن والمؤمن له - أي صندوق الضمان والكفالة والمرقي العقاري - ليست ثنائية بل أصبح قيام هذه العلاقة يتوقف على إرادة مشتركة بين كل من المؤمن والمؤمن له والمشرع أيضاً.

وما هو واضح أن التأمين لدى الصندوق ليس كالعقود التي يكون فيها كل من الطرفين حر في التعاقد من عدمه، حيث لا تنطبق عليه نظرية العقد التي يهيمن عليها مبدأ سلطان الإرادة، أين يعتبر هذا الأخير عماد التصرفات القانونية⁽¹⁹⁾، وهذا بسبب الدور الذي يلعبه المشرع في هذا النوع من الضمان، فتطور المجتمع - خاصة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي - أظهر نقائص في المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلى هذا التطور في أمرين وهما: تطور وظيفة الدولة وذلك بالتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة من جهة أخرى، فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي جعلها تتدخل في المعاملات التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهما من عدة جوانب بحيث أصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوين العقد وتحديد مضمونه، وأما تكفل الدولة بحماية التعاقد الضعيف فقد جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أن العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين أصبح يهم المجتمع، فالعقد وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية وأداة لتحقيق النفع العام، وبناء على ما سبق طرأت تغيرات على القواعد التي تحكمها أهمها الحد من حرية التعاقد عن طريق الإجبار⁽²⁰⁾.

وهذا ما ينطبق على التأمين لدى الصندوق باعتباره من المعاملات المتعلقة بالمجال الاقتصادي لتعلقه بالترقية العقارية من جهة، وباعتباره ضمانة لحماية المشتري الذي يمثل الفئة الضعيفة، حيث يتدخل المشرع في صورة الإجبار بنوعيه المباشر وغير مباشر الذي يمارسه على المرقي سواء عن طريق عبارات الإلزام "يتعين على المرقي..."⁽²¹⁾، أو من خلال الجزاءات التي رتبها على المرقي في حالة الإخلال بالتأمين لدى الصندوق⁽²²⁾.

المطلب الثاني: صفة عقد التأمين لدى صندوق الضمان.

إن عقد التأمين طبقاً للأحكام العامة يختلف من تأمين إلى آخر فقد يكون عملاً مدنياً أو تجارياً أو مختلطاً⁽²³⁾، وهذا اعتماداً على صفة كل طرف من طرفي العقد، فقد يكون مدنياً لطرف وتجارياً لطرف آخر، أو تجارياً لكلا الطرفين... الخ.

فبالنسبة للمؤمن (صندوق الضمان والكفالة المتبادلة)، فطبقاً للأحكام العامة فإن التأمين بالنسبة للمؤمن يعد عملاً تجارياً، فأحكام القانون التجاري تقضي بأن العمل يعد تجارياً إذا كانت مزاولته على وجه الاحتراف⁽²⁴⁾، ولكن يجب التفرقة في هذه النقطة بين التأمين بأقساط محددة والتأمين التعاوني فبالرغم من أنهما يقومان على نفس الفكرة وهي ضمان الخطر، إلا أن الأول يهدف من خلاله المؤمن إلى تحقيق ربح بينهما يهدف في الثاني لتعويض الأضرار التي تلحق بأحد الأعضاء المشتركين فيه دون أن يهدف لتحقيق ربح، ولهذا فإن النوع الأول هو عمل تجاري بينما الثاني هو عمل مدني⁽²⁵⁾.

وسأحاول فيما يلي إسقاط هذه الأحكام على صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وأول ما سنقوم به هو استبعاد الصفة التجارية، باعتبار أن الصندوق ليس تاجراً ولا يقوم بعملية التأمين بهدف تحقيق الربح، فهو عبارة عن هيئة موضوعة تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن، ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁽²⁶⁾، كما يعين المدير العام للصندوق بقرار من الوزير المكلف بالسكن، وتنتهي مهامه بالطريقة نفسها⁽²⁷⁾.

فهل هذا يدفع إلى القول بأن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو عبارة عن شخص من أشخاص القانون العام، وحتى ولو أخذنا بهذا -وهو ما سنرجع الحديث عنه في الجزئية المتعلقة بالطبيعة القانونية للصندوق- نحن نعلم أن الإدارة تلجأ في ممارسة نشاطها إلى أساليب متنوعة منها أساليب القانون الخاص (كالعقود المدنية)، وأساليب القانون العام، بما تحملها من تكاليف والتزامات وقيود غير مألوفة في علاقات القانون الخاص، وذلك بهدف تحقق الصالح العام (العقود الإدارية)، وعلى هذا فإن عقود الإدارة لا تعد كلها عقود إدارية، فقد تكون مدنية تماثل عقود الأفراد وتخضع لقواعد القانون الخاص، وقد تكون إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري⁽²⁸⁾، فتحت أي صنف يندرج عقد التأمين لدى صندوق الضمان؟

إن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي تبرمه الإدارة، أو شخص من أشخاص القانون العام بقصد إنشاء أو تسيير مرفق عام، وتستعمل فيه أساليب القانون العام، ومن هذا التعريف نستنتج أن هناك ثلاث خصائص للعقد الإداري، الأول أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، وثانياً أن يتصل بنشاط مرفق عمومي،

أما بخصوص الخاصية الثالثة أن تستعمل الإدارة أساليب القانون العام (الشروط الاستثنائية)⁽²⁹⁾، فهل تتوفر هذه الخصائص في التأمين لدى صندوق الضمان؟

بالنسبة للشرط الأول كما أسلفنا الذكر يبقى محل نقاش، أما بالنسبة للشرطين الآخرين فلا يتوفر عليهما عقد التأمين لدى الصندوق، وهذا كاف للقول بأن التأمين لدى الصندوق ليس عقداً إدارياً، وعليه فإن عقد التأمين لدى الصندوق يُعد عملاً مدنياً بالنسبة لهذا الصندوق، وما يؤكد هذه الصفة هو عدم سعيه لتحقيق الربح.

أما بالنسبة المؤمن له (المركبي العقاري)، فطبقاً للأحكام العامة، فإن التأمين بالنسبة للمؤمن له يُعد في الأصل عملاً مدنياً، لكن إذا كان المؤمن له تاجراً وكان التأمين يتعلق بأعمال تجارية يقوم بها، فإنه يصبح عملاً تجارياً بالنسبة للمؤمن له (30)، حيث يكتسب الصفة التجارية عن طريق التبعية لصدورها من تاجر لحاجات تجارية (31)، وعليه فإن التأمين لدى الصندوق يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة له (32)، بالتالي فإن التأمين لدى الصندوق يكتسب الصفة التجارية بالتبعية لعقد البيع بناء على التصاميم.

إذن في الأخير عقد التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يُعد عملاً مختلطاً فهو من جهة عمل مدني بالنسبة لصندوق الضمان، ومن جهة أخرى هو عمل تجاري بالنسبة للمركبي العقاري.

خاتمة:

من خلال هذا المقال اتضح أن التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو ضمانة قانونية خاصة منحها المشرع للمشتري في عقد البيع على التصاميم فضلاً عن تلك التي يتمتع بها وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بأحكام العقد بصفة عامة وبأحكام عقد البيع، وتتجسد هذه الضمانة من خلال عقد تأمين إجباري يلتزم المركبي العقاري باعتباره المؤمن له بإبرامه مع صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي يمثل المؤمن، حيث يلتزم هذا الأخير بإتمام الأشغال، أو تسديد التسبيقات التي دفعها المشترون للمركبي في إطار عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك عند تحقق حالة من الحالات المتفق عليها في عقد التأمين، مقابل قسط تأمين يدفعه هذا المركبي العقاري عند توقيعه للعقد.

إن هذا النوع من التأمين يندرج ضمن التأمين من المسؤولية العقدية، التي قد تنشأ على عاتق المركبي العقاري تجاه المشتري إذا ما لم يتمكن من تنفيذ التزامه في عقد البيع بناء على التصاميم، والمتمثل في إتمام إنجاز البناء، لكن يختلف التأمين لدى الصندوق عن التأمين من المسؤولية في كون أن الهدف من هذا الأخير هو حماية الذمة المالية للمؤمن له من

الرجوع الذي قد يمارسه المتضرر، وليس تعويض هذا الأخير، على عكس التأمين لدى الصندوق الذي يهدف إلى تعويض المتضرر وهو المشتري.

ويعتبر عقد التأمين لدى الصندوق من الأعمال المختلطة مدنية بالنسبة لطرف، وتجارية بالنسبة لآخر:

- بالنسبة للمؤمن أي الصندوق: والذي يتمتع بطبيعة قانونية خاصة وذلك نظراً لتوفر معطيات توحى لنا تارة أنه شخص معنوي عام، وتارة أخرى توحى أنه شخص معنوي خاص، وفي كل الأحوال فإن الأهمية من تحديد الطبيعة القانونية للصندوق تكمن في كونها هي من يحدد النظام القانوني الذي يخضع له الشخص المعنوي، فإذا كان شخص معنوي عام يخضع للقانون الإداري، أما إذا كان خاص فيخضع للأحكام القانون الخاص، كما تفيد الطبيعة القانونية أيضاً في تحديد القضاء المختص للفصل في منازعات القضاء العادي أم القضاء الإداري، لكن هذا الإشكال لا يطرح بالنسبة للصندوق، فبالرغم من أن ملامح طبيعته لم تحدد، إلا أن المشرع قد حدد النظام القانوني الذي يسري وينضم الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي 406/97، كما حدد أيضاً القضاء المختص في الفصل في النزاع الذي يكون الصندوق طرفاً فيه بموجب المادة 21 من وثيقة الضمان، وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي 406/97، المتضمن إنشاء الصندوق، فإن هذا الصندوق ذو طابع تعاوني لا يهدف لتحقيق الربح، وبالتالي فإن التأمين محل الدراسة يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة للصندوق.
- أما بالنسبة للمرقي العقاري: فباعباره أنه تاجر، وأن التأمين لدى الصندوق يتعلق بعمل تجاري يقوم به وهو عقد البيع بناء على التصاميم فإن هذا التأمين يُعد عملاً تجارياً بالنسبة له.
- كما أن أهم ما يتميز به عقد التأمين لدى الصندوق هو خلو ركن التراضي فيه من عيوب الإرادة والعلة في هذا تفسرها خاصية الإلزام التي تميز عقد التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة فتدخل المشرع بإجباره للمرقي على التعاقد، قد اكسب عقد التأمين لدى الصندوق، وكل عقود التأمين الإلزامية خصوصية تتجلى في ركن التراضي وتتمثل في تجرده من عيوب.

قائمة الهوامش:

1. أنظر المادة 11 من المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 14، لسنة 1993.
2. أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 58/94 المؤرخ في 07/03/1994 المتضمن لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الجريدة الرسمية، العدد 13 المؤرخة في 09/03/1994.
3. أنظر المادة 11 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، السالف الذكر.
4. أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 406/97 المؤرخ في 03/11/1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد 73، لسنة 1997.
5. أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 406/97 سابق الذكر.
6. أنظر إيمان بوستة، النظام القانوني للترقية العقارية، دار هدى، عين مليلة، جزائر، بدون رقم طبعة، 2011، ص 195.
7. أنظر المادة 54 من القانون 04/11، المؤرخ في 17/02/2011 المحدد للقواعد المنظمة للنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14، لسنة 2011.
8. أنظر المادة 54 من القانون 04/11، سابق الذكر.
9. أنظر المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85/12 المؤرخ في 20/02/2012 المتضمن لدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 26/02/2012.
10. أنظر المادة 31 من المرسوم التنفيذي 85/12، سابق الذكر.
11. أنظر المادة من المرسوم التنفيذي 58/94 المتضمن لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، السابق الذكر.
12. أنظر المادة 45 من القانون 04/11، المحدد للقواعد العامة التي تنظم نشاط الترقية العقارية والتي تقابلها المادة 18 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بنشاط الترقية العقارية والتي جاءت كالتالي «كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات... يعد باطلاً كأن لم يكن...».
13. أنظر الأستاذ: عبد القادر بن زهرة، الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع بناء على التصميم، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 28، ديسمبر 2007، ص 242.
14. أنظر المادة 64 من القانون 04/11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

15. أنظر الدكتور: لخضر زرارة، مداخلته بعنوان المسؤولية الجزائية للمرقي العقاري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية واقع وآفاق دراسة القانون 11 / 04، يومي 26 و27 فيفري 2012، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم الحقوق، جامعة ورقلة، ص 162.
16. أنظر المادة 74 من القانون 11 / 04، سابق الذكر.
17. أنظر حمدي إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 2.
18. أنظر الدكتور: موسى جميل النعيمات، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2011، ص 74.
19. أنظر حمدي إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 10.
20. أنظر الدكتور علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الثانية، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 40 وما يليها.
21. أنظر المادة 55 من القانون 11 / 04 المحدد لشروط ممارسة نشاط الترقية العقارية السابق الذكر، والمادة 30 و31 من المرسوم التنفيذي 12 / 85 المتضمن لدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، السابق الذكر.
22. أنظر المادتين 64 و74 من القانون 11 / 04، سابق الذكر.
23. أنظر المستشار: أنور العمروسي، الأحكام العامة لعقد المقاوله، دار النهضة، القاهرة، 2003، ص 49.
24. أنظر المادة 01 و02 من الأمر 75 / 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخة في 30 / 09 / 1975.
25. أنظر الدكتور: عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 96.
26. أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 97 / 406 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، السابق الذكر.
27. أنظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي 97 / 406، السابق الذكر.
28. أنظر الدكتور محمد عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2004، ص 06 و07.
29. أنظر الدكتور محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون رقم الطبعة، 1998، ص 29.
30. أنظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 401.

31. أنظر الدكتور مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، بدون رقم الطبعة، 2006، ص 09.
32. أنظر سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2006، ص 28.

Université Yahia FARES de MEDEA (Algérie)

Laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation

REVUE D'ETUDES JURIDIQUES

**Revue internationale académique et scientifique
publiée semestriellement
par le laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation
Université Yahia FARES de MEDEA**

Numéro :02/Jun 2015

ISSN 2437-0304

Dépôt légal: 2015-3039

Université Yahia FARES de MEDEA (Algérie)
Laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation

REVUE D'ETUDES JURIDIQUES

Revue internationale académique et scientifique
publiée semestriellement
par le laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation
Université Yahia FARES de MEDEA



Numéro :02/Juin 2015



دامر التل للطباعة

ISSN 2437-0304
Dépôt légal: 2015-3039