جامعة الجزائر
كلية الحقوق

المجلة الجزائرية

للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية

في هذا العدد :

– طبيعة المسؤولية السياسية للوزير الأول في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري 2008

– الرقابة الدستورية للنصوص القانونية

– حق التنظيم والمفاوضة الجماعية: المفهوم الخلفية التاريخية والقانونية

– قراءة في مبررات الحبس المؤقت في الجزائر

– طبيعة نظام وقف تنفيذ العقوبة

ISSN:0035-0699

عدد 2010/04

جامعة الجزائر
كلية الحقوق

المجلة الجزائرية

للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية

في هذا العدد :

- طبيعة المسؤولية السياسية للوزير الأول في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري 2008
- الرقابة الدستورية للنصوص القانونية
- حق التنظيم والمفاوضة الجماعية: المفهوم الخلفية التاريخية والقانونية
- قراءة في مبررات الحبس المؤقت في الجزائر
- طبيعة نظام وقف تنفيذ العقوبة

ISSN:0035-0699

عدد 2010/04

64994
Rf

UNIVERSITE D'ALGER
FACULTE DE DROIT

المكتبة الجامعية
جامعة الجزائر
Bibliothèque Universitaire

م.ج.ج. مرقمن
B.U.A. Numérisé

REVUE ALGERIENNE

Des Sciences Juridiques, Economiques
Et Politiques

Sommaire

CHABANE BIA
Pertinence des normes comptables IAS/IFRS dans le contexte culturel Maghrébin.....05-32

BELHIMER AMMAR
Les implications économiques et juridiques du remboursement anticipé de la dette extérieure.....33-56

BOURAS ZOHRA
La mondialisation et le travail des femmes 57-78

BENGUERGOURA CHERIF
Les ruraux et l'acculturation post-indépendance en Algérie.....79-107

Pertinence des normes comptables IAS/IFRS dans le contexte culturel Maghrébin

BIA Chabane,
Professeur,
Faculté des Sciences Economiques et des Sciences de Gestion,
Université mouloud MAMMERI, Tizi-Ouzou, Algérie.

CHOUCHANE Besma,
Assistante,
Institut Supérieur de Finances et de Fiscalité de Sousse, Tunisie.

Résumé

La Tunisie a adopté en 1997 un système comptable inspiré des normes comptables IAS/IFRS. L'Algérie appliquera le 01/01/2010[1] le Système Comptable et Financier inspiré des normes comptables internationales. L'objectif de cet article est d'analyser la pertinence du Système Comptable des entreprises au contexte culturel tunisien. Et de bénéficier de l'expérience du cas tunisien, étant donné la similitude des anciens systèmes (inspiré du PCG français), puis du système OCAM pour le PCN Algérien en vue de prévoir de l'adéquation du Système Comptable et Financier au contexte culturel algérien.

1. Introduction

À l'origine fondée sur l'agriculture, le pétrole et le phosphate, l'économie tunisienne s'est diversifiée et dispose actuellement d'un tissu industriel et d'un secteur touristique développés. Le secteur industriel tunisien est dominé par des micro-entreprises et des petites et moyennes entreprises (PME). Les petites et moyennes entreprises jouent un rôle important dans la création de l'emploi dans la mesure où elles enregistrent 30% de l'emploi du secteur industriel. Toutefois, le gros de l'emploi dans le secteur industriel, soit un pourcentage estimé à 61% du total, est assuré par les grandes entreprises employant un effectif supérieur à 100 personnes (RRNC, 2006)[2].

1. *Application prévue initialement pour le 1/1/2009, puis retardée au 1/1/2010.*
2. *Rapport sur le respect des normes et codes initié conjointement par la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International (FMI).*

Le marché financier est constitué par la Bourse des Valeurs Mobilières de Tunis (BVMT), et un certain nombre de valeurs cotées et de fonds d'investissements en actions et obligations. Le secteur est placé sous l'autorité d'un organisme public le « Conseil du Marché Financier ». L'objectif des pouvoirs publics, avec l'ouverture de la BVMT en 1990, était de créer une source alternative de financement à travers la mobilisation de l'épargne publique et l'encouragement de l'investissement étranger. Les objectifs recherchés n'ont pas été réalisés. En effet, en 2002 le financement des entreprises via le marché financier s'est limité à 1% du financement bancaire. Fin 2007, seulement 51 sociétés étaient cotées à la BVMT et la capitalisation boursière de ces sociétés cotées à la BVMT était 6,53 (contre 2,98 en 2003) milliards de dinars tunisiens.

Cependant, avec ces mutations économiques profondes qu'a connu la Tunisie visant à instituer une économie de marché (dynamisation du marché boursier, signature des accords du GATT, création d'une zone de libre échange avec l'Union Européenne, libéralisation des taux d'intérêts et des taux de change, convertibilité du dinar...), l'ancien plan comptable général (PCG)[3] ne répondait plus, à bien des égards, aux exigences des besoins en informations de plus en plus diversifiés de l'utilisateur des états financiers. En outre, dans un souci d'harmonisation du système comptable (SCE) tunisien avec le référentiel international de l'IASB, un nouveau système comptable a été crée en adoptant des normes en harmonie avec celles des IAS/IFRS.

La loi n°96-112 du 30 décembre 1996 a institué un nouveau système comptable pour les entreprises tunisiennes. Ce nouveau système s'est doté d'un cadre conceptuel qui constitue la base de référence des normes comptables alors que l'ancien système comptable était caractérisé par l'existence d'un plan comptable général.

Actuellement, nous assistons en Algérie à une réforme qui ressemble au cas tunisien. En effet, depuis la réforme de son plan comptable en 1975 et la publication du Plan Comptable National (PCN), ce référentiel n'a subi aucun amendement significatif. En 2001, sur un financement de la Banque Mondiale l'Algérie s'est engagée dans un processus de réforme du plan comptable national avec la collaboration très active des membres de la profession comptable française. Le processus d'élaboration et de révision du PCN a abouti à la fin de l'année 2004 à ce qu'il a été entendu de nommer « Système Comptable et Financier ». Ce Système inspiré du référentiel comptable international IAS/IFRS, est en rupture avec l'ancien Plan Comptable National Toubache et Toubache (2008). L'entrée en vigueur du Système Comptable et Financier est alors fixée à partir du 1er janvier 2010, 13 ans après la Tunisie.

La réforme comptable effectuée par la Tunisie suscite notre intérêt pour différentes raisons. D'une part, elle témoigne de la première tentative faite par un pays de

3. Le PCG était appliqué depuis 1968 et dérive du plan comptable français 1947-57.

tradition comptable française doté jusqu'ici d'un plan comptable (1968), pour se donner un corps de normes compatibles avec les normes internationales (Colasse (1997) et Ollier (1999)). D'autre part, cette tentative a été faite dans un petit pays en voie de développement. C'est à dire un pays dont les entreprises ressemblent à priori assez peu aux sociétés pour lesquelles les normes comptables internationales sont conçues, de grandes sociétés se finançant sur les marchés financiers internationaux. Enfin, le contexte culturel tunisien se rapproche de celui de l'Algérie et par conséquent, nous pouvons prévoir les conséquences de la réforme algérienne.

A cet effet, on pourrait se poser la question suivante dans le cadre de cette recherche : **Est ce que ce nouveau système comptable (inspiré des normes internationales) convient au contexte culturel tunisien ? Peut-on en tirer des leçons pour le cas algérien ?**

Pour répondre à ces interrogations, nous avons organisé ce travail de la manière suivante : nous présenterons tout d'abord une revue des études portant sur la pertinence des normes internationales aux PVD[4]. Nous nous intéressons aux études de pertinence aux PVD étant donné que les pays maghrébins font partie des PVD et il y a une absence des recherches réalisées dans ces pays. Nous présenterons ensuite le cadre théorique choisi : nous avons adopté le modèle de Hofstede et Gray (1988) pour étudier la relation qui existe entre les valeurs culturelles et les valeurs comptables. Et nous avons expliqué l'évolution des valeurs culturelles suite aux influences des évènements dits influents en empruntant le modèle de Doupnik et Salter (1995). Enfin, nous présenterons la méthodologie suivie, les principaux résultats obtenus et nous discuterons de ces résultats obtenus en conclusion.

2. Revue des travaux sur la pertinence des normes comptables aux PVD

Différentes recherches comptables se sont interrogées sur la question de la pertinence des normes internationales aux pays en voie de développement (Samuel et Oliga, 1982 ; Belkaoui, 1988 ; Larson, 1993 ; Chamisa, 2000). Certains chercheurs ont montré que l'harmonisation comptable internationale facilite les transactions commerciales et favorise le niveau de développement économique des pays respectifs. Larson (1993) a testé cette hypothèse dans le cadre des PVD. L'échantillon choisi par ce dernier regroupe 35 pays africains, répartis en trois catégories : les pays ayant choisi d'adopter les normes IAS sans modifications, les pays les ayant adoptées avec modifications[5] et les pays n'ayant pas adopté ces normes. Les résultats de cette recherche ont confirmé l'idée que les normes comptables sont le reflet des conditions sociales, économiques et politiques du pays.

4. Pays en Voie de Développement.

5. La Tunisie figure parmi ce groupe de pays, tout comme l'Algérie à la lecture du document SCF.

Les résultats de Larson (1993) ont par ailleurs prouvé que les IAS pourraient être considérées comme un moyen de développer la croissance économique des pays de la seconde catégorie, ceux qui ont adopté les IAS avec modifications, afin de refléter leurs conditions environnementales et locales. Ces résultats rejoignent ainsi l'affirmation de Cairns (1990) qui a noté que les normes internationales ne sont pas pertinentes pour les pays qui ne les adaptent pas à leurs environnements culturels et économiques.

Aux recherches précédemment citées, nous pouvons ajouter celle de Hassan (1998), qui a réalisé une étude de perception avec les experts comptables des PVD afin de déterminer les principales caractéristiques d'un système comptable pertinent pour ces pays. Des questionnaires ont été établis et envoyés à 250 experts en comptabilité, se trouvant dans 35 pays en voie de développement. L'analyse des réponses montre une certaine préférence des experts de ces pays pour un système comptable uniforme. Selon ces experts interviewés, les PVD ont besoin, en effet, d'un système comptable simplifié, répondant aux besoins des planificateurs nationaux et des investisseurs privés (Hassan, 1998). Ils ont par ailleurs affirmé que les normes comptables internationales ne sont pas pertinentes pour les PVD. Ces normes sont plutôt conçues pour répondre aux besoins des pays industrialisés.

Chamisa (2000) a également analysé la pertinence des normes comptables internationales pour les PVD, en examinant les entreprises qui se conforment aux normes internationales. A partir des résultats obtenus, Chamisa (2000) a conclu que la pertinence des normes comptables internationales dépend des objectifs et des besoins auxquels ces normes sont sensées servir, ainsi que du contexte spécifique national dans lequel ces normes vont être appliquées. Cette étude a également montré, d'une part, que les normes internationales ne sont pas pertinentes pour les PVD où il y a absence du marché financier et où le secteur public est dominant ; d'autre part, que les normes internationales sont considérées comme pertinentes pour les PVD où le secteur privé domine l'économie, où le marché financier est développé, et où l'on privilégie l'idée de la présentation d'une image fidèle aux actionnaires, contrairement à l'idée d'une présentation conservatrice aux créditeurs et à l'administration fiscale.

3. Cadre théorique

A partir des résultats de ces différentes études réalisées dans le contexte des PVD, nous retenons que la pertinence des normes comptables internationales pour les PVD dépend des conditions environnementales et culturelles du pays en question.

Outre les travaux de recherches réalisés dans les pays en voie de développement, nous pouvons nous référer aux études réalisées dans d'autres contextes, qui ont eu pour objectif d'analyser, à partir d'un cadre théorique, la pertinence des IAS/IFRS dans un contexte donné. Nous pouvons citer la recherche de Chow et al. (1995). En effet, Chow et al. (1995) se sont inspirés du cadre théorique de Hofstede (1980) et

de Gray (1988) pour analyser la réforme comptable en Chine. En prenant conscience de l'importance des facteurs environnementaux et culturels dans le développement du système comptable, Chow et al. (1995) ont choisi d'analyser cette réforme comptable d'une perspective culturelle et ont mobilisé le cadre théorique de Hofstede (1980) et de Gray (1988).

Les résultats de l'étude de Chow, et al. (1995) ont montré que l'influence de la culture sur les pratiques comptables en Chine est très grande, et que l'adoption du système comptable anglo-saxon pourrait rencontrer des difficultés en raison de la culture des comptables chinois, différente de celles des anglo-saxons. La culture comptable chinoise constitue, par conséquent, une contrainte pour l'application du nouveau système comptable inspiré des normes comptables anglo-saxonnes.

De plus l'étude de Chow et al. (1995) réalisée en Chine a montré que le modèle de Hofstede (1980) et de Gray (1988) pourrait constituer un cadre théorique de référence pour analyser la pertinence d'un système comptable dans un contexte donné.

Le cadre théorique de Hofstede (1980) et de Gray (1988) a été adopté par d'autres études pour analyser la pertinence des systèmes comptables occidentaux aux pays en voie de développement. Nous pouvons citer l'étude de Baydoun et al. (1995) qui a analysé la pertinence du système comptable français au contexte libanais à partir de ce cadre théorique. Ces derniers ont analysé l'environnement culturel libanais sur la base des valeurs culturelles de Hofstede (1980). Ils ont utilisé les hypothèses de Gray (1988), reliant les valeurs comptables aux valeurs culturelles pour analyser la notion de pertinence d'un système comptable. À partir des résultats de recherches obtenus, Baydoun et al (1995) ont pu montrer que le cadre théorique de Hofstede (1980) et de Gray (1988) constitue « une structure dans laquelle nous pourrions examiner la notion de pertinence d'un système comptable ».

3.1. Culture et dynamique d'évolution des systèmes comptables

L'un des plus importants paradigmes théoriques de recherche utilisé pour analyser la question de pertinence des systèmes comptables anglo-saxons aux PVD est le cadre théorique de Hofstede (1980) adopté par Gray (1988). Nous l'empruntons dans cette recherche pour analyser la pertinence du système comptable tunisien au contexte culturel. Outre la culture, il faut prendre en considération d'autres facteurs environnementaux tels que le système légal ou les systèmes politique et économique, influencent le développement du système comptable. Ce dernier, en effet, est en interaction avec l'environnement culturel et institutionnel. Doupnik et Salter (1995) ont proposé un modèle général de développement des systèmes comptables qui s'efforce de combiner les facteurs environnementaux, culturels et institutionnels.

3.1.1. Modèle de Gray-Hofstede (1988)

Nous avons choisi de considérer la culture comme un système de valeurs partagées, qui font preuve d'une grande continuité. Il s'agit d'un référentiel qui guide les actions des individus. Plusieurs approches existent pour analyser les cultures nationales. Seules les études ayant cherché à formaliser des catégories de valeurs universelles peuvent nous être utiles. Le modèle de Hofstede (1980) répond à ce critère.

3.1.1.1. Contexte culturel et travaux de Hofstede

Hofstede appuie ses travaux sur une étude réalisée en 1980, à partir des données mondiales. Ces données concernent les citoyens de 50 pays et 3 régions regroupant plusieurs pays (pays arabophones, Afrique de l'Est et Afrique de l'Ouest). A l'issue des travaux effectués, 60.000 salariés d'IBM occupant des postes identiques dans les différents pays étudiés ont répondu à des questions concernant leurs valeurs. Hofstede (1980) a ainsi dégagé quatre variables culturelles permettant, selon lui, de caractériser toute culture dont :

Premièrement, on trouve **une distance par rapport au pouvoir**, c'est le degré à partir duquel les membres d'une société acceptent que le pouvoir dans les institutions et les organisations soit distribué inéquitablement. Les gens dans un pays à large distance au pouvoir, acceptent un ordre social dans lequel il n'est pas besoin de justifications.

Un deuxième construit est le **niveau d'individualisme** ou de collectivisme. Il caractérise des sociétés où les individus ont plus tendance à prendre soin d'eux mêmes et de leur famille.

L'opposé est le collectivisme, et caractérise une volonté de resserrer le lien social. L'étude est effectuée sur le lieu de travail, à l'école ou encore dans les rapports familiaux. Les oppositions sont multiples. Citons le fait que les enfants apprennent à penser le « nous » et non le « je ».

Le **degré de masculinité ou de féminité** a été étudié. On y trouve la préférence pour l'héroïsme, la réussite matérielle, l'accomplissement dans le cas de la masculinité. Hofstede va par exemple porter son attention, sur l'analyse des rapports homme-femme au travail, à la maison ou à l'école.

Un autre construit est **le degré de peur de l'incertitude**, c'est le degré d'ambiguïté et d'incertitude qui fait qu'une société se sent mal à l'aise. Les sociétés mal à l'aise et dans l'incertitude maintiennent des codes très stricts et se montrent particulièrement hostiles à la déviance. Les valeurs déterminées par Hofstede sont liées à un ensemble de faits et de recoupements (corpus juridique, place du citoyen ou encore tendances philosophiques et scientifiques...).

La tentation est donc grande d'appliquer ces dimensions à ce qui peut apparaître comme un construit culturel : les systèmes comptables.

3.1.1.2. Application des travaux de Hofstede par Gray (1988) :

Gray (1988) a étendu le modèle de Hofstede (1980). Selon lui, d'une part, les attitudes des comptables ou les valeurs comptables sont supposées avoir une relation ou dérivent des valeurs sociétaires et, d'autre part, ces valeurs comptables à leur tour affectent le système comptable et la manière dont la comptabilité est pratiquée.

Gray (1988) a ainsi étudié dans quelles mesures les variables culturelles identifiées par Hofstede (1980) peuvent expliquer les différences internationales entre systèmes comptables. A ce titre, il a mis en évidence le mécanisme par lequel les valeurs culturelles sont liées aux valeurs comptables et a examiné si elles ont une influence directe sur le développement des systèmes comptables.

Pour ce faire, Gray (1988) a identifié quatre valeurs comptables, représentant les caractéristiques des systèmes comptables, et a proposé quatre hypothèses de causalité reliant ces valeurs comptables aux valeurs culturelles d'Hofstede (1980). L'équivalence entre ces dernières dimensions et celles de Gray (1988) se fait au moyen d'un tableau établi par Gray.

Tableau 1 : Relation entre les valeurs culturelles de Hofstede et les valeurs comptables de Gray

Valeurs culturelles	Professionnalisme	Uniformité	Conservatisme	Secret
Distance Hiérarchique	-	+	?	+
Contrôle de l'incertitude	-	+	+	+
Individualisme	+	-	-	-
Masculinité	?	?	-	-

- Relation négative ; + Relation positive ; ? Absence de relation

Les valeurs comptables identifiées sont décrites ci-après :

Le professionnalisme-régulation par la loi : Le « professionnalisme » - ou la « régulation par la profession » - montre une certaine préférence pour l'exercice du jugement professionnel individuel et le maintien d'une profession autonome qui crée ses propres règles. A l'opposé, la « régulation par la loi », incarne l'importance attachée aux prescriptions légales et aux contrôles statutaires.

L'uniformité-Flexibilité : La valeur « uniformité » montre une préférence pour l'application des procédés comptables uniformes entre les entreprises et pour l'application de ceux-ci tout au long de la durée des entreprises (par exemple PCG). La valeur « flexibilité » fait référence à une certaine souplesse dans l'utilisation des pratiques comptables, en fonction des circonstances ou des situations perçues.

Le **Conservatisme- Optimisme :** La valeur « conservatisme » montre une préférence pour une approche prudente lors de l'évaluation des postes du bilan et de la détermination des résultats. Cette attitude reflète le besoin de s'accommoder de l'incertitude des événements futurs. L'opposé, c'est une attitude plus optimiste, un laisser faire et une manière plus risquée d'aborder les problèmes.

La prudence dans la mesure des actifs et des résultats est perçue comme une attitude fondamentale de la part des comptables du monde entier. Toutefois, le niveau de prudence peut varier selon les pays : très élevé dans les pays d'Europe continentale comme l'Allemagne et la France ou plus faible au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis (Nobes, 1984).

Enfin, la **valeur « secret » - ou « confidentialité »** montre une préférence pour la restriction des informations à ceux qui sont impliqués dans la gestion et le financement de l'entreprise. L'opposé, c'est une plus grande « transparence », une ouverture et une approche qui rendent compte de la gestion à un public beaucoup plus vaste.

Le cadre théorique de Gray (1988) représente une contribution importante à la recherche interculturelle. Ce cadre a permis, en effet, de comprendre l'influence de la culture sur le système comptable et de déterminer la relation entre la culture, les valeurs comptables et les pratiques comptables.

3.1.2. Dynamique d'évolution du système comptable : modèle de Doupnik et Salter (1995)

Dans le modèle comptable, l'environnement (système scolaire, économie, politique) est déterminé par des facteurs institutionnels (corporations, bourse, et régulation...), et par les décideurs (investisseurs, émetteurs) (Anderson et Lanen, 1999). L'environnement et les institutions, dans le cadre d'une trame culturelle nationale, fournissent l'information, au public, afin de livrer les meilleures décisions. Le changement comptable serait à la fois le produit du changement lié au conjoncturel et à l'interaction continuelle du système comptable et des systèmes connexes. L'évolution du système comptable d'une nation s'opère à partir de trois éléments. **L'environnement externe** affecte à la fois la culture de la société, sa structure institutionnelle et introduit des motivations externes lesquelles provoquent le changement. **Les valeurs culturelles**, qui affectent la structure institutionnelle (incluant le système comptable, est déterminée par l'environnement externe, les normes et les valeurs culturelles). Elles pilotent dans l'élaboration de stimuli externes appropriés, les interactions entre **structures institutionnelles** et la structure institutionnelle, à l'intérieur de laquelle les réponses et les adaptations sont élaborées (Doupnik et Salter, 1995).

3.2. Description du système comptable tunisien et américain en fonction des valeurs culturelles de Hofstede (1980) et des valeurs comptables de Gray (1988)

Afin de faciliter la comparaison entre les contextes culturels, Hofstede (1980) a attribué aux pays étudiés des indices pour chacune des valeurs culturelles déterminées dans sa recherche. Ainsi, pour déterminer les indices des valeurs culturelles de la Tunisie et des Etats-Unis, nous nous sommes référés aux résultats obtenus par Hofstede (1980).

La Tunisie n'a pas fait l'objet d'étude de manière individuelle par Hofstede, nous avons donc choisi de la classer dans la recherche qu'il a réalisé parmi les résultats des pays arabes. Ce groupe de pays constitue en effet celui le plus proche culturellement de la Tunisie.

Selon les résultats de recherche de Hofstede (1980), les valeurs culturelles des pays anglo-américains (indice de la distance au pouvoir faible, contrôle d'incertitude faible, individualisme élevé) sont contraires à celles de la Tunisie (distance hiérarchique élevée, contrôle d'incertitude élevé, individualisme faible).
Ceci entraîne, dans les pays anglo-saxons et en Tunisie, des valeurs comptables différentes. Il existe une préférence pour le jugement professionnel individuel et une flexibilité en accord avec les situations perçues dans les systèmes comptables des pays anglo-américains, alors qu'il existe une préférence pour l'obéissance à des obligations légales et à un contrôle légal, le maintien de pratiques comptables uniformes entre entreprises, et l'application fidèle de telles pratiques dans le temps, dans le système comptable tunisien.

Valeurs comptables	**Pays Arabes (Tunisie)**	**Etats-Unis**
Professionnalisme	Faible	Elevé
Uniformité	Elevé	Faible
Conservatisme	Elevé	Faible
Confidentialité	Elevé	Faible

En nous appuyant sur le cadre théorique de Hofstede-Gray (1988) et au vu du précédent tableau, nous pouvons affirmer que les valeurs comptables tunisiennes sont différentes des valeurs comptables américaines. Nous nous interrogerons donc sur la pertinence du Système Comptable tunisien à orientation anglo-saxonne dans le contexte tunisien.

En nous appuyant sur le modèle de Doupnik et Salter (1995), nous supposons qu'il existe une évolution des valeurs culturelles pour s'adapter aux mutations économiques ainsi qu'à l'harmonisation comptable internationale. Ainsi, les valeurs culturelles vont connaître une évolution des valeurs culturelles tunisiennes pour s'adapter au

nouveau système comptable inspiré des normes comptables internationales. Par référence au cadre théorique de Hofstede-Gray (1988) les valeurs comptables également connaîtront, par conséquent, une évolution.

L'évolution des valeurs culturelles se fait donc dans le sens suivant :

- La distance hiérarchique tend à être plus faible ;
- Le contrôle d'incertitude tend à être plus faible ;
- L'individualisme tend à être plus élevé ;
- Et la masculinité tend à être plus élevée.

En nous appuyant sur le cadre théorique de Gray (1988) nous pouvons affirmer que les valeurs comptables connaîtront les changements suivants :

- Un degré de professionnalisme plus élevé ;
- Un degré d'uniformité plus faible ;
- Un degré de conservatisme plus faible ;
- Une discrétion plus faible.

Ceci constitue en effet les caractéristiques d'un système comptable anglo-saxon.

En définitive, nous pouvons supposer que la pertinence du SCE pour la culture comptable en Tunisie implique une évolution des valeurs culturelles tunisiennes suite au passage du PCG au SCE.

D'où les caractéristiques suivantes du système comptable tunisien :

- Un degré de professionnalisme élevé ;
- Un degré d'uniformité faible ;
- Un degré de conservatisme faible ;
- Une discrétion faible.

La conceptualisation des valeurs comptables de Gray (1988) est largement influencée par le construit des valeurs culturelles de Hofstede (1980). Gray (1988) s'est basé sur un raisonnement a priori et l'expérience générale des régimes comptables internationaux, non sur la base de techniques empiriques. Ainsi, il a exprimé ses valeurs comptables en terme de préférences. D'où la difficulté de conceptualisation de ces variables.

Différentes recherches ont tenté de valider ce construit et de mieux opérationnaliser ces valeurs comptables. Baydoun et al. (1995) ont montré que le professionnalisme et l'uniformité influencent l'autorité et le degré d'application des aspects du système comptable ; alors que le conservatisme et la confidentialité sont en relation avec les pratiques de mesure et de divulgation et donc influencent plutôt les aspects techniques comptables. De même, selon Chow et al. (1988), le professionnalisme et l'uniformité sont en rapport avec le degré de normalisation du

système comptable par le gouvernement, ainsi que le degré de préférence pour une application de méthodes comptables uniformes par rapport aux méthodes comptables flexibles. Nous suivrons la démarche de ces derniers chercheurs.

Pour répondre aux objectifs présentés ci-dessus, des choix méthodologiques s'imposent. Dans ce cadre, il s'agit - compte tenu de l'objet de notre recherche - de réaliser des entretiens et des questionnaires.

4. Méthodologie

Nous avons choisi de recourir aux entretiens dans le cadre de cette recherche. La technique d'entretien nous paraît la plus adéquate pour comprendre la mise en œuvre concrète de la réforme comptable en Tunisie.

A partir de l'analyse de contenu de 23 entretiens réalisés avec des experts-comptables tunisiens et des membres du comité de pilotage et du CNC, des questionnaires ont été élaborés et administrés directement aux différents acteurs de la comptabilité en Tunisie (préparateurs et utilisateurs des états financiers). Au total 127 questionnaires ont été administrés (à 53 entreprises, 26 analystes de crédit, 25 fonctionnaires de l'administration fiscale et 27 analystes financiers).

5. Résultats et discussions

5.1. Analyse des valeurs comptables, présentation des résultats

Nous analyserons, dans les points suivants, chacune de ces valeurs comptables : professionnalisme, uniformité, conservatisme et discrétion. Dans un dernier point, nous récapitulerons les résultats obtenus pour l'ensemble des valeurs comptables, afin de discuter de la pertinence du Système Comptable des Entreprises au contexte culturel tunisien.

5.1.1. Professionnalisme et uniformité

Nous analyserons la valeur comptable professionnalisme puis nous exposerons les résultats des analyses de la valeur comptable uniformité.

5.1.1.1. Professionnalisme

L'analyse des thèmes obtenus des entretiens réalisés[6] avec des membres de l'Ordre des Experts Comptables de Tunisie et des normalisateurs comptables, ainsi que l'analyse des lois et des textes réglementaires nous ont permis d'affirmer que :

- La profession comptable en Tunisie est encore jeune et n'est pas organisée ;
- La réglementation comptable relève exclusivement de l'affaire du ministère des Finances ;
- La profession comptable n'est pas contre une intervention du gouvernement ;

6. Voir Chouchane (2005).

- Nous avons noté certaines lacunes et des insuffisances sur le plan organisme de normalisation et également l'absence d'organisations professionnelles privées ;
- Enfin, nous avons relevé une certaine préférence pour une obéissance légale et un contrôle légal ;

Nous pouvons donc conclure à partir de ces constats et par référence à la définition de la valeur comptable « professionnalisme » que : le niveau de professionnalisme est faible et il existe une importance attachée aux prescriptions légales et aux contrôles statutaires.

5.1.1.2. Uniformité

A partir de l'analyse des entretiens, nous avons montré que la profession comptable en Tunisie n'est pas contre une intervention du gouvernement. En outre, il y a un intérêt pour les lois, le maintien d'un certain ordre, un besoin d'une réglementation écrite. Par conséquent, nous pouvons affirmer que les comptables tunisiens pourraient avoir une préférence pour une application des méthodes comptables uniformes par rapport aux méthodes comptables flexibles.

En analysant les rapports annuels publiés par les sociétés cotées sur la BVMT, nous pouvons noter que toutes les entreprises présentent leurs états financiers de la même manière. Les personnes interviewées ont également noté l'uniformité des états financiers. Baydoun et Willett (1995) ont montré que l'uniformité, en tant que caractéristique technique des états financiers, pourrait englober les deux qualités suivantes : la comparabilité et la cohérence des états financiers. Nous avons ainsi demandé, dans le cadre de nos questionnaires administrés aux utilisateurs des états financiers, leur jugement sur la comparabilité des états financiers.

L'analyse des résultats des questionnaires administrés aux utilisateurs des états financiers montre qu'à première vue, les états financiers sont comparables. En effet, plus de 77% des utilisateurs des états financiers estiment que les états financiers des entreprises tunisiennes sont comparables.

La probabilité critique bilatérale (2-Tailed Probability) obtenue pour le test binomial de COMPARABLE est égale à zéro pour une proportion testée de 50%. Nous ne pouvons donc pas rejeter l'hypothèse nulle pour COMPARABLE, pour une proportion supérieur à 77%. Par conséquent, la population d'origine de l'échantillon considère au moins à 77% les états financiers comme étant comparables.

A partir des résultats obtenus du test binomial nous pouvons affirmer que les états financiers préparés par les entreprises tunisiennes sont comparables. La majorité des entreprises tunisiennes présentent des états financiers qui ont le même format quel que soit le secteur (ou l'activité) auquel elle appartient. Ce niveau élevé d'uniformité s'explique par les anciennes habitudes des comptables, héritées de l'ancien Plan Comptable Général.

Nous pouvons conclure à partir des résultats des analyses des entretiens et des analyses des questionnaires que : ***le degré d'uniformité est élevé dans les pratiques comptables tunisiennes***.

5.1.2. Conservatisme et discrétion

L'analyse des résultats des questionnaires a montré que les principaux utilisateurs des états financiers sont les utilisateurs internes, l'administration fiscale et les bailleurs de fonds. En effet, plus de 50% des répondants ont indiqué que ceux-ci font partie de leurs utilisateurs des états financiers.

Les résultats du classement des répondants ont montré que les utilisateurs internes occupent le premier rang. Plus de 69% des répondants ont classé cet utilisateur au premier rang. Plus de 43% des utilisateurs ont choisi l'administration fiscale comme principal utilisateur, classé au deuxième rang. Les bailleurs de fonds et les investisseurs sont classés respectivement au troisième et au quatrième rang.

Les utilisateurs internes et l'administration fiscale, constituent donc les utilisateurs privilégiés pour les entreprises tunisiennes. Les investisseurs sont placés au dernier rang, après les bailleurs de fonds. Nous pouvons expliquer ces résultats par le fait que la majorité des entreprises tunisiennes se financent par les crédits bancaires et n'ont pas recours au marché financier. Par conséquent, le marché financier reste limité et les investisseurs constituent les utilisateurs des états financiers les moins privilégiés.

Nous avons demandé également aux entreprises de déterminer l'utilité de tenir une comptabilité selon le SCE et de classer leurs besoins par ordre de priorité. Les résultats ont montré que pour une écrasante majorité (plus de 94%) la comptabilité est un outil pour répondre aux besoins internes. Celle-ci constitue pour plus de 64% une contrainte fiscale et une contrainte légale pour 62% des répondants. La comptabilité constitue par ailleurs, un outil pour répondre aux besoins des investisseurs et des bailleurs de fonds pour plus de 43%. Pour une minorité de répondants, la comptabilité est un outil pour répondre aux autres partenaires et groupes d'intérêts.

Nous pouvons de ce fait conclure que, dans le contexte culturel tunisien, la comptabilité est un outil pour répondre aux besoins internes. Par ailleurs, elle constitue une contrainte légale et fiscale pour certaines entreprises. Les besoins des bailleurs de fonds et des investisseurs et bailleurs sont à satisfaire après avoir satisfait les règles légales ainsi que les déclarations fiscales. Ceci est cependant différent de la conception du SCE qui privilégie les utilisateurs externes, notamment les bailleurs de fonds et les investisseurs.

Par conséquent, un degré élevé de conservatisme et de discrétion est alors prévisible.

Outre l'analyse des commentaires obtenus, nous examinerons certaines pratiques comptables afin de déterminer le niveau de conservatisme des entreprises tunisiennes.

Nous examinerons ensuite le jugement des utilisateurs des états financiers afin de déterminer le niveau de discrétion des pratiques de divulgation d'informations.

5.1.2.1. Le conservatisme

- Détermination des taux d'amortissement

Le Tableau 2 indique clairement que la détermination des taux d'amortissement des immobilisations est basée sur les taux fiscaux. Ces résultats nous renseignent sur le degré de conservatisme des pratiques comptables. En effet, le comptable tunisien par crainte de voir ses charges non admises en déduction, applique des mesures prudentes en respect des règles fiscales.

Tableau 2 : Détermination des taux d'amortissement

	Fréquence
Taux économiques	7,54%
Taux fiscaux	92,46%
Total	100%

Afin d'éclairer ces résultats nous avons demandé aux entreprises de préciser de quelle manière sont déterminés les taux d'amortissement des immobilisations. L'analyse de ces résultats nous permet de tracer le tableau suivant :

Taux d'amortissement fixés par	Service comptable	Service technique	Loi fiscale	Autres
Fréquence	28.30%	7.54%	92.45%	1.88%

A partir de ce tableau, il apparaît clairement que les taux appliqués par l'ensemble des entreprises sont les taux fiscaux.

Ces résultats confirment ce qu'avançaient les entretiens réalisés dans le cadre de cette recherche : « (...) Normalement, c'est l'amortissement économique qu'il faut appliquer, or on est influencé par les taux fiscaux. Donc, la fiscalité peut constituer une contrainte dans l'application du SCE... ». (e1[7])

- Evaluation de la valeur des immobilisations

Les résultats des pratiques relatifs à l'évaluation des immobilisations sont récapitulés dans le tableau suivant :

7. (e i) : entretien réalisé avec un interviewé dont le rang i.

Tableau 3 : Evaluation des immobilisations

	Fréquence
Valeur récupérable	10,60%
Coûts historiques	89,40%
Total	100%

En majorité, les entreprises (89,4%) évaluent les immobilisations selon la méthode du coût historique. Nous remarquons un certain retour aux anciennes mesures. En effet, la valeur récupérable constitue une notion nouvelle pour les comptables tunisiens, rares (10,6%) ceux qui s'intéressent à cette valeur. Par conséquent, nous affirmons que le degré de conservatisme est élevé.

Ces résultats confirment ceux issus des entretiens réalisés dans cette recherche : « *(...) Je ne pense pas qu'il y ait beaucoup d'entreprises ou de professionnels qui respectent cette notion de la juste valeur et vont changer la valeur des immobilisations ou des stocks en fonction de ce qui est édicté dans les normes et de ce qui concerne le problème de juste valeur. Il y a des notions un peu nouvelles pour le tunisien. Cette notion est assez difficile à saisir dans certains cas, et donc les gens ne respectent pas du tout et ignorent complètement certaines choses. Parfois c'est une difficulté d'application, mais parfois aussi par ignorance, donc les gens ne respectent pas par ce qu'ils ignorent*». (e19)

En examinant le Système Comptable des Entreprises, nous pouvons affirmer que le normalisateur comptable tunisien a également confirmé ce niveau de conservatisme. En effet, afin d'éviter une évaluation optimiste des actifs, il a interdit la réévaluation des immobilisations. En revanche, la baisse de la valeur des actifs doit être constatée par une réduction de la valeur des immobilisations. Par conséquent, nous pouvons affirmer qu'il existe une attitude conservatrice dans l'évaluation des postes du bilan des entreprises tunisiennes.

- Les règles à appliquer en cas de divergences entre les règles comptables et fiscales

Les comptables des entreprises tunisiennes tentent d'appliquer les règles fiscales en cas de divergences avec les règles comptables. Les résultats des questionnaires sont présentés dans le tableau suivant :

Tableau 4 : Fréquence des entreprises utilisant les règles fiscales

Règles appliquées	**Fréquence**
Règles fiscales	82,6%
Règles comptables	17,4%
Total	100%

Les résultats obtenus montrent qu'en cas de divergence entre les règles fiscales et les règles comptables, la plupart des comptables tunisiens (82,6%) appliquent, par mesure de prudence, les règles fiscales. Nous pouvons expliquer ce caractère conservateur des pratiques comptables tunisiennes par le fait que le manquement à la règle fiscale est sévèrement et immédiatement sanctionné par l'autorité publique alors que la non-observation des règles comptables n'est que subsidiairement sanctionnée. Ainsi, en cas de divergence entre les règles fiscales et les règles comptables, une grande majorité des entreprises s'alignent avec les premières règles par peur de voir leurs charges non admises en déduction. Ce qui pourrait par conséquent, nuire à la qualité de l'information comptable.

Nous pouvons en conséquence remarquer qu'il existe un écart important entre le raisonnement et la conception du système comptable tunisien et la culture des comptables tunisiens. Ceux-ci n'ont pas souvent un raisonnement économique, ils ont tendance à appliquer les anciennes mesures : celles des règles fiscales et non des règles comptables et économiques.

Ces résultats se rapprochent de nos résultats d'analyse thématique des entretiens. En effet, nous pouvons citer « *(...) Dans la pratique, par crainte de voir certaines charges non admises en déduction, ou certains produits imposés doublement, certaines entreprises prennent en considération les règles fiscales. Par exemple, Toutes les entreprises qui ont des biens en leasing continuent à constater la charge de location sans constater le bien dans leurs comptes et par conséquent ne respectent pas la convention du fond sur la forme, donc vous voyez il y a une certaine tendance à se rapprocher et à ne pas s'écarter des règles fiscales pour ne pas perdre dans la fiscalité...* ». (e1)

« *(...) Je dirais même plus, certains concepts fiscaux sont considérées comme des comptables* ». (e2)

- Raisonnement selon le Plan Comptable Général ou une conception Système Comptable ?

Les résultats montrent que la majorité des entreprises (80%) appliquent un raisonnement Plan Comptable Général. Les résultats de nos entretiens se rapprochent de ceux des questionnaires. Nous pouvons citer les propos suivants :

« *C'est évident, la majorité des entreprises raisonnent en Plan Comptable Général ! A la limite 99% des PME ! Et ce n'est pas ça le changement. Si vous posez la question à un simple comptable concepteur des états financiers dans une PME, il vous dit la nomenclature et les états financiers. A un degré plus élevé, expert comptable théoricien, grandes entreprises et cotées en bourse on peut arriver à une meilleure application...* ». (e8)

Nous pouvons en conséquence affirmer que le comptable tunisien raisonne encore en Plan Comptable Général. Pour une majorité des comptables tunisiens, il n'y a pas un grand changement par rapport à l'ancien plan comptable, sauf au niveau de la présentation. Les comptables tunisiens sont donc fortement attachés à l'ancien PCG. Nous pouvons expliquer ces pratiques conservatrices par la culture des comptables tunisiens et aussi par le fait que le normalisateur tunisien a inclut la nomenclature comptable dans le SCE.

- Présentation des états financiers

Le normalisateur tunisien a prévu deux modèles de présentation des états financiers afin de faciliter le passage du Plan Comptable Général au SCE : le modèle autorisé et le modèle de référence.

L'analyse des résultats relatifs à la présentation de l'état de résultat ainsi que celui du tableau de flux de trésorerie montre que 69.8% des entreprises appliquent encore le modèle autorisé. Les entreprises tunisiennes appliquent les aspects traditionnels de l'ancien plan comptable. Ceci justifie le niveau de conservatisme des pratiques comptables tunisiennes.

Les résultats montrent qu'en majorité les comptables des entreprises tunisiennes présentent le tableau de flux de trésorerie selon le modèle autorisé.

Tableau 5 : Présentation des états financiers

Pourcentage des entreprises qui présentent selon le modèle de	Tableau[8] de flux de trésorerie	l'Etat de résultat
Référence	30.2%	30.2%
Autorisé	69.8%	69.8%
Total	100%	100%

Les fréquences des entreprises qui présentent le tableau de flux de trésorerie et l'Etat de résultat selon le modèle de référence ou autorisé sont identiques aux précédentes.

Ces résultats confirment ainsi ce qui nous a été avancé dans le cadre de nos entretiens : « *(...) Mais le problème en Tunisie, le SCE a prévu deux modèles un modèle de référence et un modèle autorisé. Le modèle de référence est le modèle de base. Malheureusement, à part quelques entreprises qui appliquent le modèle de référence, la majorité applique le modèle autorisé, c'est la méthode la plus simple. Pour la méthode de référence, il n'y a que les entreprises qui ont une comptabilité informatisée et qui développent un système d'information très développé et sophistiqué qui ont introduit le modèle de référence* » (e6).

8. Etat de flux de Trésorerie selon les termes du cadre conceptuel tunisien.

La présentation selon la méthode de référence suppose, comme l'a souligné Colasse (1997), une comptabilité anglo-saxonne. Cependant, la présentation selon la méthode autorisée suppose des pratiques conservatrices et des liens avec le Plan Comptable et les pratiques traditionnelles.

Outre les habitudes professionnelles héritées du PCG, nous pouvons également expliquer la non présentation des états financiers (état de résultat et tableau de flux de référence) selon le modèle de référence, pour des raisons de coûts. Plusieurs entreprises ne voient pas l'avantage d'investir dans un système d'information développé pour produire ces états financiers.

Résultats du test binomial

Les résultats du test binomial montrent qu'en majorité les entreprises appliquent des pratiques conservatrices. La modalité « 2 », définie précédemment, est en effet majoritaire, pour l'ensemble des pratiques comptables étudiées.

Les probabilités critiques bilatérales (2-tailed Probailty) obtenues pour les tests binomial de CONSERVAMT (pratique des amortissements), CONSERVIMMO (estimation des immobilisations), CONSERVPCG (raisonnement Plan Comptable) et CONSERVDIV (règles appliquées en cas de divergences entre les règles comptables et fiscales) sont toutes égales à 0 ; celles de CONSERVFLUX (présentation du tableau de flux de trésorerie) et CONSERVREST (présentation de l'état de résultat) sont égales à 0,006 pour une proportion testée de 50%. Nous ne pouvons donc rejeter l'hypothèse nulle pour CONSERVAMT, CONSERVIMMO, CONSERVPCG, CONSERVDIV, CONSERVFLUX et CONSERVREST pour des proportions testées supérieurs respectivement à 92% ; 89% ; 80% ; 83% ; 70% et 70%.

Par conséquent, la population d'origine de l'échantillon applique au moins à 92% ; 89% ; 80% ; 83% ; 70% et 70% des pratiques conservatrices pour l'ensemble des pratiques étudiées.

L'analyse des résultats obtenus montre l'existence d'un degré élevé de conservatisme. L'application par les comptables tunisiens des règles strictes et rigides, qui obéissent parfois à un intérêt fiscal, nuisent à l'existence d'une image fidèle de l'entreprise. Ceci traduit clairement le raisonnement fondamental du droit continental de la France dans la société tunisienne, qui est tout à fait à l'opposé de la logique anglo-saxonne.

Nous pouvons donc conclure à partir des résultats des analyses des entretiens et des analyses des questionnaires que : ***le degré de conservatisme est élevé dans les pratiques comptables tunisiennes***.

5.1.2.2. La discrétion

Nous rappelons que les résultats des questionnaires administrés aux préparateurs

des états financiers ont montré que les principaux utilisateurs des états financiers en Tunisie sont les utilisateurs internes et l'administration fiscale, nous pouvons, par conséquent, nous attendre à un niveau élevé de discrétion.

Nous analyserons ci-après les commentaires et les résultats des questionnaires administrés aux utilisateurs des états financiers en vue de déterminer le niveau de discrétion de l'information comptable en Tunisie.

5.1.2.2.1. Les bailleurs de fonds

Les résultats des questionnaires réalisés avec les responsables de crédit montrent que plus de 69% des analystes de crédits ont souligné le manque de transparence comptable et le non-respect des obligations comptables par les entreprises tunisiennes (61%). Par ailleurs, plus de 57% des analystes de crédit ont souligné que l'information comptable transmise par les entreprises tunisiennes n'est pas exhaustive.

Pour 73% des répondants, ce manque de transparence et de fiabilité est lié principalement à l'influence de la fiscalité sur la comptabilité; pour 50% des répondants il est lié au fait que l'information comptable en Tunisie est perçue comme une information confidentielle par les comptables tunisiens.

Ainsi, en raison du manque de transparence comptable et de la non-exhaustivité de l'information comptable, les analystes de crédits complètent l'information comptable divulguée, par d'autres informations telles que les informations bancaires (comptes courants dans la banque, épargne...) ainsi que les autres informations non explicites ou « informationnelles » (comme la réputation du client dans la société). Nous expliquons ce manque de transparence comptable et cette discrétion par la grande méfiance des entreprises tunisiennes envers les banques et aussi par le manque de formation du préparateur des états financiers et des dirigeants. En effet, une grande majorité des préparateurs des états financiers et des dirigeants des entreprises (surtout les PME) pensent que ces états délivrés à la banque ou aux organismes de crédits seront communiqués à l'administration fiscale, il existe selon eux une relation étroite entre les organismes de crédits et l'administration fiscale.

Les analystes de crédits se basent en conséquence moins sur l'information comptable. En effet, les résultats ont montré que pour décider de l'octroi d'un crédit, les analystes de crédits placent l'information comptable au troisième rang (sur quatre) après la notoriété du client et les informations bancaires (situation du client, son engagement dans le système bancaire, étude sectorielle..) et d'autres informations non explicites (la réputation du client dans la société...).

Le gouvernement a donc vu son rôle croître, vu le manque d'intérêt pour la pertinence et l'exactitude des informations publiées. Il est intervenu pour imposer une certaine autorité légale afin d'améliorer la qualité de la publication d'information financière et la confiance dans l'information comptable.

En effet, la Banque Centrale de Tunisie (BCT) a, par exemple, exigé les rapports des commissaires aux comptes pour certaines entreprises dans l'objectif de garantir la fiabilité des informations transmises par le client à la banque. En outre, elle a créé une nouvelle centrale des bilans afin de centraliser les informations comptables délivrées par les entreprises clientes aux banques. Ceci constitue un moyen pour contrôler les préparateurs des états financiers afin d'assurer une information fiable aux banques et aux autres organismes de crédits. Cela montre aussi que les forces de marché, notamment les banques et plus précisément, les analystes de crédit, manquent d'exigence. Nous expliquons ce manque d'exigence par la concurrence qui existe entre les banques commerciales et la culture des analystes de crédits.

Les analystes de crédits ont souligné l'existence d'une différence entre la qualité d'information diffusée par les sociétés contrôlées par des commissaires aux comptes et celle des petites et moyennes entreprises.

Des répondants ont noté certains changements par rapport à l'ancien Plan Comptable, mais la culture comptable n'a pas vraiment évolué : « *On peut dire que le changement comptable est réalisé mais il n'y a pas vraiment une évolution de la culture... Ce système est prématuré car l'entreprise n'est pas encore prête de divulguer l'information, d'ailleurs elle ne connaît pas l'intérêt de divulguer l'information, elle observe toujours le côté négatif qui est le fisc, alors qu'elle oublie le côté positif. En effet, quand elle divulgue une bonne information, on aura une bonne impression sur l'entreprise*». (C5)

Nous pouvons conclure, à travers cette analyse des résultats des questionnaires administrés aux créditeurs, que le niveau de confidentialité de l'information comptable en Tunisie est élevé.

5.1.2.2.2. L'administration fiscale

Concernant l'administration fiscale, l'analyse des résultats des questionnaires montre que l'information comptable publiée par les entreprises n'est pas transparente et que le niveau de discrétion est élevé dans les pratiques comptables tunisiennes. En effet, 72% des répondants ont affirmé un manque de transparence comptable.

60% des répondants ont expliqué ce manque de transparence par l'influence de la fiscalité sur la comptabilité. La comptabilité est considérée comme une contrainte fiscale pour les entreprises tunisiennes, surtout pour les petites et moyennes entreprises. Il y a en effet, une grande relation de méfiance entre les entreprises et l'administration fiscale.

Pour cela, 64% des répondants ont proposé une harmonisation des règles fiscales avec les règles comptables, ce qui pourrait encourager l'entreprise tunisienne à être plus transparente.

Par ailleurs, pour la majorité des répondants la non-fiabilité et pertinence de l'information comptable s'expliquent par le non-respect des obligations comptables et le manque de compétences comptables[9]. De plus, les répondants ont expliqué le manque de publication par la « mentalité » des dirigeants des entreprises tunisiennes[10] et des comptables tunisiens.

Les répondants ont aussi signalé l'absence des nouveaux éléments des états financiers, tels que le tableau de flux de trésorerie ou les notes aux états financiers. Ils ont expliqué ceci par les anciennes habitudes professionnelles héritées du Plan Comptable Général. En effet, ces différents états n'existaient pas avant la publication du SCE.

Les répondants ont noté d'autres réserves à l'égard de l'information comptable, notamment la non-exhaustivité de l'information comptable et la non-concordance avec la réalité. Par conséquent, l'administration fiscale se base (dans 80% des cas), lors de la vérification des états financiers, à côté de ces états établis et fournis par les entreprises, essentiellement sur d'autres informations autres que celles fournies par les comptables des entreprises tunisiennes. L'administration fiscale dispose, en effet, d'un pouvoir de contrôle de l'information comptable fournie par les entreprises tunisiennes appelées les « contribuables ». Celle-ci dispose de plusieurs moyens de vérifications : les moyens de recoupements, la liste des fournisseurs, la liste des clients ; elle dispose encore d'un accès aux comptes bancaires....

Les répondants aux questionnaires de l'administration fiscale ont par ailleurs noté une différence entre la qualité des états financiers établis par les grandes entreprises structurées et les petites et moyennes entreprises non contrôlées.

Nous pouvons ainsi affirmer, à partir de l'analyse de l'ensemble des résultats des questionnaires administrés à l'administration fiscale, qu'il existe une grande discrétion dans l'environnement culturel comptable tunisien.

5.1.2.2.3. Les investisseurs

Les investisseurs sont supposés avoir une meilleure qualité d'information étant donné qu'ils constituent les utilisateurs privilégiés par le SCE et qu'ils sont en relation avec les sociétés cotées.

Les résultats des questionnaires administrés à cette catégorie d'utilisateurs montrent que pour plus de 69% l'information comptable publiée par les sociétés

9. « Dans les petites entreprises on peut trouver des comptables vraiment très anciens qui fonctionnent avec le Plan Comptable Général. et n'ont pas d'idée sur le nouveau système. On trouve même parfois des comptes ou rubriques du bilan qui n'existent pas avec le nouveau SCE, je donne l'exemple des frais d'établissement ». (F 3)

10. « A 100%, on a une culture très différente. En général, les chefs d'entreprises, pour eux, la comptabilité est une contrainte fiscale et ils ne voient pas l'intérêt de publier l'information comptable». (F 3)

cotées est jugée fiable. Cependant, pour une majorité des répondants il existe une grande discrétion de la part des entreprises tunisiennes. 69.6% des utilisateurs ont noté un manque de transparence comptable et 56.5% une non-exhaustivité de l'information comptable. Par ailleurs, plus de 82% des répondants ont signalé que l'information comptable est souvent publiée avec retard.

Le manque de transparence et le non respect des délais de publication par les entreprises peuvent influencer les décisions prises par les analystes financiers. Ces derniers ne peuvent pas, en effet, prendre de décisions au temps opportun. Ainsi, l'information comptable est souvent complétée par d'autres informations financières (analyse sectorielle, communication financière...). En revanche, les analystes financiers ont constaté que depuis le scandale boursier de la société « BATAM »[11] au cours de l'année 2000, la qualité d'information s'est améliorée.

L'Association des Intermédiaires en Bourse (AIB) a invité les entreprises à faire une communication financière au moins une fois par an, fixée en général avant la tenue de son assemblée générale annuelle, dans l'objectif d'inciter les sociétés cotées à publier l'information comptable.

Le Conseil du Marché Financier (CMF) tunisien, organisme public[12] est également intervenu, afin d'améliorer la qualité de la publication d'information financière et la confiance des investisseurs dans le pays[13]. A ce titre, il a prévu un prospectus d'émission dans lequel il prévoit un modèle complet, mentionnant toutes les informations obligatoires à publier. Ce prospectus est obligatoire en cas d'opérations spécifiques réalisées par l'entreprise : par exemple l'émission de nouvelles actions ou obligations... Ce caractère obligatoire a pour objectif d'inciter les entreprises à publier des informations comptables.

Nous avons par ailleurs noté, après comparaison, une différence entre les rapports annuels publiés par les sociétés cotées sur la BVMT et certains prospectus d'émission déposés dans le CMF : les entreprises publient une meilleure qualité dans le prospectus d'émission. Nous pouvons ainsi conclure que le comptable tunisien a besoin de règles écrites et obligatoires pour publier l'information comptable.

11. Effondrement du cours boursier de la société cotée « BATAM ».

12. Il assure l'organisation des marchés et veille à leur bon fonctionnement afin de prévenir les manipulations susceptibles d'en entraver le bon fonctionnement. Il est également chargé du contrôle de l'information financière et de la sanction des manquements ou infractions à la réglementation en vigueur.

13. Le CMF a été contraint de saisir en référé le Président du Tribunal de Première Instance de Tunis afin d'ordonner une société de lui communiquer ses états financiers relatifs à l'exercice 2002 et de procéder à leur publication conformément à la réglementation en vigueur (rapport annuel du CMF relatif à l'année 2003).

Ces résultats se rapprochent des commentaires des répondants aux questionnaires :

« *Actuellement, oui il y a une amélioration de la qualité d'information comptable, mais deux ans en avant non pas du tout et c'est très simple les états financiers comprennent : un bilan et l'Etat de résultat. Les états financiers d'une société cotée ne comprennent que ça. Il n'y a ni soldes intermédiaires de gestion, ni flux de trésorerie, ni engagements hors bilan, rien du tout. Maintenant, ils publient tout, reste quelques défaillances, mais la situation maintenant est meilleure qu'avant* » (I 17)

Nous pouvons conclure, à partir de ces résultats, que la qualité d'information publiée par les sociétés tunisiennes cotées s'est améliorée, néanmoins l'information comptable demeure confidentielle pour la majorité des entreprises.

Nous pouvons conclure, à partir de l'analyse des commentaires et des résultats des questionnaires administrés aux utilisateurs des états financiers - notamment l'administration fiscale, les investisseurs et les bailleurs de fonds - que l'information comptable est considérée comme une information confidentielle et qu'il existe une grande discrétion de la part des comptables des entreprises tunisiennes.

D'où : **le niveau de discrétion est élevé dans les pratiques comptables des entreprises tunisiennes.**

5.2. Conclusion :

L'analyse des résultats obtenus nous a ainsi permis par référence au modèle de Hofstede-Gray (1988), de déduire que le cadre culturel comptable tunisien est caractérisé par :

- Un niveau faible de professionnalisme et une préférence pour les lois ;
- Une grande uniformité ;
- Un niveau élevé de conservatisme ;
- Un niveau élevé de discrétion.

Ces valeurs comptables sont différentes de celles des caractéristiques d'un système comptable inspiré des normes comptables internationales. Le cadre culturel comptable tunisien étudié ne correspond donc pas aux caractéristiques d'un système comptable inspiré des normes comptables internationales. La culture et les valeurs comptables en Tunisie sont différentes de celles des données du SCE.

Nous pouvons conclure que le Système Comptable des entreprises tunisien, inspiré des normes comptables internationales, n'est pas pertinent à la culture comptable tunisienne.

La culture des acteurs de la comptabilité en Tunisie constitue, de ce fait, une contrainte à l'application du SCE. Ces résultats peuvent être rapprochés de ceux de Chow et al. (1995), qui ont montré que la culture des comptables chinois constitue une contrainte à l'application du modèle comptable anglo-saxon.

En revanche, nous ne pouvons pas conclure que le système comptable n'a pas eu d'influence sur la culture des comptables tunisiens. Seulement 1,88% des répondants aux questionnaires ont affirmé qu'il n'y a aucun changement à signaler suite à l'application du SCE. Nous pouvons ainsi relever que, malgré l'influence du SCE sur la culture, cette dernière constitue tout de même une contrainte à son application. En effet, certains ont noté qu' « *Il y a une légère évolution de la culture, l'évolution se fait de manière un peu lente ... car c'est une culture de 30 ans et c'est un peu difficile d'effacer cette culture* » (e1). Nous pouvons nous attendre à des résultats comparables au contexte algérien étant donné que l'Algérie a longtemps appliqué le PCG français avant d'opter pour le PCN (1976) inspiré du plan du plan OCAM ; et appliquera dans un avenir proche (janvier 2010), un système inspiré du système anglo-saxon.

L'adoption des normes comptables inspirées des normes comptables internationales s'est accompagnée d'une légère évolution de la culture, les comptables tunisiens ont tendance à appliquer les anciennes habitudes du PCG. Nous relevons donc des nouvelles pratiques comptables propres au contexte tunisien : les comptables tunisiens appliquent les normes comptables tunisiennes (inspirées des normes comptables internationales) à la tunisienne. En d'autres termes nous constatons une application d'un système anglo-saxon avec un certain retour au modèle continental PCG : d'où l'importance de la prise en compte de la culture dans le choix d'un système comptable.

A partir de l'ensemble des résultats obtenus, nous pouvons donc conclure que le cadre conceptuel et les normes comptables tunisiennes, inspirées des normes comptables internationales, ne sont pas pertinents à la culture comptable tunisienne. Le SCE pourrait en revanche être pertinent pour les grandes entreprises cotées, qui cherchent à attirer des investissements étrangers, contrairement aux PME. Une norme comptable simplifiée pourrait alors être utile pour les PME. Un projet de normes comptables internationales simplifiées pour les PME est en cours au sein de l'IASB.

L'analyse de l'ensemble des résultats empiriques nous a permis de suggérer, par ailleurs, qu'une harmonisation des règles fiscales avec les règles comptables, une publication des travaux de commentaires des normes comptables et l'engagement des utilisateurs des états financiers (surtout les institutions financières) à exiger des états financiers conformes aux normes comptables et aux dispositions du SCE, pourraient améliorer la qualité de l'information comptable publiée par les entreprises tunisiennes.

Enfin, nous pouvons affirmer que les PVD ne disposent pas des mêmes structures que celles des pays développés, auxquels sont destinées ces normes comptables internationales, ces normes comptables pourraient être pertinentes si elles sont adaptées au contexte économique et culturel du pays concerné. De ces constats il

émerge alors une conscience de l'importance du facteur culturel souvent négligé par les normalisateurs comptables des PVD. Nous pensons que la culture algérienne pourrait aussi constituer une contrainte à l'application de ce nouveau système comptable et financier, si jamais les normalisateurs algériens ont adopté l'ensemble des normes internationales sans tenir compte de la culture comptable algérienne. En effet, l'Algérie est encore plus que la Tunisie et le Maroc « exposée », compte de la phase plus ou moins longue d'économie administrée (socialiste) que son économie a traversée, et qui bien évidemment a laissé des séquelles sur la culture. D'où une attention particulière doit être observée par ce pays.

Bibliographie

ALJIFRIA K. & KHASHARMEH H. (2006), "*An investigation into the suitability of the international accounting standards to the United Arab Emirates environment*", International Business Review vol. 15, pp. 505–526.

BAYDOUN N. et ROGER W. (1995), "*Cultural relevance of Western accounting to developing countries*", Abacus, vol. 31, n° 1, pp. 67-92.

BELKAOUI A.R. (1988), The new environment in international accounting, Issuses and Practices, Westport, CT: Quorum Books.

BIA Chabane « *l'inadéquation du système comptable algérien pour la mesure de l'efficacité dans l'entreprise* » Cahiers du CREAD n° 45, 3ème trimestre 1998.

BIA Chabane « *Face à l'inévitable harmonisation comptable : adaptation et réalisation* » Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Numéro 01 2008.

CAIRNS D. (1990), "*Aid for Developing World*", Accountancy, mars, vol. 105, n° 1159, pp. 82-85.

CHAMISA E.E (2000), "*The Relevance of the IASC Standards in Developing Countries and the Particular Case of Zimbabwe*", The International Journal of Accounting, vol. 35, n°2, pp. 267-286.

CHOUCHANE B. (2005), Normes comptables internationales et culture des acteurs de la comptabilité : cas de la Tunisie, Thèse de Doctorat en Sciences de Gestion, IAE de Paris - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

CHOUCHANE B. (2008), « Pertinence des normes comptables IAS/IFRS aux PVD, le cas de la Tunisie, communication dans le séminaire international : Les normes comptables internationales IAS/IFRS : Evolution et application : Le cas de l'Algérie, Mai 2008 à TIZI-OUZOU.

CHOW L., CHAU G. et GRAY S. (1995), "*Accounting reforms in China: Cultural constraints on implementation and development*", Accounting and Business Research, vol. 26, n° 1, pp. 29-45.

COLASSE B. (1997), "*Du nouveau Système Comptable des Entreprises de Tunisie : Alignement ou adaptation aux normes comptables internationales* ?", Revue Française de Comptabilité, n°288, Avril, pp. 43 47.

COLASSE B. (2001), "*Où il est encore question d'un cadre conceptuel français: inutile hier, improbable demain*", Revue Française de Comptabilité, n°332, pp. 27-29.

DOUPNIK T.S. et SALTER S.B. (1995), "*External Environment, Culture and Accounting Practice : A Preliminary test of A General Model of International Accounting Development*", The International Journal of Accounting, vol. 30, n°3, pp. 189-20.

GRAY S. J. (1988), "*Towards a theory of cultural influence on the development of accounting systems internationally*", Abacus, vol. 24, n°1, pp.1 15.

GRAY S.J. (1989), "*International Accounting Research : The Global Challenge*", International Journal of Accounting, vol. 24, vol. 4, pp. 291-307.

HOFSTEDE G. (1980), Culture's consequences, Beverly Hills, Sage Publications.

HOFSTEDE G. (1984), Cultural Dimensions in Management and Planning, Asia Pacific Journal of Management, janvier, pp. 83-84.

HASSAN N.A. (1998), "*The Impact of Socio-economic and Political Environment on Accounting Systems Preferences in Developing Economies*", Advances in International Accounting, supplement 1, pp. 43-88.

HOVE M. R. (1990), "*The Anglo American Influence on International Accounting Standards. The Case of the Disclosure Standards of The International Accounting Standards Committee*", Research in third World Accounting, vol. 1, pp. 55-66.

LARSON R.K. (1993), "*International Accounting and Economic Growth. An Empirical Investigation of their relationship in Africa*", Research in Third World Accounting, vol. 2, pp. 27-45.

NOBES C.W. (1984), International Classification of Financial Reporting Practices, Croon Helm.

OLLIER C. (1999), "*Les normes comptables dans les pays d'Afrique*", Revue Française de Comptabilité, n°313, pp. 58 71.

RADEBAUGH L. H. (1975), "*Environmental Factors Influencing the Development of Accounting Objectives, Standards, and Practices in Peru*", International Journal of Accounting, vol. 11, n°1, pp. 39-56.

RADEBAUGH L. H. et **GRAY S. J.** (1997), International Accounting and Multinational Enterprises, John Wiley and Sons Inc, 4th edition.

RRNC (2006), Rapport sur le respect des normes et codes, République Tunisienne, Comptabilité et audit, Banque Mondiale, 33 pages.

SAMUEL J.M. et OLIGA J.C. (1982), "*Accounting Standards in Developing Countries*", International Journal of Accounting Education and Research, vol. 18, n°1, autumn, pp. 69-88.

TOUBACHE C. & TOUBACHE A. (2008), « *La réforme du système comptable et financier en Algérie ; Implications. conditions de mise en œuvre et pertinence* », communication dans le séminaire international : Les normes comptables internationales IAS/IFRS : Evolution et application : Le cas de l'Algérie, Mai, TIZI-OUZOU.

WALLACE R. S. O. (1990), " *Survival strategies of a global Organization : A case study of the International Accounting standards Committee*", Accounting Horizons, vol.2, n°1, pp. 1-22.

Les implications économiques et juridiques du remboursement anticipé de la dette extérieure

Ammar BELHIMER

Docteur en droit,
Maître de conférences, faculté de droit d'Alger

Baisse du stock de la dette, économies à plusieurs niveaux et réserves de change en hausse sont allés de pair au cours de l'année écoulée. L'aisance financière retrouvée recouvre un volet qualitatif tenant essentiellement aux incidences de anticipations de remboursement de la dette extérieure sur le climat des affaires et des investissements pour un pays qui aura retrouvé sa pleine souveraineté décisionnelle en matière économique.

Baisse du stock de la dette. L'Algérie a déjà remboursé, par anticipation, plus de 12 milliards de dollars de sa dette extérieure. Ce montant inclut essentiellement la dette publique rééchelonnée contractée, primo, auprès du Club de Paris, soit 7,9 milliards de dollars, secundo la dette privée redevable aux membres du Club de Londres, soit près de 800 millions de dollars et, tertio, les crédits multilatéraux contractés auprès des institutions financières internationales pour un montant de près de 4 milliards de dollars.

De 15,5 milliards de dollars au début de l'année 2, le stock de la dette extérieure algérienne tombe ainsi à moins de 7 milliards de dollars, soit environ 4% du PIB et 12% des recettes d'exportations attendues pour 2006. L'Algérie a ainsi remboursé la totalité de sa dette rééchelonnée avec la France (1,6 milliard de dollars), l'Italie (1,7 milliard), l'Espagne (690 millions de dollars), le Japon (445 millions), l'Autriche (369 millions), le Canada (255 millions), la Belgique (225 millions), la Grande-Bretagne (202 millions), la Suède (92 millions), la Suisse (66 millions), le Danemark (54,3 millions), les Pays-Bas (45 millions), le Portugal (20 millions de dollars), la Norvège (15,6 millions), la Finlande (11,8 millions) et les États-Unis (1,2 milliard de dollars). Entre 2000 et fin octobre 2006, l'Algérie aura ainsi remboursé — par anticipation — un total de 12,1 milliards de dollars et obtenu l'effacement de 4,73 milliards de dollars au titre de la dette envers la Russie, selon de récentes données officielles.

C'est en toute logique que le gouvernement algérien, la Banque mondiale et le FMI se félicitent de cette baisse significative du niveau d'endettement et de l'amélioration des ratios dette : évaluée à 21,4 milliards de dollars fin 2004, la dette

extérieure de l'Algérie est passé à 15,5 milliards de dollars fin 2005 et devrait tomber aux alentours de 5 milliards de dollars à la fin 2006, soit moins de 5% du PIB et à un peu plus de 10% des recettes d'exportations.

Au niveau de sa dette publique totale (interne et externe), elle passe de 99% du PIB en 1995, à 57% en 2001, 40% en 2003 et ne représentera plus que 15% d'ici à la fin 2006. Rajoutons que ces remboursements anticipés vont permettre à l'Algérie d'économiser des montants importants sur le service futur de sa dette.

La dette extérieure s'est élevée à (plus ou moins) 4 milliards de dollars, soit 3,6% du PIB en 2008 – contre 4,9 en 2007.

L'Algérie aura versé en 20 ans au titre de la dette près de 117,9 milliards de dollars, dont près de 84 milliards de dollars de remboursement du principal et 34 milliards de dollars pour les intérêts.

Renforcement des équilibres extérieurs : à la fin août 2008, les réserves de change s'élevaient à 133,2 milliards de dollars, dont 43 placés en obligations du Trésor américain au taux de 4,6% (selon le gouverneur de la Banque d'Algérie).

Gare toutefois à ne pas vivre très en dessous de ses moyens. Les importations restent en très forte croissance. Elles atteignent 27,5 milliards de dollars en 2007 : + 30% comparativement à 2006. L'inflation internationale a induit un renchérissement de ces importations en 2008 :

Pour avoir une idée de l'impact de l'inflation importée, le discours officiel met en équation les prix des mêmes quantités importées il y a un an : plus 10% en volume et 20% en valeur. Il se manifeste également une tension sur les prix des produits alimentaires de base (+9,3%).

La facture alimentaire a atteint 5 milliards de dollars dont 2,6 pour le blé.

Economies à plusieurs niveaux. Le remboursement anticipé de la dette a permis à l'Algérie d'économiser près de 2 milliards de dollars au titre des intérêts, des commissions de service de la dette et des autres charges financières liées aux crédits contractés et qui devaient être remboursées entre 2006 et 2011.

Ce même effort d'anticipation a permis de contourner les avatars habituels liés aux parités monétaires et aux taux interbancaires.

L'effort entrepris depuis 2004 pour la diversification des réserves de change vise à faire face au risque de change. La dépréciation du dollar (monnaie de paiement de nos exportations) par rapport à l'euro (monnaie de décaissement de l'essentiel de nos importations, européennes pour l'essentiel) est de 16,3 % entre juin 2007 et juin 2008.

Le dollar devrait se rattraper par rapport à l'euro avec pour effet mécanique d'appréciation du dinar par rapport à l'euro et ses conséquences sur les recettes.

Réserves en hausse. A la fin août 2008, les réserves de change s'élevaient à 133.2 milliards de dollars, dont 43 placés en obligations du Trésor américain au taux de 4,6% (selon le gouverneur de la Banque d'Algérie).

Le fonds de régulation qui recueille les excédents des recettes pétrolières, a servi surtout au paiement de la dette extérieure dont les remboursements par anticipation, entamés en mai dernier, en ont ramené le volume à moins de 6 milliards de dollars contre 15 milliards au début de l'année 2007. Depuis sa création en 2000 et jusqu'à fin août 2006, le Fonds de régulation des recettes a été crédité d'un montant total de 4.009 milliards de DA, selon des données officielles. Sur la même période, les retraits effectués sur ce fonds pour les remboursements du principal de la dette extérieure publique, ont atteint 1.303 milliards de DA, soit un taux de prélèvement de 32.5%.

La situation du trésor est étroitement liée à elle du Fonds de régulation des recettes (FRR) qui, de l'avis du gouverneur de la Banque d'Algérie, exprime « la capacité d'épargne financière nette du Trésor, donc de l'Etat (...) apporte des disponibilités de financement et permet d'envisager le moyen terme avec sérénité ». Il est constitué des excédents pétroliers (au-delà du seuil de 37 dollars le baril).

D'un montant de 4047 Milliards de dinars à fin juin 2008 il finance la réduction de la dette interne et le déficit du trésor. En effet, il est essentiellement utilisé pour la réduction de l'endettement public, ramené à un niveau « soutenable ».

Si le prix du baril descend à son niveau actuel de péréquation (37 dollars) sur une période de quatre ans, M. Djoudi anticipe « un statu quo avec un même niveau de dépenses et de financements ». A 65 dollars, il assurerait le financement total des équilibres actuels sur une période de cinq ans, sans affecter le montant des réserves du FRR. Pour une fourchette large, de 78 à 100 dollars le baril de pétrole, il recommande « une expertise financière ».

I. Le remboursement anticipé atténue les conditionnalités attachées au contrôle de performance.

Dans le nouveau contexte de l'ajustement externe, les objectifs macro-économiques ne relèvent pas de l'entière responsabilité des centres internes de décision, qu'il s'agisse de leur établissement, de leur suivi ou de leur sanction. Les conditionnalités corrélatives au rééchelonnement associent étroitement le Fonds monétaire international à leur élaboration et à leur mise en œuvre. Cette association est même la condition préalable nécessaire pour que, parallèlement, les créanciers publics et privés étrangers accèdent à la demande algérienne de rééchelonnement, dans le cadre de la renégociation des accords initiaux d'emprunt.

Sur le plan du droit contractuel, le rééchelonnement avait requis deux instruments principaux : les accords intergouvernementaux relevant du droit international qui avaient organisé le rééchelonnement de la dette publique, dans le cadre du Club de

Paris, et les contrats internationaux relevant de l'ordre juridique national déterminé par les parties qui avaient organisé celui de la dette privée par le Club de Londres. Cependant, la mise en œuvre des deux instruments avait été conditionnée par l'accès aux tirages dans les tranches supérieures de crédit du Fonds monétaire international, en vertu de l'accord de confirmation (stand by agreement) et de la facilité de financement élargie.

In fine, l'assistance graduée du Fonds emprunte les voies de tirages sur les tranches de crédit. Les procédures et les mécanismes établis vont permettre au Fonds de déterminer la nature du déficit afin de cibler les tranches de crédit requises, arrêter les conditionnalités correspondantes et mettre en place le suivi.

A. La surveillance renforcée des articles XXX (b) et VIII

L'assistance du Fonds monétaire international à la reconstitution des réserves de change est accordée en contrepartie d'une « ferme surveillance sur les politiques de change des Etats membres ».

En mars 1979, le Conseil d'administration du Fonds rappelait que « les accords de confirmation contiendront des clauses stipulant dans chaque cas les consultations qui devront avoir lieu ». Deux séries de clauses énoncées dans six paragraphes avaient été préalablement consignées par le Conseil d'administration dans une célèbre décision du 20 septembre 1968 [1] qui établit l'exigence de clauses de consultation et officialise les clauses d'échelonnement et de réalisation.

L'accord de confirmation du 27 mai 1994 comporte des mesures à caractère général découlant des Statuts du Fonds et des mesures particulières, « à la carte », propres à l'Algérie.

Les mesures à caractère général découlent des Statuts du Fonds : « Fournir un cadre qui facilite les échanges de services et de capitaux entre nations ».

Aussi, les paramètres de politique économique fixée par le Fonds, et applicables sans discernement à tous ses Etats membres [2] se veulent des techniques neutres qui n'ont d'autre finalité pour le Fonds que de s'assurer que le bénéficiaire de son assistance pourra faire face, le moment venu, à ses obligations et engagements initiaux de rachats.

1. Le cadre idéologique des mesures d'ajustement et de stabilisation

Utilisée pour la première fois en 1989, l'expression «Consensus de Washington» recouvre la feuille de route de l'ordre néoconservateur triomphant et conquérant

1. Source : Décision n° 2603 (68/132) du 20 septembre 1968, Recueil de décisions, FMI, 6e édition, p. 19.
2. Le modèle de base suivi pour la rédaction des assurements de tirage est annexé au Rapport annuel du Fonds pour 1979-80.

depuis l'arrivée de Ronald Reagan et de Margaret Thatcher aux commandes. Adopté par les organisations financières internationales, y compris interétatiques, il régit leurs conditions d'assistance aux pays en difficulté en instaurant notamment un contrôle de performance établi sur une batterie de critères des plus réactionnaires : démantèlement du secteur public, privatisation des services publics, interdiction des subventions, flexibilité et précarisation de l'emploi, soumission aux lois du profit pour la satisfaction des besoins élémentaires (basic needs) en eau, éducation et santé.

John Williamson, l'auteur du concept, un keynésien déclaré, revient sur les traces de son bébé pour étudier ce que le G 20 lui réserve comme avenir, dans une récente contribution parue sur le site du Peterson Institute, le 10 avril 2009[3].

Retour aux sources et rappel des dix mythes fondateurs du «Consensus de Washington» :

1. Discipline budgétaire. L'idée est que les gouvernements devraient éviter de financer des tensions inflationnistes et chercher à financer par des mécanismes dits de «taxation honnête» ce qu'ils dépensent.

2. Réorientation des dépenses publiques. Un déficit excessif devrait être corrigé par une diminution des dépenses publiques ou une augmentation de la fiscalité. Les seules dépenses publiques censées couvrir des besoins utiles, sont celles destinées à la santé, l'éducation et l'infrastructure, par opposition (comme c'est souvent le cas) à la défense, la bureaucratie, ou la subvention de productions industrielles étatiques.

3. Réforme fiscale. L'idée était d'améliorer les mesures d'incitation, sans aggravation de la répartition des revenus, avec une réduction des taux marginaux d'imposition et l'élargissement de l'assiette d'imposition fiscale.

4. Libéralisation financière. La circulation des capitaux est libre.

5. Taux de change compétitif.

6. Libéralisation du commerce et abolition des subventions à l'exportation.

7. Libéralisation des investissements directs étrangers (IDE), avec abolition des restrictions sur les entrées et les sorties d'IDE.

8. Privatisation des industries d'Etat.

9. Déréglementation (au sens de suppression des barrières douanières et tarifaires à l'entrée et à la sortie). Cette expression sera ultérieurement associée à celle de mondialisation.

10. Droits de propriété. Le «Consensus de Washington» portait initialement sur l'extension des droits de propriété au secteur informel.

3. John Williamson, Global Financial Crisis, The "Washington Consensus" : Another Near-Death Experience ? Peterson Institute for International Economics, April 10th, 2009.

2. Le dispositif pratique

Les matrices de l'accord de confirmation et de la facilité de financement élargie reprennent dans le détail et dans les délais les mesures prescrites au titre de la stabilisation et de l'ajustement. Le premier paramètre (l'ajustement) comporte quatre chapitres, alors que la seconde mesure (la stabilisation) en compte douze, qui énumèrent les mesures à mettre en œuvre, avec des échéances précises, trimestrielles dans le premier cas (accord de confirmation) et semestrielles dans le second (facilité de financement élargie).

A- Ce titre, sont prohibées :

- les restrictions sur le règlement et le transfert des transactions internationales courantes (marchandises, services et revenus),

- la pratique des taux de change multiples,

- la conclusion d'accords de paiements bilatéraux en contradiction avec l'article VIII des Statuts prohibant les pratiques des taux de change discriminatoires,

- et l'imposition de restrictions aux importations pour des raisons de balance des paiements.

Un document-type de confirmation établit les normes statutaires auxquelles souscrit volontairement l'Etat membre qui se trouve dans le besoin. L'article 3 de ce document fixe les limites et les restrictions que doit s'imposer cet Etat pour accéder à l'accord de confirmation lui ouvrant le droit de tirage sur les tranches supérieures de crédit.

Les limites sont :

- Les limites au crédit intérieur (art. 3 a) i),

- Les limites au crédit du secteur public (art. 3 a) 2),

- Les limites aux autorisations de nouveaux endettements publics et garantis par l'Etat (art. 3 b) v).

Quant aux restrictions, elles portent sur :

- Les « restrictions aux paiements et aux transferts afférents aux transactions internationales courantes » ou renforçant les restrictions en vigueur (art. 3 b) i),

- L'institution ou la modification des pratiques de taux de change multiples (art. 3 b) ii),

- La conclusion d'accords de paiements bilatéraux incompatibles avec l'article VIII (art. 3 b) iii),

- Les restrictions à l'importation ou le renforcement des restrictions en vigueur pour des raisons de balance des paiements (art. 3 b) iv).

Certes, les conditionnalités attachées à l'accès aux tranches supérieures de tirages sont explicitement soustraites aux obligations contractuelles. Formellement, le fonds n'a jamais eu l'intention de contracter et la responsabilité des pouvoirs nationaux sur « leurs » plans d'ajustement demeure entière. Sur cette question, son conseil d'administration est très explicite : sa décision du 2 mars 1979 édicte que « l'accord de confirmation n'est pas un accord international ; aussi convient-il d'éviter que son libellé, ainsi que de la lettre d'intention, ait une connotation contractuelle ». C'est donc un acte unilatéral.

Selon les juristes du Fonds [4], l'affirmation que les accords de confirmation ne sont pas des accords internationaux tient à la forme des accords et à l'intention explicite de ne pas contracter de la part du Fonds : « Le Fonds a bien précisé aux pays membres, par les décisions qu'il a adoptées le 20 septembre 1968 et le 2 mars 1979 qu'il n'avait pas l'intention de contracter lorsqu'il approuve un accord de confirmation » [5].

De fait, cette ambiguïté savamment entretenue exprime la difficulté pour le Fonds monétaire de reconnaître son emprise sur des décisions de politique interne supposées souveraines. Se faisant, il s'octroie un statut supranational dans ses relations avec les Etats puisqu'il « ne contracte pas », mais « prend des décisions » [6].

Le formalisme attaché à cette volonté de ne pas contracter trouve sa pleine expression dans la séparation des documents par lesquels collaborent les parties. L'Algérie s'est engagé unilatéralement à mettre en œuvre des mesures d'ajustement et de stabilisation, tout en sollicitant du Fonds son assistance et sa caution envers ses créanciers à l'effet de leur faire souscrire de nouveaux engagements financiers. Le Fonds avait pour sa part accédé à ses doléances par un acte, également unilatéral, émanant de son Conseil d'administration.

N'empêche : le Fonds consent à dire que l'accord de confirmation est une matrice (matrix) de mesures (policies) techniques dont la réalisation est soumise à son « contrôle périodique » sur les critères de performance. Ainsi, le Fonds refuse d'admettre que ses décisions (et non ses accords, au sens français) reposent sur des critères politiques. Dans la langue officielle du Fonds, qui est l'anglais, Policy désigne une ligne de conduite et non une politique liée à un exercice particulier du pouvoir,

4.J. Gold, L'importance du caractère juridique des accords de confirmation du Fonds. FMI, Brochure, n° 35-F.

5. J. Gold, op. cit. p. 50.

6. Marie-France L'Heriteau, Le Fonds monétaire international et les pays du tiers-monde, Presses universitaires de France. Paris 1986, p. 106.

à des institutions ou des mécanismes de pouvoir. Le pluriel de Policy – Policies – prend aussi un tout autre sens que le vocable de Politics.

Même s'il s'en défend, le Fonds ne néglige pas la noosphère et les considérations de pouvoir et d'administration de la vie sociale. Ses « matrices » sont de véritables cahiers de charge, comportant des objectifs (en termes de stabilisation sur le court terme et d'ajustement sur le moyen et long terme), des délais, des contrôles (trimestriels et semestriels) et d'éventuelles sanctions (suspension des tirages).

B- Les conditionnalités : les critères et le contrôle de performances

1. Ce sont les clauses de réalisation qui autorisent le Fonds à s'associer à la fixation des objectifs tracés. Toute assistance du Fonds est assortie de conditionnalités plus ou moins draconiennes selon les tranches de tirage visées. Tout manquement aux critères arrêtés est sanctionné par la suspension automatique des droits de tirage ; le Fonds s'assurant qu'il engage ses ressources avec la garantie de retour.

2. Le contrôle de performance est traduit, dans le jargon juridique du Fonds, par « clauses de réalisation ». Il est, naturellement, associé à l'accord de confirmation et la facilité de financement élargie.

L'appréciation de la conduite de la politique économique conditionne aussi bien la poursuite de l'assistance du Fonds que la disponibilité de la communauté financière internationale et des Etats étrangers à accéder aux plans de rééchelonnement établis par le Club de Londres pour les dettes privées et aux accords de consolidation des dettes publiques conclus dans le cadre du Club de Paris. Dans le cadre et non par le Club de Paris.

Chaque session de tirage est précédée d'un examen à mi-parcours appelé Review, suivant un calendrier préétabli jusqu'à la fin du programme.

Le contrôle de performance est une compétence du Conseil d'administration, Executive Board. L'élaboration des critères et des mesures de performance est l'œuvre d'un Acting Secretary des Middle Eastern and Policy Development and Review Departments, après discussion avec les autorités monétaires et financières du pays. Il s'exerce périodiquement à mi-chemin, dans le cadre de Reviews que nous pouvons traduire par « Examens » ou « Examens à mi-parcours » sans les affecter de guillemets.

Le contrôle de performance est consigné dans un Rapport d'experts, Staff Report, qui examine la performance de l'accord de confirmation ou de la facilité de financement élargie. Le document a un caractère confidentiel.

La mise en œuvre du contrôle de performance renvoie à des critères attestant de l'existence d'une stratégie de stabilisation. Le suivi du contrôle de performance

incombe au Conseil d'administration et intervient à intervalles réguliers, tous les trois mois pour les accords de confirmation (Stand By) et tous les six mois pour les facilités de financement élargies.

La performance est définie comme le résultat d'une « stratégie d'intégration de l'économie algérienne dans l'économie internationale par l'ouverture du commerce extérieur, le réajustement (realigning) du taux de change et des prix relatifs et d'une place accrue aux forces du marché » [7]

La performance tient à six critères d'évaluation des développements en matière d'output et de prix, de fiscalité, de monnaie et de crédit, de balance extérieure, du commerce et des paiements, de prix internes et « d'autres réformes structurelles ». Ce sont des critères à caractère monétaire et macro-économique.

C- La surveillance ordinaire de l'article IV

En se déliant des conditionnalités antérieures draconiennes, l'économie algérienne passe sous la surveillance ordinaire qui pèse sur tous les pays membres, développés ou non.

1. La décision du Conseil d'administration de 1968 - 2603 (18/132) - donne une définition restrictive des clauses de réalisation associées aux consultations dites « de l'article IV » : Les clauses de réalisation ne porteront que sur les critères de réalisation nécessaires pour évaluer l'exécution du programme en vue d'assurer la seule réalisation de ses objectifs ».

Les consultations de « l'article IV » concernent tous les pays bénéficiaires du soutien du Fonds.

S'il atténue ou altère les conditionnalités antérieures, le remboursement anticipé n'abroge pas les engagements antérieurs souscrits pour faciliter l'accès aux tranches supérieures de crédit.

Les accords de confirmation se rapprochent, par leurs effets, d'une notion de droit commercial : la gestion d'affaires. Celle-ci suppose, en effet, « qu'une personne a voulu agir pour le compte d'un tiers, sans avoir reçu mandat de celui-ci » [8] et fait naître des rapports obligatoires en dehors du contrat.

2. Le désendettement ne signifie pas que le gouvernement algérien n'a plus l'intention de recourir aux crédits extérieurs, tout au contraire. Via ces

7. International monetary fund, Report (Staff Report for the First Review under the Stand-By Arrangement, EBS/94/192, p. 22.

8. Georges Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, Huitième édition, LFDJ, Paris 1976, p. 865.

remboursements, il vise surtout à améliorer son rating, lui permettant de contracter des nouveaux prêts à des taux plus avantageux. La logique ne change pas : la confiance de la finance internationale.

II. Les indicateurs de mesure des nouvelles conditions de mobilisation des ressources et leur impact sur le climat des affaires

A- L'expertise du Fonds

Dès lors qu'elle n'est plus attachée à des échéances de tirages, la surveillance ordinaire dite de l'article IV est moins directement contraignante. Elle donne des indicateurs plus « ramassés » et ses « prescriptions » n'ont plus de caractère contraignant.

En vertu de l'article IV des articles du FMI de l'accord, le FMI tient des discussions bilatérales avec des membres, habituellement chaque année. Une équipe de personnel visite le pays, rassemble l'information économique et financière, et discute avec des fonctionnaires les développements économiques et les politiques du pays. De retour à Washington, les experts préparent un rapport, qui sert de base de discussion pour le Conseil d'administration. Après discussion, le Directeur général, en sa qualité de président du conseil d'administration, récapitule les vues des directeurs exécutifs, et ce résumé est transmis aux autorités du pays.

Le dernier rapport établi au titre des consultations l'article IV a été rendu public le 7 février 2007.

Il annonce une croissance (provisoire) de 3 pour cent du PIB pour 2006, due « en grande partie à une baisse de la production d'hydrocarbure produit pour des raisons techniques ». Hors hydrocarbures, la croissance du PIB s'est établie à 4 pour cent de ½, soutenue par la relance du secteur de construction, suite à une « impulsion fiscale significative », et à l'agriculture.

L'inflation est demeurée basse jusqu'au milieu de l'année, avant de connaître un rebond suite à une flambée des prix de denrées alimentaires.

Les prix des hydrocarbures sur les marchés internationaux ont renforcé la position extérieure de l'Algérie.

Les réserves de change ont atteint $ 70 milliards à fin septembre 2006 (2 ans de couverture d'importations). Après remboursement anticipé de la dette, en particulier aux clubs de Paris et de Londres, le rapport dette/PIB a baissé de 17 pour cent en 2005 pour se situer en dessous de 4,5 pour cent en 2006.

Les revenus des hydrocarbures ont suscité une augmentation des dépenses publiques. Le programme d'investissements publics pour la période 2005-09 a été

revu à la hausse, et les salaires de la fonction publique ont été augmentés par environ 15-16 pour cent en moyenne.

Cependant, la politique monétaire est demeurée prudente, conformément à l'objectif de contenir l'inflation. La banque de l'Algérie a continué à absorber l'essentiel des excédents de liquidité du système bancaire par des enchères de dépôt en 2006 et l'expansion du crédit à l'économie a ralenti.

Des progrès ont été accomplis dans les réformes structurelles. La privatisation d'une banque publique, le CPA, et la modernisation du système des paiements se poursuit. Les prêts non performants des banques publiques demeurent néanmoins élevés.

Le taux d'imposition des entreprises (sur leurs bénéfices) a été réduit de 30 à 25 pour cent, et l'imposition des petites entreprises a été simplifiée. La privatisation des entreprises publiques se poursuit et une loi anticorruption a été adoptée en janvier 2006.

Tout en faisant bon accueil à la performance économique, dite « encourageante », le FMI se félicite de la baisse du chômage, la poursuite de la croissance économique, la maîtrise de l'inflation, et des « confortables » situations externes et fiscales qui ont suivi la hausse des prix du pétrole dans à le monde.

Scrutant l'avenir, les responsables du FMI ont estimé que « le confortement de la stabilité politique du pays et sa bonne situation financière actuelle lui ouvrent une opportunité inestimable pour réaliser une meilleure croissance, réduire le chômage, tout en maintenant la stabilité macro-économique ».

Concernant les dépenses publiques, ils « avertissent » ou souhaitent que, étant donné les faibles capacités d'absorption des leviers publics, les projets subissent une meilleure maturation qui garantisse la qualité du programme d'investissement public et n'en fasse pas une contrainte « anormale » sur la politique monétaire. A ce titre, il est « recommandé » aux autorités algériennes une « conduite prudente », voire le maintien, de leur politique monétaire parce qu'elle a maintenu l'inflation sous contrôle.

Dans la cohérence globale des institutions de Bretton-Woods, ce cadrage général attend d'être confirmé par la Banque Mondiale. Il n'est pas dans les attributions du Fonds de subvenir aux besoins induits par un déséquilibre durable de la balance des paiements. C'est auprès de la Banque Mondiale que les Etats réclameront l'assistance technique et financière complétant l'aide à la balance des paiements et la quête d'argent frais apportées par le Fonds. L'enjeu ici est la recherche d'un mécanisme de financement supplémentaire destiné à corriger les tendances négatives à plus long terme. A ce titre, la Banque Mondiale apparaît comme un auxiliaire du Fonds, celui-ci répondant aux urgences et suscitant des réformes structurelles. Son soutien supplétif

et sa caution passent, en phase d'aisance financière, par le regard qu'elle porte à travers ses rapports annuels « Doing Business ».

B- L'expertise de la Banque Mondiale (Doing Business)

Doing Business est un rapport annuel de la Banque mondiale et de la SFI. Doing Business fournit une mesure objective des réglementations commerciales et de leur mise en œuvre. Les indicateurs Doing Business sont comparables pour 175 pays. Ils indiquent les coûts que la réglementation imposent sur l'activité économique et peuvent être utilises pour analyser des réglementations spécifiques qui favorisent ou établissent des obstacles a l'activité des entreprises, la productivité et la croissance.

1. Les dix indicateurs qui mesurent le climat des affaires (état du rapport Doing Business 2009)

1. Créer une entreprise

Cet indicateur examine les conditions de création d'entreprise ; il calcule le nombre d'étapes, la durée et les coûts requis d'une société à responsabilité limitée pour pouvoir légalement commencer son activité.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Procédures (nombre)	14	8,4	5,8
Durée (jours)	24	23,5	13,4
Coût (% du revenu par hab.)	10,8	41	4,9
Capital min. (% du revenu par hab.)	36,6	331,4	19,7

2. Gérer les permis administratifs

Cet indicateur relève les procédures, durées et coûts nécessaires pour la construction d'un entrepôt, incluant l'obtention des licences et permis nécessaires, l'accomplissement des notifications et inspections requises et l'obtention des raccordements (eau, téléphone, électricité).

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Procédures (nombre)	22	13,9	5,8
Durée (jours)	240	186,6	161,5
Coût (% du revenu par hab.)	46,8	433,3	56,7

3. Embaucher

Les difficultés aux lesquelles les employeurs font face sont décrites ci-dessous.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Indice de difficulté d'embauche	44	22,5	25,7
Indice de rigidité des horaires	60	41,1	42,2
Indice de difficulté de licenciement	40	31,6	26,3
Indice de rigidité de l'emploi	48	31,7	31,4
Coût de licenciement (salaire hebdomadaire)	17	53,6	25,8

4. Enregistrer une propriété

Ce sujet mesure la facilité qu'ont les entreprises à enregistrer leurs titres de propriété. Le nombre d'étape la duré et les coûts y sont mentionnés.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Procédures (nombre)	14	6,4	4,7
Durée (jours)	51	37,4	30,3
Coût (% de la valeur de la propriété)	7,5	5,9	4,5

5. Accès au crédit (2006)

Les mesures sur la divulgation de l'information sur le crédit et les droits des débiteurs et créanciers sont résumées ci-dessous. L'indice des droits légaux est de 0-10, 10 indiquant les lois les mieux conçues pour améliorer l'accès au crédit. L'indice sur la divulgation de l'information sur le crédit mesure la portée, l'accès et la qualité de ces indicateurs. Il s'étend de 0-6, avec 6 indiquant l'accès intégral à l'information sur le crédit.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Indice des droits légaux	3	3,3	6,8
Indice de divulgation d'information sur le crédit	2	2,9	4,8
Couverture par les registres publics (% adulte)	0,2	4,8	8,4
Couverture par les bureaux privés (% adultes)	0,0	9,7	58,4

6. Protéger les investisseurs

Les indices ci-dessous décrivent trois dimensions de la protection des investisseurs: la transparence des transactions (Indice de divulgation), le conflit d'intérêt (Indice de responsabilité du directeur), l'habilité des actionnaires à poursuivre les administrateurs et directeurs pour faute professionnelle (facilité pour les actionnaires d'engager une poursuite judiciaire). Les indices oscillent entre 0 et 10, avec 10 représentant une meilleure divulgation, une plus grande responsabilité des directeurs et plus de pouvoir pour les actionnaires de challenger les transactions et une meilleure protection des investisseurs.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Indice de divulgation	6	5,9	5,9
Indice de la responsabilité du directeur	6	4,8	5,0
Indice du pouvoir des actionnaires	4	3,7	6,6
Indice de protection des investisseurs	5,3	4,8	5,8

7. Payer les taxes

Ce sujet recense les impôts qu'une entreprise de taille moyenne doit régler ou déduire chaque année, ainsi que les démarches administratives exigées pour le paiement des taxes.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Payement (nombre)	61	29,6	13,4
Durée (Heure)	451	216,3	210,5
Taux d'imposition totale (en pourcentage des bénéfices)	74,2	33,3	45,3

8. Le commerce international

Les coûts et procédures nécessaires pour l'import et l'export d'un chargement standard au (pays) sont détaillés ci-dessous.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Documents pour l'export (nombre)	8	6,5	4,5
Durée pour l'export (jours)	17	23,3	10,7
Coût à l'import (en $ US par conteneur)	1248	1024,4	1069,1
Documents pour l'import (nombre)	9	7,6	5,1
Durée pour l'import (jours)	23	26,7	11,4
Coût à l'export (en $ US par conteneur)	1428	1204,8	1132,7

9. Exécution des contrats

Ce sujet évalue la complexité de l'exécution des contrats en suivant l'évolution d'un litige et en relevant la durée, le coût et le nombre d'étapes nécessaires entre le dépôt de la plainte et le règlement du créancier.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Procédures (nombres)	47	41,6	30,8
Durée (jours)	630	606,1	462,7
Coûts (% of Dette)	21,9	17,7	18,9

10. Faillite

Ce sujet mesure la durée et les coûts des procédures collectives et développe un indice illustrant les goulots d'étranglement qui existent dans ces procédures. Le taux de recouvrement illustre le nombre de cents par dollar que le demandeur obtient de l'entreprise en difficulté.

Indicateur	Algérie	Région	OCDE
Durée (année)	2,5	3,5	1,7
Coût (% de la propriété)	7,0	14,1	8,4
Taux de recouvrement (centimes par dollar)	41,7	29,9	68,6

2. Les limites attachées à ces indicateurs

La Banque Mondiale reprend ce classement pour les besoins de ses propres services pour définir ses priorités d'engagement à l'égard des pays en voie de développement, mais ces données sont « retraitée »s dans d'autres indicateurs, voire servent à l'élaboration de la notation établie par certaines Agences financières. Ces classements mesurent la qualité du droit et son attractivité économique. Certes, outre qu'elle est l'inédite, l'intention est noble : mesurer l'efficacité du droit.

L'expertise du premier rapport, Doing Business 2004, a été effectuée par le programme de recherches sur « l'attractivité économique du droit» (AED) a entreprise [9].

L'analyse des indicateurs de «qualité» du droit a été l'un des axes de travail de ce chantier créé en 2005 au lendemain du premier Doing Business. Il a été porté attention particulière aux indicateurs et à une analyse comparative des effets du droit sur l'économie.

Sa méthodologie est l'oeuvre du professeur Andrei Shleifer, économiste de l'Université de Harvard [10].

L'auteur s'étonne de voir la France (47e en 2006) classée en 35e position en 2007, derrière les îles Fiji et l'Arménie pour ce qui est de la facilité d'y faire des affaires, alors que ce pays occupe l'une des premières places en matière d'accueil des investissements étrangers et de niveau de développement.

Il en est de même en matière de droit douanier, où en dépit d'une harmonisation communautaire européenne avancée, une forte dispersion entre pays membres de l'UE (de 2e mondial pour la Finlande à 110e pour l'Italie en 2007) figure dans le rapport depuis le classement 2006.

- d'importantes différences entre les grandeurs physiques calculées dans la base de données Doing Business et la réalité enregistrée dans les statistiques officielles : les indicateurs des rapports Doing Business ne sent pas mis en rapport avec ces statistiques ;

- une faible contribution à l'explication de la performance économique : si l'objectif de Doing Business est de démontrer l'existence d'une corrélation marquée

9.B. du Marais (dir.), « Mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business », Paris, La documentation française, 2006, 156 p. Bertrand du MARAIS est Conseiller d'État, Professeur associé à l'Université de Paris X Nanterre, Coordinateur du programme international de recherches sur « l'Attractivité Économique du Droit»

10. Voir les nombreux articles de R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. W. Vishny, et notamment : "Legal Determinants of External Finance", Journal of Finance, 52, 1997, pp. 1131-1150, "Law and Finance", Journal of Political Economy, 106, 1998, pp. 1113-1155, "The Quality of Government", Journal of Law, Economics, and Organization, 15, 1999, pp. 222-279.

entre «un cadre juridique efficace» appréhendé par l'indice de «facilité à faire des affaires» et des variables de résultats macroéconomiques, comme la croissance du PIB ou la croissance des investissements directs étrangers (IDE) – la maximisation des flux entrants d'IDE constituant, pour le moins, l'un des objectifs sous-jacents des rapports Doing Business -, l'indice composite de « facilité à faire des affaires» présente soit un caractère significatif mais fragile, soit un caractère non significatif, suivant l'agrégat macroéconomique dont on cherche à expliquer les variations.

Deux outils sont au cœur de la méthodologie : le codage binaire du droit et l'utilisation de «cas types hypothétiques».

L'utilisation des questionnaires est, en effet, une méthode risquée parce que empreinte d'une certaine subjectivité (vocabulaire, langue, construction, enchaînement, pertinence des questions, etc). Le questionnaire 2006 relatif au droit du travail est particulièrement illustratif de ce biais. La première question, d'actualisation («has there been a change in the labor law or related legislation » ?) est peu pertinente puisqu'elle semble concerner uniquement la modification des textes. Or, ce qui compte n'est pas tant la modification d'un texte que celle des pratiques, et l'interprétation du texte par les acteurs concernés. La notion de «réforme» du droit n'est d'ailleurs pas considérée comme un processus réflexif, incrémental mais comme un mécanisme stochastique, discontinu.

Une partie des sous-indicateurs de l'indice synthétique, d'indicateurs mesurant la nature favorable du droit à l'efficacité économique résulte d'un codage binaire des droits nationaux en fonction de l'occurrence de tels ou tels mécanismes censés favoriser le développement des affaires, selon la structure juridique théorique considérée comme optimale.

« Or, tout d'abord, cette structure théorique reste souvent l'objet d'un débat très ouvert même au sein de la communauté des économistes. Ensuite, le codage binaire ne peut prendre en compte la diversité des solutions juridiques – dont certaines peuvent être optimales – développées par les droits nationaux pour répondre à un même besoin opérationnel. Cette méthode, normative par nature, n'a en réalité pour effet que d'évaluer l'écart entre le droit national et un modèle, parfois incarné dans un droit particulier, le plus souvent totalement abstrait », souligne du MARAIS.

La seconde critique radicale vise l'usage de «cas types hypothétiques», sur lesquels reposent les questionnaires de collecte des données. Cette méthode, censée rendre plus aisée la comparaison internationale, repose sur le postulat erroné selon lequel, dans tous les pays, les mêmes instruments juridiques sont utilisés pour résoudre des problèmes identiques.

Une double évaluation mesure l'efficacité du droit : ex ante et ex poste.

- L'évaluation ex ante de l'efficacité du droit s'attache notamment à mesurer les coûts de transaction qu'impose potentiellement le système juridique sur les opérations commerciales. La computation quasi-taylorienne des délais et des coûts constitue ici un mode d'évaluation ex-ante.

- L'évaluation ex post s'intéresse aux effets réels du droit. Notamment, l'analyse ex post doit prendre en considération les conditions réelles de mise en oeuvre du droit : l'exécution par les parties de leurs obligations, le contentieux, etc. Par ailleurs, l'effet du droit sur la concurrence entre opérateurs est complètement laissé à l'écart, un fait qui pourrait étonner étant donné la teneur économique de ces rapports. Aussi, l'approche ex post, par exemple à partir des résultats de l'exécution des contrats et de leur contentieux, reste marginale. Doing Business ne vise la procédure contentieuse qu'à deux occasions, et principalement, à travers l'item «exécution des contrats», qui est censé couvrir tout cet aspect du système juridique. Il se concentre donc sur une vision formelle du droit, tel qu'il existe dans les journaux officiels et les manuels.

« En évitant cet aspect, les rapports n'abordent donc pas l'importante question de la prévisibilité du droit, et notamment de l'aléa contentieux, dimension qui pourrait être défavorable aux régimes de common law, ou plus particulièrement aux pays qui adoptent le jury dans le contentieux civil et commercial. C'est en définitive toute la problématique de la sécurité juridique qui est passée sous silence », conclut du Marais.

3 - allègement des paramètres sociaux

Une première brèche touche le dispositif contraignant de surveillance et de contrôle de la performance économique depuis lundi 27 avril 2009 : ce jour là, le Groupe de la Banque Mondiale rendait publique une déclaration d'une importance capitale par laquelle il s'engage à revoir le paquet des dix indices qui lui permettent de mesurer le climat des affaires dans le monde. Il s'agit plus précisément du troisième indice relatif à l'embauche des travailleurs (IET). Jusque là, les difficultés auxquelles les employeurs étaient confrontés influençaient fortement l'appréciation du climat des affaires et se déclinaient en cinq paramètres de mesure : difficultés d'embauche et de licenciement, rigidité des horaires et de l'emploi, coût d'un licenciement. Cet indicateur accordait naturellement les meilleurs résultats aux pays dotés des normes les plus faibles en termes de protection des travailleurs ; la Banque mondiale et le FMI s'en servaient pour presser des pays en développement à procéder à la déréglementation de leurs marchés du travail.

C'est là où, malheureusement pour nous, en bons élèves attardés du néo-libéralisme, nous enregistrions les « meilleures performances » suite aux dures conséquences sociales résultant de l'ajustement structurel entrepris depuis 1995 sous la houlette du Fonds monétaire international.

Indicateur d'embauche des travailleurs	Algérie	Région MEDA	OCDE
Indice de difficulté d'embauche	44	22,5	25,7
Indice de rigidité des horaires	60	41,1	42,2
Indice de difficulté de licenciement	40	31,6	26,3
Indice de rigidité de l'emploi	48	31,7	31,4
Coût de licenciement (salaire hebdomadaire)	17	53,6	25,8

Comme l'atteste la série d'indices relatifs à l'embauche des travailleurs, il vous coûtera deux fois moins cher de licencier votre employé en Algérie que dans la zone OCDE et, plus étonnant encore, quatre fois moins cher que dans le reste de la région Moyen-Orient / Afrique du Nord.

Rappelant que « le climat des affaires est un aspect de la politique de développement », le texte de la >banque Mondiale considère que « d'autres objectifs doivent également avoir suffisamment de poids ». Il s'agit, est-il précisé, de questions « aussi diverses que la stabilité politique, les filets de sécurité sociale pour protéger les parties vulnérables de la société des niveaux de risque intolérables, la protection des droits des travailleurs et des ménages ».

Dans le nouveau jargon de la banque, il devient même « important que les actions du gouvernement se concentrent sur les besoins de la main-d'œuvre et des ménages à faibles revenus ».

Se faisant plus modeste, le groupe de la Banque Mondiale se dit être « à la recherche de conseils, instruments politiques, stratégies et autres outils » car la crise économique plaide pour « l'élargissement de notre travail sur des filets de sécurité sociale (...) Les questions de l'accès à des prestations, telles que l'assurance-chômage et la sécurité sociale, sont un élément clé de ce travail ».

À la lumière des nouvelles conditions économiques, sachant que « la protection des travailleurs bénéficie à l'ensemble de la société », il est même recommandé « un réglage » qui favorise « la protection des travailleurs et des politiques qui respectent la lettre et l'esprit des conventions pertinentes de l'OIT ».

Allant au-delà de toutes les espérances syndicales, la note du 27 avril, abroge carrément l'indice d'embauche de travailleurs comme repère dans la conduite des politiques de facilitation des affaires. Il est ainsi écrit noir sur blanc : « Une note d'orientation sera publiée précisant que l'indice ne représente pas la politique de la Banque mondiale et ne devrait pas être utilisé comme base pour des recommandations

de politique générale ou comme référence pour évaluer les programmes ou les stratégies de développement, ou encore pour arrêter un programme d'aide pour un pays bénéficiaire ». Sur ce point sensible, la Banque mondiale supprimera notamment l'IET de son évaluation de la performance politique et institutionnelle par pays (CPIA), dont elle se sert pour déterminer le niveau global d'éligibilité aux prêts et aux subventions octroyés par L'Association internationale de développement (IDA), branche concessionnaire de la Banque.

Le FMI avait entrepris une démarche similaire en août 2008 concernant l'indicateur relatif à l'embauche des travailleurs ; à cette occasion, il avait donné pour instruction à son personnel que les équipes de mission devraient s'abstenir d'utiliser l'IET dans tout document public en raison de certains problèmes méthodologiques associés à l'indicateur.

« La note mettra l'accent sur l'importance des approches réglementaires qui facilitent la création de plus d'emplois dans le secteur formel avec des garanties suffisantes pour les droits des salariés ».

Aux lieu et place de l'ancien indice, l'honorable institution se propose de réunir « un groupe de travail comprenant des représentants de l'OIT, comme l'organe de l'établissement de normes internationales, des syndicats, des entreprises, des universitaires et des experts juridiques » pour mettre au point « un nouvel indicateur de la protection des travailleurs » et « proposer des idées plus larges sur le marché du travail et les questions de protection de l'emploi - en vue de créer une législation qui aide à construire des emplois solides et à assurer une protection adéquate dans le secteur formel pour qu'il puisse résister à de futures crises ».

La Confédération Syndicale International (CSI), dont le siège est à Bruxelles et qui se réclame de 170 millions de travailleurs dans 312 organisations affiliées dans 157 pays et territoires dans le monde, n'a pas tardé à réagir. Elle écrit le lendemain de la publication de la note de la Banque, le 28 avril 2009 : « La CSI a salué la décision de la Banque mondiale d'enjoindre à son personnel de cesser d'utiliser l'indicateur « embauche des travailleurs » (IET) de sa publication à plus grand tirage, « Doing Business » (Pratique des Affaires) ».

«Dans le contexte de l'actuelle crise économique mondiale, où 50 millions de travailleurs supplémentaires risquent de perdre leur emploi cette année et où les pressions baissières sur les salaires et les conditions de travail s'intensifient de jour en jour », écrit Guy Ryder, secrétaire général de la CSI, « il est significatif qu'une institution de développement de la stature de la Banque mondiale décide de tourner la page sur une vision partiale des enjeux du travail, axée sur la déréglementation à tout prix, et propose d'adopter, à la place, une approche plus objective, réservant une

place plus importante à une régulation adéquate, à l'amélioration de la protection sociale et au respect des droits des travailleurs. »

« La décision de la Banque d'accorder une attention accrue à des problématiques de cet ordre est en adéquation avec l'engagement pris par les leaders du G20, à l'occasion du Sommet de Londres, de «construire un marché du travail équitable et convivial, à la fois pour les femmes et pour les hommes », écrit Guy Ryder. « Nous invitons la Banque à ouvrer en collaboration étroite avec l'OIT dans ce domaine », a-t-il ajouté, notant que la déclaration du G20 appelait l'OIT à déterminer des politiques adéquates en matière d'emploi et de marché du travail.

C. La Coface

L'appréciation du « Risque Algérie par la Coface est la troisième source de mesure du climat des affaires et des niveaux de sécurisation des investissements étrangers dans notre pays.

Selon le dernier rapport de la Coface, « l'augmentation des capacités de production pétrolière et gazière et les prix élevés des hydrocarbures génèrent de solides excédents extérieurs et budgétaires. Cette manne pétrolière permet de financer un large programme de soutien de la croissance par les dépenses publiques et d'accélérer le désendettement extérieur tout en accumulant des réserves en devises. En 2006 et 2007, la croissance devrait rester bien orientée compte tenu des perspectives très favorables du marché pétrolier. L'accélération des investissements publics dans le cadre d'un Plan de Consolidation de la Croissance sur cinq ans (2005/09) devrait soutenir l'activité du secteur non pétrolier.

A plus long terme, une politique systématique d'épargne, avec la mise en réserve du surplus des recettes pétrolières de l'Etat doit permettre une croissance stable et la poursuite d'investissements publics en cas de baisse des cours pétroliers. Cependant, l'économie demeure dépendante du secteur énergétique et peine à se diversifier. Il subsiste des freins à l'émergence d'un secteur privé (secteur bancaire archaïque, niveau de formation insuffisant et carences de l'administration).

Les autorités ont entrepris des réformes et disposent pour ce faire de bonnes marges de manœuvre grâce à une meilleure stabilité politique et à une conjoncture pétrolière favorable. Toutefois, le processus prendra du temps compte tenu de nombreux facteurs de blocage pouvant peser durablement sur leur aboutissement. »

En dépit de tous ces atouts, la Coface affecte une note assez médiocre de « A4 » parce que, explique-t-elle, « le comportement de paiement souvent assez moyen pourrait en outre être affecté par un environnement économique et politique qui pourrait se détériorer, la probabilité que cela conduise à un défaut de paiement reste acceptable. »

Les opportunités de marché sont résumées dans le tableau suivant :

Indicateurs	Algérie	Moyenne régionale	Moyenne pays à revenus faibles et intermédiaires
PNB/habitant [PPA dollars]	5930	5860	4300
PnB/habitant [dollars]	1930	2390	1280
Indice de développement humain	0,722	0,708	0,697
% du revenu national detenu par les 10% les plus aisés	26,8	26	33
Pourcentage de la population urbaine	59	59	43
Pourcentage des moins de 15 ans	33,9	35	31
Nombre de téléphones pour 1 000 habitants	69	135	112
Nombre d'ordinateurs pour 1 000 habitants	7,7	38	28

La balance « points forts-points faibles » est pourtant plutôt positive.

La Coface retient comme points forts :

• Le pays dispose de richesses naturelles importantes (pétrole, gaz).

• L'Europe assure à l'Algérie un immense marché pour son pétrole et son gaz.

• Un Fonds de Régulation des Recettes Pétrolières est destiné à faire face à une situation de retournement de conjoncture.

• Le pays est engagé dans un processus de libéralisation de l'économie et de désendettement (la majeure partie de la dette rééchelonnée en Club de Paris a été remboursée par anticipation en 2006).

Elle retient comme « points faibles » :

• L'économie reste dépendante du secteur des hydrocarbures.

• Les dépenses budgétaires demeurent rigides en raison du poids des entreprises publiques non rentables, dont les effectifs sont pléthoriques.

• Le taux élevé du chômage est un facteur de tensions sociales. Sa réduction est un objectif prioritaire.

• Les demandes sociales sont élevées et constituent une contrainte forte sur l'économie.

Le déficit en infrastructures, les lourdeurs bureaucratiques et les carences du système bancaire pénalisent les investissements.

Conclusion :

Si le remboursement anticipé de la dette extérieure a un impact plutôt salutaire sur les pays bénéficiaires de l'assistance du Fonds, qu'en est-il de ses répercussions sur ce dernier ?

Le remboursement anticipé de la dette fragilise le FMI davantage que les pays débiteurs.

A l'instar de l'Algérie, le Brésil, l'Argentine ou la Bulgarie, l'Indonésie ont remboursé, avec quatre ans d'avance, la totalité de leur dette au Fonds monétaire international. Résultat : la sphère d'influence de l'organisation baisse

Même s'il se « réjouit » de ce remboursement anticipé qui, selon son porte-parole, "reflète la vigueur de la reprise et la solidité de sa balance des paiements", le FMI sait qu'il fragilise l'institution de Bretton-Woods. En effet, son portefeuille des crédits en cours baisse drastiquement pour retrouver son niveau des années 1980 et la sphère d'influence du FMI s'en trouve d'autant diminué. Côté recettes, le Fonds voit aussi chuter le versement des intérêts versés par les débiteurs. Un manque à gagner de 600 millions de dollars environ sur les trois prochaines années, selon les propres calculs de l'organisation.

La mondialisation et le travail des femmes

Mme BOURAS Zohra
Professeur à l'Ecole Nationale d'Administration

Nous assistons de nos jours à un développement rapide de l'économie tant au niveau local qu'au niveau mondial. La libéralisation des échanges et des flux d'investissements, la transition économique et les restructurations qui lui sont associées, les délocalisations et les externalisations des activités économiques comme différents aspects de la mondialisation, constituent des sujets de débat au quotidien et alimentent de nombreuses controverses. C'est un signe fort que les effets de la mondialisation qui résident dans le creusement des inégalités économiques sont vécus différemment selon que l'on soit dans un pays ou dans un autre, en fonction des catégories socioprofessionnelles, mais aussi et surtout selon que l'on soit un homme ou une femme. Ce dernier aspect est celui qui retient le plus notre attention en ce qu'il pose la question de la représentation qu'à la société du travail des femmes et non pas seulement chez les hommes et ce que cela peut engendrer comme impact sur l'éducation et la formation des filles « perpétuant chez les nouvelles générations les inégalités entre les hommes et les femmes ».(R.Anker 1997). Des données chiffrées collectées de par le monde par des Institutions Internationales telles que le PNUD 2000, le BIT 2000,2003 et2004, WISTAT 2001 révèlent l'ampleur du phénomène de discrimination aux dépens des femmes, qu'on en juge :

-les 3/4 des enfants non scolarisés sont des filles,

-les femmes fournissent les 2/3 des heures totales travaillées, elles ne reçoivent que 10% du revenu mondial ;

-en 1995, le travail domestique non rémunéré des femmes a été estimé par le PNUD à 11000 milliards de dollars, soit presque la moitié du PIB mondial, évalué à 23000 milliards de dollars.

-43%de la main d'œuvre des industries agricoles et de l'agriculture dans le monde sont des femmes (F.A.O)

-les femmes salariées ne gagnaient, en moyenne, en 1999que 40 à80 % du salaire des hommes ;

-Les femmes sont plus exposées que les hommes au chômage.

-Les femmes constituent la majorité des 550millions de travailleurs pauvres dans le monde, qui vivent avec moins de 1 dollar US.(BIT 2004)[1]
Une étude réalisée en 2003 par l'INSEE a révélé que 82% des personnes travaillant à temps partiel étaient des femmes.

1- La précarisation du travail en général, des femmes en particulier

La mondialisation recherche la diminution des coûts de production et de nouveaux marchés .Elle s'accompagne de restructurations des activités et des modifications importantes de l'emploi et met en concurrence les salariés du nord avec ceux du sud, souvent à partir d'une émigration sélective, mais aussi par le biais des délocalisations. Le phénomène de précarisation, longtemps caractéristique exclusive de l'emploi dans les pays du sud s'est étendu aux pays développés mêmes. Force est de constater, qu'un changement profond s'est produit dans la nature du travail dans le monde industrialisé. L'encadrement par des mesures sociales d'accompagnement ne suffit plus à contrecarrer la tendance lourde de fragilisation du tissu social. Les restructurations et les délocalisations signifient le plus souvent précarisation accrue du travail et même insécurité pudiquement associées à la flexibilité - dont le contenu se veut neutre- et même positivée par la théorie économique libérale, elles se soldent par l'intensification du travail (productivité oblige), par des licenciements, par le recours à l'emploi temporaire : le chômage structurel s'instaure.

Au nord comme au sud, les politiques gouvernementales qui accompagnent la mondialisation se traduisent par un accroissement de la précarité et de la flexibilité qui touche particulièrement les femmes. La plupart des emplois qu'elles occupent sont des emplois à temps partiels, instables, dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, ou même de sous-traitance.

1-1 La précarisation du travail en général

La mondialisation affecte le monde du travail dans sa grande majorité, dans toutes ses composantes, les salariés et les non salariés, les hommes et les femmes, mais avec des effets différents parce que leur situation dans la société diffère, celle-ci accepte davantage le sous- emploi et le chômage des femmes que celui des hommes. Dans son rapport sur l'emploi dans le monde 2001 (vie au travail et économie de l'information) le BIT a fait état des changements qui ont affecté la nature du travail et les types d'emplois .Dans les pays développés les marchés du travail sont de plus en plus segmentés, ce qui pousse à l'informalisation croissante de l'emploi et l'apparition de nouvelles formes d'emplois caractérisés par une instabilité du personnel qu'accentue le peu de perspectives de formation et de promotion. Les effets de la mondialisation tels qu'ils sont étudiés ne sont pas différenciés selon qu'ils sont subis par les hommes

1. Etude intitulée "Global employment trends for women", rendue publique en 2004.

ou par les femmes et pourtant, les chiffres en présence donnent les femmes plus pauvres que les hommes et cela au cœur du monde développé : dans l'Union Européenne, 70% des pauvres sont des femmes, 11% sont au chômage pour 8,5% des hommes, 80% des travailleurs pauvres sont des femmes.

La mondialisation revient à mettre en concurrence l'ensemble des travailleurs de la planète ; les entreprises délocalisent leur production là où les coûts salariaux sont les plus bas ;l'exemple de l'Allemagne dans ce domaine est édifiant :selon certains économistes allemands(Hans-WernerSinn2004)les conclusions d'une étude menée par l'Institut d'économie allemande de Cologne(IWD), pas moins de 60% des PME ayant moins de 5000employés ont déjà établi des filiales en dehors de l'UE-15 .Dune part le prétexte de sauvegarde de l'emploi grâce à la délocalisation et à l'externalisation ne résiste pas à l'analyse parce qu'il revient à inverser l'ordre des choses. De 1995 à 2003 l'emploi dans l'industrie allemande-y compris l'énergie – a diminué de 10% en termes d'effectifs et de 14% en termes d'heures travaillées (Hans Werner, Sinn 2004).Le processus de délocalisation et d'externalisation aurait été efficient si les travailleurs évincés du secteur manufacturier avaient été réemployés dans d'autres secteurs. Le développement de certains secteurs liés à l'exportation, profitant de la mondialisation accrue des échanges, n'ont cependant pas pu absorber les flux de travailleurs compressés et cela par manque de flexibilité salariale »les salaires sont les prix les plus importants d'une économie et, ils doivent aussi, bien sur ,converger sur le plan international si l'on veut obtenir des gains de commerce (...) Le commerce des biens et les mouvements de capitaux créent implicitement un marché de travail commun entre les pays partenaires, et dans un tel marché,il ne peut plus y avoir de différences de salaires importantes.»(Hans-Werner, Sinn 2004).Les pressions croissantes sur les entreprises pour qu'elle répondent à une demande individualisée, la standardisation des produits et le principe de spécialisation du travail qui étaient à l'origine des économies d'échelle ne constituent plus les éléments de base de l'organisation du travail. Aujourd'hui de plus en plus dans les pays du nord, la recherche de la flexibilité –comme la capacité de l'entreprise à réorganiser le travail pour demeurer compétitive- se développe .c'est-à-dire la précarité, la dérogation par rapport au droit du travail via- les contrats temporaires, la sous-traitance. Le taux de chômage structurel qui ne doit pas être inférieur à 9%[2] permet de maintenir la pression sur les travailleurs rendus dociles par la crainte de l'exclusion.

A coté de l'inégalité de répartition des coûts et des bénéfices générés par la croissance formidable du commerce des biens et des services, des flux de revenus aussi bien de la propriété que de l'entreprise, du marché du travail entre le nord et le sud, entre les travailleurs qualifiés et les travailleurs non qualifiés, se dresse une inégalité entre les hommes et les femmes.

2. Ce taux de chômage est considéré par la théorie libérale comme non accélérateur d'inflation.

1-2 Précarisation du travail féminin

Les contraintes de l'équilibre budgétaire tel qu'érigé par le « Consensus de Washington », et de désendettement public s'est traduit par un resserrement des actions de l'Etat dans le domaine social d'où la disparition de la gratuité (partielle ou totale) de certains services publics pénalisant du coup les femmes en raison de la répartition inégalitaire des rôles au sein de la famille.

Depuis le début des années 90(un peu avant pour certains pays) une vague de privatisation a déferlé sur les services publics dans le monde et, même si les prix sont toujours tarifés, ils ont connu une augmentation insoutenable pour les ménages, paradoxalement du fait même qu'ils ont été livrés à la concurrence. Ceux des services publics qui ont été épargnés par la privatisation, ne serait-ce que partiellement et (ou) temporairement, pour des raisons de résistances et de paix sociales, ont connu une détérioration de la qualité. Les services les plus concernés sont la santé et l'éducation, mais aussi l'eau, l'énergie et les soins que réclament de plus en plus les personnes âgées. « Les femmes souffrent tout particulièrement de la restructuration néo-libérale : elles sont davantage mises au chômage que les hommes, leurs postes de travail sont moins importants et leurs salaires sont plus bas. Le démantèlement de l'Etat-providence a également un impact considérable sur les femmes puisque ce sont elles qui assument les soins familiaux autrefois pris en charge. » (Balanya et Al 2000).

Dans les pays d'Europe centrale et orientale, l'effet le plus désastreux de la réduction des dépenses publiques et de la privatisation des entreprises d'Etat, a été la désintégration de l'infrastructure sociale, notamment la fermeture des crèches et des garderies ainsi que l'abandon de la protection de la maternité, sur laquelle s'appuyaient les femmes pour concilier obligations professionnelles et familiales, constate le BIT. « L'entrée des femmes sur le marché du travail a permis à la majorité des ménages de faire face à la baisse des revenus réels provoqués par la crise économique. » Il n'est plus alors nécessaire d'insister sur la dimension sexuelle des rapports sociaux dans l'analyse des mécanismes de la mondialisation, tant elle est évidente aussi bien dans les pays du sud quoique exacerbée par des considérations de niveau de vie, que dans les pays du nord.

En effet, « cette inégalité entre les deux sexes, la plus ancienne, la plus répandue, la plus occultée aussi, traverse tous les pays et toutes les classes sociales, parce que les rapports sociaux intègrent partout des rapports de domination des hommes sur les femmes. Elle ne doit pas être mise sur le même plan que les inégalités entre catégories sociales parce que les femmes ne sont ni une catégorie sociale ni un groupe ethnique : les femmes comme les hommes définissent l'humanité. » (C.Marty 2001)

Les normes culturelles dominantes commandent l'affectation des femmes aux emplois précaires réputés « flexibles », et supposés leur convenir au nom de la nécessaire conciliation avec leurs fonctions de reproduction et de prise en charge

« naturelle » du foyer et des enfants. Cette précarisation du travail est légitimée par un discours récurrent sur l'exigence de compétitivité, mais aussi par les pratiques culturelles de domination des femmes par les hommes. A partir de la, il est permis de se poser des questions sur le droit réel des femmes au travail, même si sur un plan formel ce droit est consacré par les lois fondamentales de chaque pays et, par des conventions internationales ratifiées par la plupart des Etats. Il apparaît, qu' « outre la constitution d'une réserve de main d'œuvre, le temps partiel incarne ainsi un renouveau de la notion de « salaire d'appoint » des femmes. »(C.Marty 2001)

En ce qui concerne la protection sociale, de plus en plus de femmes ne sont pas protégées par la législation du travail et ne bénéficient donc ni des conditions de travail minimales ni d'une protection minimale de la sécurité sociale

2- Les tendances générales de l'évolution de l'emploi féminin

La précarisation, qui caractérise le travail des femmes, se développe et tend à devenir une norme qui se propage à travers tous les pays du monde y compris les pays développés.

Dans la plupart des pays du sud dont l'Algérie, des politiques macro-économiques ont été mises en oeuvre dés la deuxième moitié des années 80 et les années 90 dans un contexte de mondialisation, ce qui a profondément affecté la structure de l'économie de ces pays. Dans une telle situation de transformations socio-économiques, le marché du travail est soumis à des déséquilibres et des pressions de plus en plus fortes, ce qui se traduit par de nouveaux ajustements, lesquels modifient le rôle et la place des femmes sur celui-ci.

Dans ces pays, on assiste à un fort développement du travail des femmes dans le secteur informel ; profitant de la création d'emplois dans le secteur lié à l'exportation oubliant souvent de préciser qu'il s'agit d'emplois à très bas salaires, dans de mauvaises conditions de travail, sans protection sociale et parfois sans législation du travail (exemple des zones franches)'. A tel point que la Banque Mondiale se permet de défendre l'emploi des femmes : « les barrières à l'emploi des femmes contribue à élever le coût du travail et à réduire la compétitivité internationale, puisqu'on empêche les femmes d'offrir leur force de travail à des salaires défiant toute concurrence »[3]

3. Klasen Stephan. 1999. Does Gender Inequality Reduce Growth and Development ? Gender and development working paper, cité par C. MARTY (2001)

2-1 Dans les pays insuffisamment développés

En Algérie, depuis 1992, on note l'arrivée massive des femmes sur le marché du travail qui ne peut s'expliquer et ce, à titre principal, que par la progression de la pauvreté, ainsi que par la dynamique du secteur informel qui apparaît comme une réponse aux effets de la mondialisation sur le marché du travail.

Trois éléments caractérisent le marché du travail dans les pays du sud à l'exemple de l'Algérie et de ses voisins :

-Recul du salariat qui accompagne le développement du chômage

-Montée de l'activité féminine même sous des statuts précaires

-Ascensions du secteur informel, notamment de survie mobilisant surtout des femmes et des enfants.

Globalement, le taux de chômage s'est accru dans les pays comme l'Algérie et le Maroc depuis les années 90 .Selon les chiffres officiels, il se stabilise en Algérie autour de15%et au Maroc autour de 11%, mais il se pose toujours le problème d'estimation d'abord du chômage en milieu rural qui peut être sous-estimé au Maroc et surestimé dans le cas de l'Algérie, ensuite le travail des femmes (dans leur majorité) quant à lui échappe à tout enregistrement.

Au Maroc le taux d'activité féminin en milieu urbain s'est fortement accru passant de21% en 1998à 27,9%en2000. Selon le B.I.T cette tendance est appelée à se poursuivre à un rythme soutenu pour atteindre la proportion de 31% en 2010. En Algérie, cette proportion est bien inférieure à celle enregistrée par son voisin (15%). mais, la tendance à la hausse est bien là.

La forme qui caractérise l'activité des femmes est un salariat très instable et très mobile (voir les nouvelles modalités de gestion de la main d'œuvre, telles que les contrats à durée déterminée).Par ailleurs l'effritement observé de la relation salariale est un signe d'informalisation de l'emploi. En effet, il est noté une montée des formes d'emploi non salariales avec des relations d'emploi atypiques dont les femmes souffrent le plus.

Cette percée des formes non salariales –apprentis, aides familiaux, indépendants- dont la tendance est plus forte chez les femmes que chez les hommes montre le caractère de plus en plus précaire du travail féminin.

Deux statuts dominent chez la femme :

- Au Maroc elles sont aides familiales à 41,7% contre 16,9% pour les hommes, avec des proportions plus importantes en milieu rural produisant de l'artisanat, des travaux de laine, de la poterie vannerie etc.

- En deuxième position, le travail à domicile[4] est exclusivement réservé aux femmes, invisible, posant surtout le problème de l'exclusion des femmes, il ne fait pas partie du champ économique et ne se traduisant pas par une relation marchande (Algérie, Maroc)

En Tunisie, La situation du travail des femmes n'échappe pas à la discrimination et à la dévalorisation constatées ailleurs. Malgré leurs acquis sur le plan juridique, les femmes travailleuses demeurent les premières victimes des crises économiques et de beaucoup de distorsions sociales. Au milieu des années 80,l'économie tunisienne a connu une grande libéralisation dont l'un des objectifs était de rétablir les grands équilibres macroéconomiques déstabilisés par la crise, ensuite de relancer la croissance tunisienne.Cette croissance, tributaire de l'investissement direct étranger, exige de mettre en œuvre une stratégie fondée sur les avantages comparatifs en matière notamment de système et de niveau de rémunérations et, d'une grande mobilité des travailleurs et des travailleuses dans le cadre d'une meilleurs allocation des ressources, cela pour attirer des investissements. Comme cela a été constaté dans les pays voisins, en Tunisie sont apparues des tendances croissantes de l'afflux des femmes sur le marché du travail et qui indiquent une augmentation des taux d'activité féminins dépassant la proportion de 23% en 1994.Cependant, l'existence de distorsions entre les droits proclamés des femmes et les pratiques sur le marché du travail renvoient à la persistance de représentations traditionnelles d'une division du travail lésant le travail des femmes ». En effet, les femmes dans le Maghreb et ailleurs, à des degrés différents, subissent un contrôle social sous des formes souvent sournoises et dont l'origine peut se situer dans ces représentations qui font des femmes les personnes les plus vulnérables de la société, occupant des emplois précaires et subissant les effets de la restructuration économique.

Depuis une vingtaine d'années, la tendance observée dans la plupart des pays est que le nombre de filles diplômées est supérieur à celui des garçons. La Tunisie n'échappe pas à ce phénomène, aussi, les critères relatifs au niveau d'instruction et de formation ne font pas grâce aux femmes des pratiques de discrimination subies par « leurs sœurs »qui sont demeurées analphabètes employées essentiellement dans l'agriculture et en milieu rural.Dans la catégorie des salariés, 51,4% des femmes ont au moins le niveau secondaire contre seulement 40,5% pour les hommes. En revanche

4. Le travail des femmes est sous –estimé en milieu urbain compte tenu des formes qu'il prend et qui sont articulées à la vie privée, ce qui entrave son observation.
- Le recensement général de l'agriculture. (2003)avait dénombre plus d'un million de femmes vivant et travaillant dans des exploitations agricoles alors que l'enquête de l'ONS n'en a dénombré que 288000.

et toujours parmi les salariés on compte 19%d'hommes analphabètes quand les femmes ne représentent que 14%. « Ainsi le marché du salariat est beaucoup plus exigeant envers les femmes qu'il ne l'est envers les hommes »

Cette situation est plus nette encore dans certains pays d'***Asie (Chine et Thaïlande)*** où les processus d'industrialisation et de mondialisation ont modifie l'activité économique des femmes, par la création de nouveaux secteurs tels que celui des services et du commerce aux dépens de secteurs traditionnels comme le textile. Cette modification de l'activité est le résultat inéluctable du système d'organisation économique qui exige de plus en plus de flexibilité.

Si la mondialisation se caractérise essentiellement par les progrès dans le domaine des technologies de l'information, le développement de l'emploi atypique, elle est aussi synonyme de délocalisation des emplois manufacturiers vers les régions les moins développées du monde.

Les secteurs d'activité où se concentrent les femmes sont l'agriculture, les activités manufacturières, commerce, les services collectifs ...

Cette logique de fonctionnement du capital mondial est à l'origine d'un désastre pour les femmes partout dans le monde mais particulièrement, celles des pays en voie de développement. Malgré plusieurs délocalisations massives avec les fameuses maquiladoras, le Mexique reste toujours un pourvoyeur de main d'œuvre peu qualifiée et peu chère pour les USA. L'arrivée des multinationales dans certains pays ont eu des effets négatifs très importants entre autres de bousculer le tissu productif local quand elles sont à l'origine de restructurations rapides, préjudiciables à l'ordre et l'équilibre sociaux.

« Les plans nationaux de développement » que certains pays se sont vus imposer par le programme d'ajustement structurel ont poussé à la parcellisation des terres agricoles et à la modification profonde de leur vocation initiale pour les offrir par exemple comme terrains à bâtir ou autre destination plus lucrative. Ainsi, aussi bien les agriculteurs que les pêcheurs se sont trouvés privés du jour au lendemain de leurs moyens de subsistance (L.Cheng 2000). La mondialisation loin d'avoir un effet positif sur l'égalité des hommes et des femmes quant à leur répartition par catégorie socioprofessionnelle exige de toute activité qu'elle soit compétitive notamment grâce à l'utilisation d'une main d'œuvre bon marché et flexible(entendre par là débauchable à souhait) . A qualité comparable, le travail des femmes coûte moins cher- ce qui est de nature à fouetter la demande- en vertu de pratiques discriminatoires qui reposent sur des prétendues préférences qu'ont les femmes d'une certaine « flexibilité »dans l'organisation du temps de travail. Il y a alors « adéquation entre les exigences du capitalisme mondial et une situation découlant de l'ordre social. La flexibilité du travail n'est pas une préférence spécifiquement féminine, mais les femmes sont censées privilégier leur rôle familial. » (Cheng 2000)

2-2Dans les pays développés

Dans ces pays, l'évolution du marché du travail se caractérise par un fort développement du secteur des services. Même si la mondialisation s'accompagne de progrès substantiels pour certaines femmes, les inégalités restent encore extrêmement profondes.

La France à titre d'exemple, connaît depuis quelques décennies un chômage structurel qui résiste à la baisse en deçà de10% ; en 2000 le taux d'activité était de 61,9% chez les hommes contre seulement 48,2%chez les femmes, quant au taux de chômage il était de 8,5% chez les premiers contre 11,9% chez les secondes et cela en dépit d'une féminisation croissante de la population active qui comptait 27,5millions de personnes, les femmes n'ont pas les mêmes probabilités d'accéder à un emploi. Selon le centre d'études et de recherches sur les qualifications, 69% des garçons accèdent durablement à un emploi stable après leur formation contre 56%des filles. Par ailleurs la précarisation de l'emploi féminin est lisible à travers les chiffres qui donnent un taux de 29,8% des femmes occupées partiellement pour seulement 5,4% des hommes pour la période 99-2000. Historiquement, c'est les années 60 qui ont enregistré un afflux massif des femmes sur le marché du travail à temps plein au profit du secteur des services en plein essor. C'était alors l'époque des trente glorieuses. Le retournement de conjoncture dans les années 80 et l'introduction des instruments de flexibilité et de dérégulation du travail tels que le travail à temps partiel[5] ont ciblé particulièrement le travail des femmes comme si la demande émanait de ces dernières et exprimait un prétendu besoin de conciliation entre deux sphères : privée et publique ou professionnelle et familiale. Or, il est établi que ce sont les travailleurs qui doivent s'adapter à l'organisation du travail au sein de l'entreprise et non pas l'inverse. Il y a une discrimination déclarée par l'emploi et les conditions de travail d'une part, et en matière de rémunérations d'autre part.

2-3 L'emploi et les conditions de travail

Le travail à temps partiel est-il choisi ou subi par les femmes ? à cette question plusieurs tentatives de réponses ont été faites et dont certaines ont abondé dans le sens d'un choix volontaire par les femmes du travail à temps partiel qui répond à leur besoin de conciliation de leur vie professionnelle et de leur vie familiale. Rarement on évoque le fait que dans certains pays tels que la France,la baisse de l'emploi industriel a été beaucoup plus forte (de deux fois en France)[6] pour les femmes (-16,3%) que pour les hommes (-8,5%), le déclin du monde ouvrier a été vécu par les femmes en première

5. Margaret Maruani considère que le temps partiel est un temps de crise, in travail et emploi des femmes, La découverte repères 2000

6. Briant Pierrette, Loué Jean-François (2001): "L'emploi industriel: les femmes aussi", le 4 pagesdes statistiques industrielles – SESSI- MINEFI - FRANCE

ligne et ce sont les ouvrières , notamment les moins qualifiées d'entre elles qui ont été les plus affectées par les baisses d'effectifs. Dans le même sens,une enquête *suisse* sur la structure des salaires(OFS 2000) a livré des éléments similaires quant à la situation professionnelle des femmes, puisque dans ce pays en 2000, une femme sur deux travaille à temps partiel, contre moins d'un homme sur dix. En 2002, en Suisse, parmi les personnes actives travaillant à temps partiel, 79,9% sont des femmes. Mais ce qu'il y a de plus significatif, c'est la progression en moyenne de 50%entre 1985 et 1995 du nombre de femmes travaillant à temps partiel au moment où le nombre d'emplois à temps plein a diminué. Cette évolution de l'emploi féminin a été suivie par une « féminisation des emplois administratifs et commerciaux (est) d'autant plus marquée que l'on descend dans l'échelle sociale. » Le temps partiel est surtout répandu dans le secteur des services fréquemment présenté comme une souplesse de l'organisation du travail consentie par l'employeur à ses employées[7], or le rapport du BIT constatait que les travailleurs à temps partiel sont souvent désavantagés soit individuellement ou en groupe en ce qui concerne la rémunération directe ou indirecte, les prestations de sécurité sociale, l'accès à la formation y compris l'hygiène et la sécurité au travail. Le rapport ajoute à cela, une discrimination invisible, parce que plus difficilement mesurable, dés lors qu'elle affecte les possibilités d'avancement et de carrière.

A la question de savoir pourquoi les emplois à temps partiel sont occupés dans une proportion qui dépasse la barre des 70% par les femmes, plusieurs explications sont proposées et parmi elles nous trouvons celle qui fait référence aux inégalités de qualification et de salaire (dans un couple c'est le moins bien rémunéré qui choisit le temps partiel). Cette explication est le fruit d'un raisonnement circulaire où la variable expliquée devient la variable explicative : c'est le salaire qui explique l'emploi partiel lequel en retour explique le salaire. Cette première explication est appuyée par une seconde qui fait référence à l'augmentation du taux de participation des femmes du fait de l'augmentation du poids des services dans l'emploi total parallèlement à l'augmentation de la population de femmes qui travaillent à temps partiel

2-4 Le travail à temps partiel moins cher et plus productif :

Si le travail à temps partiel semble emporter l'adhésion de certaines femmes, c'est seulement en apparence et parce que les offres d'emploi à temps plein se sont raréfiées et sont souvent jumelées à des contraintes d'horaires, de déplacement, extrêmement insoutenables du fait des autres tâches familiales qui souvent incombent à la femme

7. Plusieurs analyses comportent des éléments contradictoires, positivant le développement du travail à temps partiel en le présentant comme étant à l'origine de l'augmentation du taux d'activité des femmes mais reconnaissant en même temps qu'il est désavantageux du point de vue de la protection sociale et des chances de promotion professionnelle

travailleuse seule, en l'absence de services de crèches, de cantines, de garderies et autres services destinés aux personnes âgées ou malades. En 2002, 15% seulement des femmes qui travaillent à temps partiel au Canada, avaient choisi ce mode de travail.

Il y a cependant un aspect très important que cache le développement de l'offre de travail à temps partiel par les entreprises, à savoir la mise en place d'une batterie de mesures que constituent les allègements des charges fiscales et sociales par lesquelles le coût du travail à temps partiel est subventionné dans certains pays comme la France[8], La Belgique, l'Allemagne...Les niveaux de ces transferts au profit de l'entreprise sont souvent supérieurs aux surcoûts attachés au travail à temps partiel ce qui rend ce dernier plus attractif pour les entreprises que le travail à temps plein. « Il devient alors logique que ces dernières préfèrent recruter deux salariés à mi-temps qu'un salarié à plein temps, d'autant que selon des études menées dans plusieurs pays, les travailleurs à temps partiel ont meilleure productivité que les salariés permanents. Des calculs aux USA ont révélé qu'un salarié aurait une productivité de 64% lorsqu il travaillait 50%du temps normal, les chiffres indiquent que le salarié réalise une performance mesurée par la productivité telle que celle-ci est de 77% quand il travaille 60% du temps et de 87% pour 70% du temps. L'intensité du travail fourni par ces travailleurs conjugué à une plus grande assiduité explique les performances réalisées. **(BIT 1992)**

2-5-Discriminations par les rémunérations

La discrimination par le salaire et ses accessoires est le corollaire évident de la discrimination par le statut.

Des recherches sur les qualifications correspondant aux différents emplois, mettent en évidence que jusqu'à présent les méthodes d'évaluation sont fortement biaisées par des préjugés sexistes. Elles constituent une voie intéressante pour remettre en question cette systématique dévalorisation des compétences caractérisant les emplois « « féminins ».

Le salaire est fixé par les conditions de la concurrence et mesure la productivité. Celle-ci, est déterminée par l'ensemble des variables du capital humain des individus telles que les préférences, les capacités, la formation, l'expérience professionnelle, l'age... En l'absence de toute discrimination, les différences de salaire mesurent les différences de productivité ou de caractéristiques individuelles liées à la production. Dans ce cas deux personnes se distinguent par des caractéristiques non liées à la production (par exemple le sexe) mais parfaitement substituables dans le processus de production, devraient recevoir un salaire identique, puisqu'elles ont la même

8. En France le Conseil Economique et Social (1997)a noté que "l'accélération du travail à temps partiel est due en partie au moins, aux incitations mises en place depuis la fin de l'année 1992 par les pouvoirs publics à l'intention des entre prises ».

productivité. Une attitude discriminatoire envers l'un d'eux peut aboutir à un différentiel de salaire défini comme l'écart observé entre le ratio homme /femme des salaires observés et celui qui prévaudrait en l'absence de discrimination (Becker 1957). Quand une femme donnée occupe un poste, elle l'occupe soit parce qu'il est en adéquation avec sa formation et ses préférences, soit parce qu'elle a été discriminée lors des promotions de sorte qu'elle est en réalité surqualifiée pour ce poste. Pour beaucoup d'analystes l'écart salarial entre homme et femme s'explique en grande partie par des caractéristiques propres à chacun. On avance alors comme explication la différence des durées hebdomadaires de travail, périodes d'inactivité plus longues et plus fréquentes chez la femme, mais pour un écart initial évalué à 27%, il subsiste après prise en compte de ces caractéristiques et en corrigeant le biais de sélection un écart de 5,4% interprété comme de la discrimination salariale. D.Robinson (1998) explique quant à lui les différences de rémunérations observées, par la répartition respective des hommes et des femmes dans les différents échelons et par la structure de l'échelle, mais il n'explique pas ce qui commande la progression d'un échelon à un autre, et pourquoi les femmes se trouvent en moyenne à des échelons plus bas ?

Outre les considérations relatives à la productivité du travail qui peut fonder un écart de salaire, pour D.Robinson, les différences observées peuvent découler de la manière dont les rémunérations sont calculées, mais il admet fort bien les différences de rémunérations d'un établissement à un autre quand ils travaillent pour des marchés différents, réalisant de gros profits, payant des salaires plus élevés et partageant avec le personnel la rente que procurent les imperfections du marché « ce serait une erreur ,en pareil cas , d'obliger un établissement travaillant pour le premier marché à payer aux femmes la rémunération qui comprend,dans un établissement travaillant pour le second, l'élément de partage de la rente dont bénéficient les hommes. » (D.Robinson. 1998).Si cet analyste justifie les inégalités des rémunérations par l'exercice d'une politique de rémunération fondée sur le salaire d'efficience d'une part, et d'autre part par l'évolution des échanges mondiaux qui pénalisent certaines activités en y provoquant une baisse relative des rémunérations, il finit par concéder que « une chose est acquise, c'est qu'en éliminant les sources possibles de distorsions, on continue généralement à observer des disparités ».Cette reconnaissance timide de disparités inexpliquées en matière de rémunérations a fait place par la suite à des conclusions franches portées par de nombreuses études et en vertu desquelles la discrimination salariale a toujours existé et, existe encore et partout dans le monde et qu'elle n'est pas assise sur des caractéristique objectives.

Une étude élaborée par **l'OCDE (1998)**[9] a clairement relevé comment étaient perçues les professions à dominantes féminines ignorant les savoir et technicité qui se trouvent à la base de leur exercice et de leur maîtrise[10] :

9. OCDE, l'avenir des professions à dominantes féminines(1998)-11
10.

« La gestion sexuée de la main d'œuvre s'est accompagnée d'une reconnaissance aux femmes de »qualités » dites spécifiquement féminines par exemple « dextérité » et « précision » pour les ouvrières, « dévouement » chez les infirmières, « sens de la relation » ou de « l'organisation » chez les secrétaires, mais elle s'est aussi accompagnée d'une dévalorisation de ces mêmes « qualités » dans le champ économique et professionnel,eu égard au fait que celles-ci seraient par nature ou par socialisation attachées au rôle des femmes dans la famille et dans la société. Plus les travaux sont proches de travaux accomplis en partie ou en totalité gratuitement dans la sphère domestique ou familiale, plus cette dévalorisation est importante.

Un rapport confectionné par le ministère canadien au titre de l'examen de la législation sur l'équité salariale (2004) a analysé les inégalités salariales au Canada, les secteurs où elles se manifestent le plus, tout en essayant d'en cerner les répercussions. En effet,et partant « des progrès remarquables enregistrés en matière de profil de la population féminine occupée se rapprochant de très prés du profil masculin, les femmes gagnent encore moins que les hommes. « Bien que l'inégalité salariale ait été identifiée dans les années cinquante du siècle dernier donnant lieu à l'adoption par l'OIT de la convention n° 100 par laquelle l'égalité du salaire est consacrée, celle-ci perdure sous la forme d'un écart salarial qui prend des proportions telles que certaines institutions ont réagi par l'adoption de certaines mesures.[11]

La croissance du nombre de salariées passant de 37,1%de l'ensemble des salariés en 1976 à 46,2% en 2001 s'est accompagnée d'une élévation du pourcentage de celles qui détiennent un diplôme universitaire de 14% en 1991 à 21% en 2001. D'autres éléments permettent de noter un raccourcissement des périodes d'inactivité ce qui aurait dû –associé à l'augmentation moyenne de la qualification- se traduire par une neutralisation des écarts entre les rémunérations des hommes et des femme. Or, Statistique Canada révélait en 2001 que l'écart salarial pour les femmes possédant un diplôme universitaire s'est même accru entre 1995 et 2000. En effet le ratio du revenu moyen d'emploi (femmes /hommes) pendant cette période, est passé de 70,8 % à 67,5% creusant l'écart pour le porter à 32,5%.

Les différences de salaires sont particulièrement marquées dans certains des pays en développement qui ont favorisé les exportations en encourageant les industries manufacturières à haute intensité de main d'œuvre (essentiellement féminine) et en s'efforçant de réduire les prix sur les marchés internationaux,

2-6-Mondialisation et migrations féminines

Le phénomène de mondialisation prend de multiples aspects, tels que la montée du chômage et la restructuration des secteurs les plus intensifs en main d'œuvre. Par

11. Conseil de l'Europe tenu à Stockholm en 2001, le Conseil de l'UE en 2003

ailleurs, la recherche continue et soutenue de l'équilibre du commerce international a stimulé le marché mondial des biens et services, des capitaux mais aussi le marché de la main d'oeuvre en y intégrant tous les pays du monde. Cette stimulation se manifeste aussi par la circulation trans-territoriale de la main d'œuvre sous la forme d'une émigration sélective qui ne porte que sur des personnes qualifiées et des gestionnaires de haut vol à un premier niveau. A un second niveau, si la sortie des capitaux est à l'origine dans les pays développés de fermeture d'usines et de compression dramatique d'effectifs des travailleurs, la venue de ces capitaux dans les pays du sud à la recherche du profit le plus élevé s'est souvent traduite par une exploitation plus poussée de la main d'œuvre locale, au pillage des ressources,mais aussi à la destruction des industrie naissantes ou traditionnelles incapables de soutenir la concurrence .Les secteurs ayant la faveur du capital mondial sont en général celui du tourisme, des nouvelles industries des services dont la performance repose essentiellement sur la flexibilité du marché du travail, ont été à l'origine de la création d'une réserve de main d'oeuvre surtout féminine. Ceci est d'autant plus possible que les flux migratoires ont connu une modification de taille : ils se sont féminisés.

La féminisation des flux migratoires fait suite à une détérioration accrue des conditions d'existence de cette catégorie humaine obligée de travailler pour un revenu .Elles sont les premières à faire les frais d'une fermeture d'usines qui fait suite soit à une délocalisation soit tout simplement à une cessation d'activité. Plusieurs exemples peuvent être alignés par la littérature économique tels que celui des ouvrières coréennes mises au chômage par la société japonaise Sumida en 1990 ou même celui de Taiwan qui a vécu entre 1993 et 1995 la cessation d'activités de plus de 17400 entreprises où les femmes représentaient plus de la moitié des effectifs. Sur un autre registre, les effets de la mondialisation comme la mise au chômage des hommes et la baisse drastique des revenus, souvent affectent la vie et les arbitrages des femmes en faveur de la recherche d'un emploi tout en subissant les pratiques de discrimination à leur encontre, les contraignant à se contenter d'emplois à temps partiel, mal rémunéré qui ne coûtent pas cher à l'employeur.

3-Le travail des femmes dans la théorie économique

Le capitalisme à ses débuts et dés le 18ième siècle s'est appuyé sur la division sexuelle du travail que la société de l'époque érigeait en règle naturelle pour prendre son essor. En se développant, le capitalisme a accentué cette division avec plus ou moins de force, même si le développement de ce système doit beaucoup au travail des femmes notamment dans l'agriculture où les prix des biens salaires étaient maintenus à un niveau tel que les termes de l'échange profitant à l'industrie ont permis à ce

secteur de réaliser les plus grands profits (Ricardo), il n'empêche que le capitalisme a accentué cette division du travail. »Le modèle de l'homme " pourvoyeur de ressources "a servi d'une part, à instaurer la norme de la femme au foyer économiquement dépendante de l'homme, et d'autre part, à justifier son moindre salaire – salaire d'appoint – lorsqu'elle a un emploi. Cette dévalorisation du travail des femmes s'inscrit dans une dévalorisation plus générale du genre féminin.

La contribution des femmes à la satisfaction des besoins collectifs qui concerne la reproduction, le travail domestique, l'éducation des enfants, et les soins aux malades ou personnes âgées n'a pas constitué un centre de préoccupations ou un objet d'étude chez les théoriciens libéraux. Ce travail gratuit et invisible est pourtant indispensable au fonctionnement de l'économie qui évacue ainsi les coûts de reproduction et d'entretien de la force de travail en les faisant supporter par les femmes. Pourquoi les soins donnés aux enfants ,aux personnes âgées et aux malades seraient ils de nature économique lorsqu'ils sont assurés par des marchés (ou parfois par les gouvernements) mais ne seraient pas dignes d'être étudiés par des économistes lorsqu'ils sont fournis au sein des ménages(J.Nelson 1998)

Dés le début du siècle dernier, l'école féministe allemande a[12] défendu la thèse que l'expansion du capitalisme et le processus d'accumulation nécessitent l'existence de sphères non capitalistes de production: telles que le travail de reproduction des femmes, mais aussi les biens" gratuits"de la nature formant ainsi la base invisible de l'économie, qui est appropriée et exploitée pour contribuer à l'accumulation des rentes. Un parallèle est ainsi fait entre l'exploitation de la nature et du travail des femmes, et le processus historique des colonies. (C. Marty 2001)

3-1-Chez les classiques.

Adam Smith qui définit l'économie comme n'étant pas qu'une question de choix et d'échanges mais aussi de production et de distribution de tout ce qui est nécessaire et commode dans la vie semble mettre l'accent sur tout ce dont a besoin l'être humain pour survivre et s'épanouir (J.Nelson1998)

Ricardo comme Smith, dont il est l'héritier, a bien inclus la quantité de travail dans la" valeur d'usage " d'un bien, et même établi que la quantité de travail se mesure en temps de travail, mais il a complètement omis d'intégrer le travail domestique nécessaire à l'entretien et au renouvellement de la force de travail. Plus tard, Marx

12. Les principaux leaders féministes de l'Ecole allemande sont Clara Zetkin (1875-1933) Lily Braun née le 02/07/1865, militante allemande de gauche qui fonde la revue Die Fraunbewegung, prend le relais d'un ouvrage théorique de 1901intitulé Die Frauenfrage ou elle développe l'argumentaire selon lequel le capitalisme contraint les femmes à travailler dans l'industrie textile et détruit ipso facto la famille , ce qui implique la nécessité de corriger le tir par la construction d'une société socialiste .

principal critique des analyses économiques classiques a succombé à l'idéologie patriarcale en matière d'approche du travail des femmes ne considérant le travail domestique à l'égal de celui de reproduction des femmes que comme "naturel". De plus, comme ses prédécesseurs Smith et Ricardo, Marx se focalisant sur la « contradiction principale » qui caractérise les intérêts des capitalistes par rapport à ceux des travailleurs, a totalement ignoré la division sexuelle du travail, son évolution dans l'histoire et la manière dont le capitalisme en a tiré profit (C.Marty 2001), parce qu'elle ne renvoie tout au plus et peut être qu'à une « contradiction mineure » qui ne devait pas faire diversion.

La division sexuelle du travail est le corollaire naturel de la représentation sociale du travail des femmes comme simple prolongement de leur fonction reproductive en même temps qu'elle assigne le travail des hommes à la sphère productive.

« .Cette division repose sur deux principes : le principe de la séparation selon lequel il y a des travaux d'hommes et des travaux de femmes, et le principe de hiérarchie selon lequel un travail d'homme vaut plus qu'un travail de femme. »(C. Marty, C. Piganiol-Jacquet 2001). La mise en place de ces principes est elle même une construction sociale et culturelle.

3-2-Chez les néo-classiques

La théorie néo- classique traditionnelle n'a pas accordé plus d'attention au travail des femmes que la théorie classique, cependant les nouvelles théories du salaire à travers lesquelles s'est renouvelée la théorie néo-classique de la répartition, ont servi de cadre théorique d'explication des niveaux de rémunérations attachés aux emplois féminins. Empruntant le cadre d'analyse de la théorie du capital humain, Phelps (1968) et Arrow (1973) en ont développé une version [13] selon laquelle un mécanisme socio-économique de discrimination sur le marché du travail produisait une inégalité inefficace du capital humain.

La première proposition de cette théorie est que les inégalités salariales reposant sur des niveaux de productivité différentes elles mêmes traduisent des différences dans l'investissement éducatif et intellectuel. Cela peut se traduire par le niveau de qualité du service rendu par l'individu ayant consenti d'investir pour acquérir des connaissances générales ou spécifiques, un savoir et une expérience. Plusieurs modèles reliant l'investissement à une qualification et à une rémunération attachée à cette qualification ont été développés tour à tour par Becker (1964) et par Mincer (1975), par Romer (1986) aussi, mais surtout par Lucas (1988) qui ont essayé de cerner le rôle du capital humain. Cette théorie qui était initialement destinée à expliquer les discriminations observées sur le marché du travail à l'encontre de la

13. Le capital humain est défini comme un ensemble de capacités ayant une efficience productive incorporée aux individus ou, défini comme les connaissances générales et spécifiques,le savoir et l'expérience acquis par les individus.

minorité noire- américaine peut s'appliquer à tout autre groupe « dont l'appartenance individuelle est observable par l'employeur » telle que celui des femmes. En substance cette théorie repose sur l'idée que les employeurs anticipent que certains groupes sociaux ont peu de chances d'accéder à une formation ou à un apprentissage de qualité et, que par conséquent ne sont pas suffisamment qualifiés pour occuper des emplois exigeant un capital humain élevé, à la suite de quoi les niveaux de qualification et les motivations des candidats à l'embauche sont mal observés. Les anticipations de départ font que le recrutement des membres de ces groupes (tels que celui des femmes) est souvent le résultat de test exceptionnellement bon, autrement dit la barre est placée plus haut que ça ne l'est pour les autres groupes (tels que celui des hommes). La réaction des groupes discriminés face à ces pratiques, sera de ne consentir un investissement en capital humain que s'ils ont de réelles chances- comprises comme des garanties - d'obtenir un résultat exceptionnel lors d'un test d'embauche. Autrement, les investissements ne sont pas effectués, ce qui validera ex-post les anticipations des employeurs ; et le capital humain de ces groupes sera effectivement inférieur à celui des autres groupes. « L'interaction perverse entre les anticipations des employeurs et les comportements engendrés par ces mêmes anticipations peut produire une inégalité[14] profonde et persistante du capital humain et des emplois obtenus par ces groupes. »[15] (T.Piketty 1997). Reste posée à notre sens, la question de savoir jusqu'où la formation est toujours le résultat des choix des travailleurs seuls. A ce propos Mark Blaug (1992) reproche que « l'insistance de Becker sur la formation comme résultat d'un choix des travailleurs quant à leur profession, semble ignorer les questions complexes d'offre de formation par les entreprises qui ont des marchés internes bien développés. »[16]

Dans le même ordre d'idées est noté « le caractère provoquant de la théorie du capital humain en ce qu'elle impute les disparités de salaires aux seuls choix des salariés. Quand l'entreprise accepte de prendre en charge une formation, c'est elle qui sélectionne les travailleurs qui en bénéficient. » (B. Reynaud 1994). Sur le même registre de la responsabilité de l'entreprise quant à la désignation des rôles et la place q'occupe chaque employé dans l'organisation, la théorie de la segmentation du marché du travail, explique ces comportements de l'entreprise par l'exigence d'adaptation à l'environnement marqué par une compétition féroce : « s'il existe des catégories défavorisées sur le marché du travail (…) peut être ceci doit- il être compris comme un résultat de l'existence d'emplois infériorisés et infériorisants »(Michon, 1976)[17]

14. L'inégalité selon certaines théories sociologiques, peut être le résultat d'un discours dominant, selon lequel les chances d'ascension sociale des membres des groupes défavorisés, finit par les décourager et donc s'auto réaliser.

15. Pi Ketty Thomas (1997), l'économie des inégalités, La découverte Paris.

16. Blaug Mark (1994), La méthodologie économique, 2ième édition, Economica-PARIS

17. Cité par Mahmad Saib Musette inles phénomènes économiquesà l'épreuve du chômage, cahiers du CREAD N°45

La théorie de la segmentation du marché du travail

La théorie du capital humain si elle contribue à expliquer en partie la ségrégation salariale entre les femmes et les hommes, elle demeure insuffisante quant à la justification des différentiels de rémunérations qui persistent. La théorie de la segmentation du marché du travail voulant dépasser l'analyse néo-classique qui traite ce type de marché comme simple déséquilibre temporaire que la mobilité qui caractérise fondamentalement la main d'œuvre aiderait à résorber, cette théorie, sans se départir de la logique néo-classique considère que le marché est compartimenté et que chacun des compartiments fonctionne de telle sorte que les travailleurs se situant sur un marché ne peuvent pas passer sur l'autre. Ce qui traduit le morcellement du marché du travail en segments entre lesquels les cloisons sont étanches, c'est la différenciation des modes de détermination aussi bien de l'emploi que des salaires. Pour chaque segment il se constitue un marché du travail chargé de le fournir en main d'œuvre, alors nous nous trouvons en présence d'un secteur où il y a une offre d'emplois stables à l'abri de la concurrence et bien rémunérés (le secteur primaire), et un secteur secondaire qui n'offre que des emplois instables(et déstabilisés) par la concurrence auxquels ils sont exposés, et des niveaux de salaires faibles. Le secteur primaire renvoie à l'ensemble des grandes entreprises ayant de grands besoins en compétences qui s'adaptent aux technologies en renouvellement continuel, tandis que le secteur secondaire renvoie implicitement à des entreprises de petite taille, à faibles moyens, des opportunités de formation quasi inexistantes et même des rapports de force entre les travailleurs et les employeurs aux dépens des premiers du fait même de l'abondance de la main d'œuvre.

Si ce schéma du double marché du travail que présente cette théorie n'explique toujours pas comment des travailleurs avec les mêmes caractéristiques de formation, d'aptitudes, d'expérience se répartissent-ils entre les deux secteurs, il semble par contre applicable au phénomène de la ségrégation professionnelle entre les femmes et les hommes. Les hommes seraient accueillis dans le secteur des professions masculines nécessitant des qualifications particulières et qui s'exercent dans des conditions de travail contraignantes liées à un certain niveau d'organisation hiérarchique. Les femmes se concentreraient dans le secteur qui n'exige pas de grandes qualifications, où l'offre de main d'œuvre est abondante et donc les rémunérations plus faibles. Tout le raisonnement repose sur un a priori qui réside dans la différence des niveaux de formation à l'avantage des hommes, ce que l'évolution du niveau d'instruction des femmes en amélioration continuelle n'a de cesse de démentir aussi bien dans les pays du nord que dans ceux du sud.

Depuis le début des années 80 l'accumulation des déficits publics et leur corollaire l'expansion de la dette publique couplée à une inflation et un chômage menaçant les équilibres économiques et sociaux, la pensée économique a évolué vers une délégitimation du rôle de l'Etat jugé « inefficace » et « gaspilleur » en même temps

qu'elle réhabilite le « libre marché » en le créditant d'une efficacité absolue. La réhabilitation du « libre marché » passant par la théorisation du « Consensus de Washington » consacre la libre circulation des capitaux et des investissements par la suppression de tout ce qui est ''de nature'' à entraver le libre échange telles que les barrières douanières certes mais aussi le droit du travail, les droits sociaux, le droit de l'environnement...

Le néo libéralisme porté à bout de bras par les institutions internationales ,à savoir le FMI, la BM, ainsi que l'Organisation du Commerce(OMC) a imprégné toutes les politiques économiques initiées par quasiment tous les pays du monde. La libéralisation économique par la déréglementation, accompagnée par un processus de privatisation des espaces qui hébergeaient une activité économique publique a été vécue par les pays du nord comme l'exercice d'une volonté de redistribution des missions entre l'Etat et le marché au profit de ce dernier. Pour les pays du sud, cette transition, s'est souvent opérée par l'application des plans d'ajustement structurel imposés par ces mêmes institutions. La mondialisation a besoin de restreindre le rôle de l'Etat au minimum de ses fonctions régaliennes traditionnelles relevant de la puissance publique, faisant basculer les plus importants des services publics(éducation, santé, eau, énergie...) dans la sphère de l'activité marchande qui ne reconnaît que la demande solvable.

Conclusion :

-Même s'il existe des analystes qui considèrent que la mondialisation peut réduire les inégalités entre les sexes du fait de l'accroissement du taux d'activité des femmes et de l'autonomie qu'elles gagnent en accédant au travail salarié, il se trouve beaucoup plus d'analystes qui insistent sur l'aggravation de l'insécurité économique, sociale, et politique que la mondialisation a engendrée. -Le mouvement de libéralisation des échanges et de restructurations économiques affecte les pays et les secteurs où il y a une main d'œuvre importante dans les activités à forte intensité de main d'œuvre notamment féminine. La fragmentation internationale exigeant de plus en plus de flexibilité, ce sont les femmes qui doivent accepter des emplois instables et vulnérables.

-La mondialisation a contribué au démantèlement de certains pans de la protection sociale où de l'assurance sociale que les modèles sociaux universels associaient à d'importantes dépenses publiques. En effet, la principale manifestation du recul de l'Etat, réside dans la réduction des dépenses publiques, la déréglementation des marchés, dont le marché du travail,

-Les femmes, même si elles sont encore des sujets à faible pouvoir de négociation, travaillent dans le sens d'une remise en cause d'un système statistique construit pour occulter les valeurs fournies par les économies domestiques et qui ont été exclues du produit national brut « en se voyant du même coup denier le droit à la sécurité sociale et à la retraite.

Bibliographie

Anker R, (1997), « Ségrégation professionnelle hommes-femmes : les théories en présence, Revue Internationale du Travail Vol 136 N° 3- Genève

Blaug M. (1994), la méthodologie économique -2ièmè édition Economica, Paris

Bollé P.(1997) « Le travail à temps partiel : liberté ou piège ? Perspectives in Revue Internationale du Travail, Vol 136, n°'4-Genève

Briant P, Loué JF. (2001) «L'emploi industriel, les femmes aussi » SESSI, MINEFI, France

Cahuc P. (1991), «La théorie de la négociation salariale »,Economica, Paris

Carr M, Chen M (2004), «Femmes et hommes face à la mondialisation et à l'exclusion sociale » Revue Internationale du Travail, VOL 143, N°1-2Genève

Cheng L. (2000), « La mondialisation et le travail des femmes », Problèmes économiques, n° 2655

Cooke-Reynolds M, et Zukewich N. (2004) : « La féminisation du marché du travail », tendances sociales canadiennes, statistique Canada- N° 11-008

Dini Richard S. (2004) : « Ségrégation hommes-femmes sur le marché du travail, un choix professionnel ? »Université de Fribourg, Suisse

Freyssinet J. (2002), « La flexibilité permet-elle d'atteindre le plein-emploi ? » in Problèmes économiques n° 2759

G .Gunter B, Van Der Hoeven R, (2004) »La dimension sociale de la mondialisation : analyse bibliographique, in Revue Internationale du Travail,Vol.143, n° 1-2

Hans-Werner,Sinn(2004), Le dilemme de la mondialisation, un point de vue allemand. Problèmes économiques, n°2855

Mahmad Saib Musette (1998), « Les théories économiques à l'épreuve du chômage »,Cahiers du CREAD n° 45

Marty C,Piganiol-Jacquet C, « Femmes et mondialisation »Problématique du groupe thématique d' Attac, juin 2001 Paris

Maruani M. (2000), Travail et Emploi des Femmes, la Découverte, Repères Paris

Ministère de la Justice Canada, « Les inégalités salariales », Examen de la législation sur l'équité salariale. 2005

Nelson J. (1998) : « Travail, sexo-spécificité et dichotomie entre le social et l'économique »Revue internationale du travail, Vol 137, n° 1

Piketty T. (1997), l'économie des inégalités, la Découverte,Repères, Paris

Reynaud B. (1994), les théories du salaire, édition La découverte, Repères. Paris

Robinson, Derek (1998) : « Les rémunérations comparées des hommes et des femmes au niveau des professions » Revue internationale du travail, Vol 137, n°

Zadjela H (1993), «Le dualisme du marché du travail : enjeux, in Economie et prévision n°92-93.

Les ruraux et l'acculturation post-indépendance en Algérie

BENGUERGOURA Chérif
Département de sociologie
Université d'Alger

Avec l'Algérie nous avons un exemple de pays qui a connu tout au long de son existence des rencontres avec d'autres cultures. Dominantes en règle générale, celles-ci s'efforcent de prescrire à chaque fois d'autres usages, préceptes, moeurs, bref de nouvelles normes de conduite.[1] On conçoit aisément que ces occurrences constituent, aux yeux de la population rurale autochtone, une contiguité culturelle brutale, voire violente. Le constat est relevé dans les situations de choc colonial où le heurt des cultures est plutôt abrupt[2]. L'acculturation tourne, dans ces conditions, à la confrontation de l'individu et de son groupe à l'autre qui les pousse à s'intégrer dans sa culture. L'autochtone en vient en même temps à prendre conscience de la nécessité de puiser dans la culture de l'autre autant les moyens de subsister[3] que ceux permettant de vivre sa propre culture.[4] La culture originelle prend là l'allure d'une subculture qui, à l'égard des valeurs dominantes, tend d'ailleurs à fonctionner comme contre culture.[5] Plus que de simples remuements, il en résulte en fait généralement un processus de bouleversement, voire de perte de l'identité culturelle.

1. La culture d'un groupement social comprend, outre les représentations et l'imaginaire, les croyances partagées autant que des savoirs, des usages, des habitudes et des pratiques acquis par l'expérience et transmises à l'intérieur du groupe d'appar-tenance. Or cette transmission se trouve déjà altérée par le simple fait de la présence de la culture de l'autre.

2. Tel est le cas par exemple du duel culturel durant la colonisation française, dont le caractère violent est relaté entre autres par Y. TURIN: Affrontement culturels dans l'Algérie coloniale. Ecoles, médecine, religion, 1830-1880. Paris, éd. Maspéro, 1971. Voir aussi plus récemment M. BOUKHOBZA: Rupture et transformation sociales en Algérie. Alger, éd. opu, vol. I, 1ière partie, 1989, pp 21-124.

3. Des anciens espaces tel le souk, dans le cas du Maghreb, jouent le rôle de carrefour entre les deux cultures en présence. Se développe un langage hybride, né de la nécessité de communiquer entre occupant et dépendant.

4. Voir sur ce point BELLIL R. : Les oasis du Gourara(Sahara algérien). Paris-Louvain, éd. Peeters, 1999, 307 p et entretien dans la presse nationale, quotidien El-Watan du 23 juill. 2008.

5. Est diversifiée en fait la réaction au choc colonial. Elle peut exprimer soit un sentiment d'infériorité(complexe réducteur), soit la voie ouverte au mimétisme soit enfin l'entretien d'une spécificité. Ainsi celle-ci, révélée par la religion, la langue et la culture chez BEN BADIS A.(Réponse à F. ABBES. In Revue Ach-chihab, 1936), renvoie, selon SENGHOR L. S, davantage à la race.(Qu'est-ce que la Négritude?. , Déclaration, 1970)

Il importe de souligner qu'avec l'avènement de l'Etat national[6], ce "voisinage" culturel, loin de se dissiper, continue. Il laisse néanmoins voir un contexte nouveau; celui des rencontres tempérées liées aux actions de dévelop-pement de la situation post-indépendance. La situation de contact est rendue davantage intensive, avec un déploiement de l'action publique dans les divers secteurs. Les options doctrinaires qui inspirent désormais les politiques du nouvel Etat se révèlent salutaires pour les populations jusque là marginalisées. Il reste que les populations rurales, si elles accueillent favorablement l'offre de commodités, ne partagent pas nécessairement une communauté de vision avec le discours de la nouvelle entité politique.

Cessant d'apparaître comme un face à face frontal[7], les conjonctures post-indépendance représentent généralement certes, sur ce plan, un vis-à-vis plutôt modéré, voire prudent. L'agent rural sentira cependant toujours un autre regard peser sur lui. C'est dire que c'est là en fait une situation sociale douée d'une interactivité accrue. Il convient donc de s'appesantir sur le fait interculturel propre au contexte post-colonial. Renvoyant au phénomène des construits collectifs, la notion de culture représente en fait une réalité complexe. Aussi limitons-nous juste à la subjectivité des agents et aux changements qui touchent donc leur attribution du sens aux relations avec les autres. L'examen se borne à comprendre comment se réorganise la sémantique rurale dans le cadre des relations liées à l'activité collective de la production agricole.

Il y a lieu de se demander surtout quel change intervient dans la relation entre les ruraux et l'action, engagée en leur direction, d'un Etat autochtone, doté d'une légitimité sociale et souvent émetteur d'une vision d'avenir. Qu'en est-il de tout ce processus d'acculturation dont le propre est bien de mettre face aux valeurs qui animent aujourd'hui les populations rurales[8], l'action publique opérant plus que jamais comme lieu de diffusion de nouveaux standards? Pour tenter une réponse, il convient de s'attarder bien plus sur la trajectoire de ce contact culturel, en se demandant notamment jusqu'à quel point ce récent parcours des ruraux dans le cas de l'Algérie exclut, voire refoule le contraste culturel qui a prévalu jusque là?

6. L'Etat national constitue une forme d'autorité centrale dont le signe distinctif est d'être un souveraineté issue de la population. On y relèvera également la volonté de récupérer nombre de caractères de l'Etat moderne

7. Cela n'exclut pas pour autant sur le long terme l'émergence de discordes d'ordre culturel. On relèvera la contes-tation « morale » contenue dans le conflit politique et la conflagration apparue dès le début des années 90 en Algérie.

8. Ou peut-être de la population des zones classées rurales.

L'ensemble rural en Algérie, loin de venir, quant à lui, s'aligner sur un quelconque archétypes[9], s'est fait malgré cela à un habitus particulier. Aujourd'hui, le "vieil être maghrébin", ancré à un héritage culturel, se trouve sans doute atténué, voire même rapetissé à une simple fraction de l'ensemble social.[10] De ce dernier, il arrive néanmoins, en dépit des secousses et perturbations antérieures, à faire un legs d'une grande durabilité. Maintenues au milieu de choses qui tombent dans l'oubli, les valeurs conservées sont en fait loin d'empêcher l'histoire rurale d'être une suite d'adaptations.[11]

Aujourd'hui la condition rurale, certes comparativement plus uniforme, se révèle pourtant, par nombre d'aspects, assez diversifiée.[12] Aux différences géographiques[13], se greffent les effets de l'histoire.[14] Il reste que l'examen ne peut intégrer ces

9. Tel par exemple celui de paysan, mode d'existence rurale assez présent dans les zones écologiques tempérées. Pour H. MENDRAS, le fait paysan est une réalité observable davantage en Europe occidentale(Sociétés paysannes. Eléments pour une théorie de la paysannerie. Paris, éd. A. Colin, 1976, 235 p.) Selon le géographe P. GEORGES, les ruraux en Europe occidentale ont durant longtemps formés une classe sociale, comparée souvent au sous-prolétariat d'origine étrangère. Ils sont aujourd'hui, suite à la pénétration des modes de vie urbains, de plus en plus animés par un sentiment de frustration. Cf. Le fait rural à travers le monde. Paris, éd. puf, 1956, 389 p et Sociologie et géographie. Paris, éd. puf, 1966, 215p.

10. Les coutumes, les habitudes, les pratiques, les usages mais aussi les adages propres aux différentes aires rurales subissent aujourd'hui une certaine désarticulation, liée principalement à une dispersion des populations. Si celles déplacées vers les espaces urbains s'évertuent à perpétuer l'héritage transmis, celles restées sur place subissent quant à elles l'emprise du flux du mouvement d'urbanisation.

11. Sans exclure la réalité de constitution au cours de l'histoire d'une personnalité de base, cet héritage correspond à un système de valeurs en édification continue, subissant inévitablement des remodelages au contact des cultures rencontrées.

12. La diversité rurale apparaît au travers au moins les variables de l'espace(population sédentaire, partiellement sédentaire, nomade), de la résidence(populations sur place/déplacée, domicile en zone rurale/en zone urbaine), du lien à la terre(régimes et statuts fonciers) et de la profession(activité agricole/poly activité/non agricole).

13. Pour une part importante, les différentes aires rurales puisent jusque là leurs trais distinctifs dans les conditions géographiques et climatiques(zones arides, semi-arides et tempérées).

14. A la mobilité des communautés se sont greffés de récents mouvements d'émigration qui, prenant l'allure d'un exode chronique, dépeuplent depuis prés de deux siècles les campagnes. Succédant aux actions coloniales, le rush au lendemain de l'indépendance vers les villes et l'insécurité qui affecte plus récemment nombre de régions, accélèrent le mouvement de désertion de l'Algérie rurale. A côté d'un taux de peuplement d'à peine 20 habitants au kilomètre des Hauts-Plateaux et des zones habitables du Sud, nous relevons au Nord un mouvement de descente des sommets montagneux, avec maintien sur les bas espaces immédiats et l'agrandissement des agglomérations rurales(plaines littorales et collines attenantes). Mais c'est une pratique rurale tronquée qui accompagne cet étalement. A l'intérieur des agglomérations urbaines, dans les banlieux et les bourgs limitrophes où elles se sont implantées, les populations essaimées s'attachent à recréer la vie antérieure tout en s'adaptant à de nouvelles règles sociales.

particularités, se limitant à la tendance globale de l'accueil et au traitement campagnards à l'action publique et à ses à répliques. S'agissant de mesures agricoles durant ces dernières décennies en Algérie, il y a lieu de distinguer deux moments, celui lié à l'optique d'un développement autocentré et celui actuel, axé sur la régulation par le marché. L'examen ne présentera là aussi que des éléments encore épars de réflexion, tenant pour l'instant à quelques indices autour du rôle rural, de l'équilibre du statut et des poussées normatives.

Rôle assigné et interprétation rurale

Ressortent invariablement, et quelque soit la nature du contact culturel qui peut imprégner la réalité sociale, deux niveaux d'attentes. Ainsi, au rôle, entendu au sens d'attentes vis-à-vis de l'agent social émanant des autres(individu, groupe, collectivité, institution, organisation), fait écho le statut en tant qu'attentes également, provenant cette fois de l'agent en direction des autres. Réagissant l'un sur l'autre, ces deux plans ne peuvent manquer d'installer les agents ruraux, dans un mouvement incessant de repositionnement social. C'est dans l'influence réciproque de ces deux paliers d'attentes que se situe finalement une part non négligeable des mécanismes du processus interculturel.[15]

En ce qui concerne la première période, la puissance publique, guidée par la perspective socialiste de développement agricole, assigne aux ruraux, sollicitées sur les terres publiques, tout d'abord un rôle de travailleur. Se révèle en fait en arrière-plan la confiance dans le concours du travail rural à la réalisation de l'objectif d'autosuffisance alimentaire, option du moment. C'est en sa qualité de fondé de pouvoir de la nation, reconnue propriétaire de ces terres, que l'Etat national appelle, pour leur mise en culture, au labeur et à la dépense d'énergie de ces ruraux. Le droit de décision attribué dans les textes, étant une prérogative en réalité limitée, voire éclipsée en raison notamment des interférences d'une multitude d'intervenants, ne fait que confirmer, en s'adressant aux ruraux, une attente spécifique de travail d'exécution.

La prescription étatique, durant cette phase, comprend une autre tâche qui a rapport à une fraction seulement de l'ensemble rural. Des plus engagés est attendue en effet une mission d'interface social. Partageant les mêmes valeurs rurales locales, ces derniers s'exercent à recevoir et transmettre à leurs confrères ouvriers les orientations, celles provenant de la hiérarchie administrative. Il faut savoir que la composante rurale, érigée au rang d'artisan de la libération nationale, jouit au lendemain de l'indépendance de toute une reconnaissance sociale. La dette se traduit

15. "L'interaction entre les individus" affirment S. MOSCOVICI et M. HEWSTONE.- De la science au sens com-mun. In Psychologie sociale. S/dir. S. MOSCOVOCI, Paris, puf, 1990, pp 539-566.

par un ensemble de devoirs à la charge du nouvel Etat, honorés sous forme de facilités d'accès et de participation à la gestion publique. C'est ainsi qu'au nombre de ceux jouissant de la légitimité historique est confiée une mission d'animation locale. Procédant de la caution, de la confiance autant que de l'acquit-tement d'un passif, cette mission de mobilisation et de gestion compose l'autre attente étatique à travers laquelle un segment rural se voit de cette façon chargé en titre du rôle de médiateur.

Ce qui importe surtout de relever est que ces missions basculent souvent dans la spirale des prélèvements qui prend, tout au long de cette première période, l'allure d'un véritable mouvement de foule. Surgit au sein de l'espace public un accommodement à une demande toute récente qui fait de l'employé le vecteur d'une offre furtive. L'occupation de travail, chez le travailleur agricole, vient ainsi s'entrelacer avec une action d'offre en direction de tout un entourage. Se dévoile une sorte de conformité à la demande des familiers et tout un voisinage. Prolongée quelquefois en lieu de rétention, la tâche d'animation rurale, tend à se prêter encore d'avantage à cette extension de rôle. Se développe une circulation médiatisée, portant la marque d'un échange personnalisé, où l'actif agricole sur les terres publiques s'impose finalement comme tiers intervenant. La portée du "portier" posé entre le travail hors foyer, le groupe primaire et les flux extérieurs s'élargit de la sorte pour constituer en même temps un pivot entre l'unité collective agricole et les appels des alentours.

Au cours de la deuxième période, le changement de perspective à l'avantage de l'option du libre échange[16] ne peut manquer de pousser au changement dans l'orientation des tâches rurales. Inaugurée en 1987, règlementée en 2000 dans le cadre du plan de développement agricole (PNDA)[17], tranchée enfin récemment avec la loi d'orientation agricole(2008), l'alternative adoptée, ouverte à un éventail rural plus large, représente une réalité plus variée, laissant apparaître au moins trois situations.

- D'abord l'ensemble trié[18] des anciens travailleurs agricoles occupés sur les terres publiques[19], organisés désormais en groupes restreints appelés

16. La transition à l'économie libérale est proclamée dés 1989. Si l'échange marchand ouvert est exploré comme une voie d'insertion à la dynamique de l'économie "mondialisée", ce passage a connu, selon les économistes, plu-sieurs phases, dont celle marquée par l'intervention du FMI(plan d'ajustement structurel(PAS) et rééchelonnement de la dette contractée : 1994-1998). A partir de 1999 sont retenus deux plans de relance économique axés plutôt sur l'investissement étatique.

17. Devenu après 2002 « plan de développement agricole et rural »(PNDAR).

18. Occupés jusque là sur les terres publiques, ces anciens ouvriers agricoles ont du, à cette occasion, se séparer des «travailleurs âgés», relayés néanmoins, dans certains cas, par un descendant direct.

19. Détenant désormais un droit de jouissance perpétuelle, transformé depuis en un droit de concession.

exploitations agricoles collectives(EAC) qui, bien que bénéficiaires à égalité de droits de propriété et de jouissance des membres sur les facteurs de production ne sont rendus responsables qu'à des degrés divers. Tout en délégant à l'un des membres la tâche de gestion, ils ont en effet reconduit l'ancienne division du travail. Dévolue au membre chargé des relations extérieures, cette mission, controversée au début devient tolérée avec l'évolution des groupes en unités plutôt familiale.

- Ensuite une catégorie plus jeune souvent instruite, attirée par le bénéfice des terres publiques se voit coopter directement par l'Etat à la tâche de gérance. Qu'il s'agisse cependant d'exploitations agricoles individuelles revenant à un jeune diplômé(EAI), d'associations d'anciens travailleurs(EAC) ou de groupe de mise en valeur constitués autour d'un jeune dirigeant, égalité des droits d'un côté et opposition entre savoir immédiat/savoir scolaire de l'autre ont un effet cumulatif contrariant sur la tâche de pilotage de l'unité.

- Enfin, depuis l'avènement du "plan national de développement agricole"(PNDA), l'exploitants agricole privé, resté jusque-là souvent tributaire de l'environnement immédiat, est convié à une collaboration pour une mise à jour de l'unité d'exploitation.

Sont présents, au vu des deux facteurs de l'expérience de l'emploi public des travailleurs et de l'intervention familiale, les trois types d'articulation probables : concomitance de l'expérience publique de l'emploi et intrusion familiale(cas I), expérience publique sans ingérence familiale(cas II) et à l'inverse concours familial à l'exclusion de l'expérience publique(cas III).[20]

Pour l'instant il importe davantage de noter que l'agent rural est désormais en général quêté en tant qu'exploitant, responsable de la mise en oeuvre de la structure productive et comptable de ses choix. Celui-ci est dorénavant mis en situation de pouvoir de décision. Chez ce dernier, situé dés lors autrement dans la division du travail, le mobile de la rémunération pour l'exécution du travail s'estompe au profit d'une autre raison, celle du bénéfice tiré du jugement, de l'intervention et du risque. Reflétant en fait, sur le plan global, le passage de l'objectif d'autosuffisance de la collectivité nationale à l'optique de sécurité alimentaire, telle que régentée par les échanges internationaux. Cette seconde assignation vient de fait impliquer l'agent rural, accompagné néanmoins durant la phase de lancement en cours, dans la circulation marchande et la sanction par le marché.

Entraîné dans une nouvelle perspective agricole, l'agent en question se trouve en même temps charrié dans des rationalités incluant offres étatiques de financement et d'accompagnement. Aux yeux de l'Etat quémandeur, il fait figure de responsable en

20. Pour plus d'indications voir tableau en annexe.

phase d'apprentissage, guidé, épaulé et suivi.[21] Les opérations d'intervention extérieure à l'unité d'exploitation, davantage techniques, consistent à suivre l'essor de l'entreprise agricole. Elles rendent de fait inutile, voire improductive, l'action de mobilisation recherchée précédemment. S'imposant dés l'instant comme attente exclusive de l'autorité publique, la conduite de l'exploi-tation agricole orientée vers le marché relègue, voire écarte celle de l'animation.

Cependant, là aussi, la fonction de gestion étant tributaire de l'environnement déployé autour de l'unité agricole, la nouvelle besogne attribuée ne peut manquer d'inclure tout l'arbitrage qui revient à l'agriculteur. Dans son intention d'accéder pleinement au rôle dévolu, ce dernier réclamera de l'Etat une action apte à repousser désormais l'échange personnalisé déployé jusque là. Ce dernier est depuis considéré comme un facteur de coût, de lenteur et d'aléa.[22] L'agent rural sollicité vient de nouveau satisfaire à sa manière la vocation de gestionnaire nouvellement requise. Auparavant assorti tant à l'occupation de travail manuel qu'à la mission d'animation, l'échange médiatisé apparaît à présent comme une contrainte à l'agent rural proposé désormais à une autre charge. Celui-ci s'ajuste au nouveau rôle de gérance en situant les entraves à l'échange marchand anonyme, pour l'effacement desquelles est revendiquée la contribution de la puissance publique.

S'aventurer dans la mission de gestion réclame de l'agent rural de considérer aussi sa relation au groupe parental. Il y a lieu de relever à ce niveau que les rôles proposés au ruraux tout au long de l'ère post-indépendance se découvrent assez suggestifs d'une certaine individualisation. Il est vraisemblable qu'aux yeux d'une partie de la population agricole, particulièrement celle intéressée par les offres du PNDA, incluant la catégorie appelée à se suffire auparavant du seul revenu de travail, les jeunes diplômés et bien d'autres catégories rurales, l'Etat national se présente à présent comme un nouveau partenaire. C'est même en qualité d'associé de rechange qu'il apparaît aux yeux d'une partie des candidats à cette mise à niveau agricole. On peut relever que d'ordinaire, la nouvelle injonction ne vient point délier le membre de son groupe d'appartenance. Il reste que ce dernier se trouve néanmoins assez souvent mis à contribution autrement que par le passé. De moins en moins invité à procurer de la main d'oeuvre[23], le groupe

21. L'autonomie induit certes une vaste responsabilité où, absolument, l'agent rural est requis de répondre de ses actes et de ceux du personnel dont il a la charge. La tâche comporte en fait, en même temps que l'obligation des résultats, le devoir de respect des clauses(de suivi et de délai).

22. C'est là une champ d'échange qui a constitué, particulièrement en première période, un centre d'intérêt pour tous les segments de la population. Il surgit comme vecteur de mobilisation soit dans le sens d'imposition dudit échange soit à l'inverse dans le sens de son atténuation.

23. Des études récentes menées sur des exploitations de statut public-collectif et privé-familial ont montré une préférence, concernant un ensemble de travaux, pour la main extérieure. Voir à ce propos les travaux d'étudiants réalisés dans les régions de Kabylie et du Sahel(mémoires de fin de licence, département de sociologie, Université d'Alger, décennie 1991-2000).

parental est activé plus fréquemment en tant que pourvoyeur additionnel. Il est le plus souvent réclamé au début du contrat d'investissement dans le but de fournir le complément exigé[24] de l'assistance financière publique.

Ce qui importe ici de souligner c'est l'à-côté, voire l'indétermination de l'agent rural quant à son identification au rôle assigné. Nous relevons en effet cette disposition à accomplir la tâche selon une ligne, à chaque fois, assez différente de celle exigée. Le temps de travail abrégé à la limite tolérée, durant la première phase, doit laisser place au temps de prélèvement. Négociée est la responsabilité attribuée en deuxième phase, conditionnée à la fois à l'élargissement de la respon-sabilité publique et à toute une gestion de l'immixtion familiale. L'agent rural interprète en fait son rôle. Ce dernier se trouve en fait transposé dans une logique assez différente de celle prescrite attendue. Il se trouve assumé de façon reconstruite. En fait l'agent rural ré-introduit de cette manière du sens dans les attentes des autres à son égard. Il œuvre à requalifier la place sociale accouplée de la sorte au rôle assigné.

Foyers d'attentes et statut social en équilibre

Convergent ainsi vers l'agent rural une pluralité d'attentes. A l'emboîtement, constitué jusque là par les recommandations advenant des paliers du cercle familial, du lignage, du douar(ou bourg) et du arch, vient se greffer, et peut-être même se substituer, un ensemble plutôt éclaté de foyers d'attentes. L'agent rural se trouve, par les appels émanant à la fois de la parenté, plus récemment de l'Etat et, de l'entourage, lié à des fidélités plurielles.

Si le foyer étatique apparaît comme force motrice quant à l'organisation actuelle des attentes rurales, c'est moins comme opérateur direct (employeur, soutien à l'investissement agricole) qu'en tant que nouveau centre de la récompense. Les ressources, matérielles et/ou immatérielles [25], généralisées et/ou particularisées [26], accordées, en guise de compensation du rôle dévolu, fixent, outre les moyens d'existence, un champ de redéploiement social.(Cf. Schéma I) Siège substantiel de la récompense, l'espace de l'action étatique compose également un lieu d'intervention seconde des ruraux [27], appelés ainsi à re-spéci-fier leurs propres attentes vis-à-vis des autres.

24. Une contribution dite « apport personnel « du candidat à une opération d'investissement du PNDA est exigée en guise d'engagement.

25. On peut en réalité distinguer trois types de ressources: Les espèces et biens allouées à titre de rétribution directe désignent des dotations d'ordre matériel. A cela s'ajoute deux types de ressources davantage immatériels. Aussi avons-nous d'un côté l'appréciation portée par les autres(réputation, prestige, honneur, considération) et de l'autre l'expansion des relations avec d'autres, utile pour le recueil d'informations et, l'ouverture sur d'autres hori-zons.

26. C'est toute la différence entre une récompense étendue à l'ensemble des personnes et celle différenciée au moyen de caractères distincts et selon la personne.

27. Au sens d'intervention dans le fonctionnement et les règles en cours.

Tableau I: Répartition des récompenses selon le type et les foyers d'attentes. (Indicatif de l'existence tendancielle du type de récompense, le signe x est doné ici à titre de comparaison.)

foyer d'attentes type de récompense		foyer Etat	foyer famille	foyer entourage
matériel	immédiat	x		
	différé		x	x
immatériel	considération			x
	relation	x		

Structurante est en effet la dualité qui, durant la première période, singularise le foyer étatique. Au poste de travail se greffe le fait de l'emplacement, comme lieu d'accès rapproché à la distribution administrative des biens. Si du travail, l'agent attend de l'Etat la contrepartie du salaire, de l'emplacement il attend du reste des foyers d'appel une compensation incluant des récompenses matérielle et immatérielle.[28] L'emplacement, en faisant de l'agent occupé un acteur de l'échange personnalisé, donne de fait à l'emploi public son caractère positionnel. A partir de cette posture, l'agent rural redéfinit ses requêtes à la famille [29], comme à l'entourage, devenus demandeurs de sa médiation L'accès à l'aide de l'Etat[30], au cours de la seconde phase, tend à constituer une autre lati-tude apte à inspirer chez l'agent une conduite distincte quant aux attaches parentales.(Cf. Schéma II)

28. Dans ce re-traitement des tâches nous retrouvons celui des attentes de l'agent, s'étendant ainsi aux autres lieux d'appel. L'égard à la parenté recoupe par exemple le respect de ses exhortations plus chez le jeune héri-tier ,assurant la relève de l'exploitation, que chez le jeune rural diplômé, attiré d'emblée par l'aide publique.

29. Faisant presque l'impasse sur le revenu de travail, le groupe familial refaçonne en effet ses sollicitations à l'égard du membre installé une autre condition.

30. A l'accès à l'aide financière et au progrès technique s'ajoute parfois, à travers notamment la récente optique pour la concession et la politique de mise en valeur , des dotations en terre et en eau.

Tableau II: Rangement de la compensation de l'agent rural concerné par les attentes de l'Etat selon la période, le niveau du rôle (posture) et le type de récompense.(La contrepartie espérée est scindée en fractions perçues directement du foyer étudié et parts tirées des autres foyers.)

période	posture	récompense			
		matérielle		immatérielle	
		perçue	tirée	perçue	tirée
I	poste travail	salaire			
	emplacement		profit d'échange		notoriété relations
II	aide externe	finance technique			
	acteur interne		(1)		relations

(1) Seul l'apport dit « personnel » accordé, durant cette période
Par le groupe familial est relevé.

Les inflexions que l'agent rural fait subir au rôle attribué par l'un et l'autre des foyers d'attentes traduisent un exercice d'actualisation de ses propres attentes. Diverses, ces accointances assortissent finalement une marge de façonnage du rang social. L'individu rural, lié en première phase à la norme publique, vient néanmoins se mirer dans le regard de l'entourage.[31] Conforté ensuite par l'aide extérieure, il s'initie à une mise en concurrence des préoccupations familiale et étatique.

C'est situé donc entre divers lieux de sollicitation, anciens et nouveaux, que l'agent est mis dans une perspective de confection de sa place à intérieur du tissu social. Il puise cette faculté de re-qualification de sa particularité sociale en s'adonnant à des réalignements, celles-ci s'effectuant avant tout par conversion des attentes de divers foyers. L'acteur rural se connecte à un foyer tout en éludant sa finalité en vue précisément d'une connexion similaire à un, ou plusieurs, autre lieu d'appel. Chaque conjoncture, à l'échelle de l'agent, tend à fixer plus particu-lièrement par ailleurs la servitude des prétentions d'un foyer aux autres intentions existantes. Ainsi, de l'action de retournement, en première phase, du projet étatique autour des subites sollicitations de l'entourage passons-nous à l'adaptation des visées familiales aux nouvelles prévisions étatiques.

L'agent, en tenant à cet incessant ajustement des appels, s'adonne en réalité à la mise à jour continue de ses propres aspirations. De la « mixtion » de ces convocations surgit, chaque fois, une rallonge des récompenses. Dans ce supplé-ment d'acquisitions se décèlent des ressources de nature diverse. En première phase, l'offre parallèle à

31. Et, partant dans celui de son groupe d'origine, devenu une auréole de cet entourage.

partir de l'espace public, injectant l'agent dans le mouvement de la médiation sociale, majore la rétribution de travail à la fois de rentrées commerciales et d'un fonds relationnel. A l'étape suivante, le partenariat avec l'Etat porte une variation de la situation interne du membre familial agricole, accordant désormais une latitude d'action au sein du groupe parental.

Ce recentrage par extension de ressources participe bien à une restructuration du statut social, mixant chez le même agent plusieurs potentialités. A la ressource, d'ordre matériel, liées à une source initiale d'injonction, s'adjoignent des ressources, simultanément matérielles et matérielles, accordées en compensation par d'autres attentes. Et l'enjeu même des ressources matérielles renvoie en réalité moins au simple apaisement immédiat de besoins qu'à la jouissance d'une position en mesure de traduire une proposition d'offre. Le relationnel et le signe constituent les types de ressources qui comptent en fait bien plus que des ressources nettement matérielles. La rétribution de travail s'étire, tout au long de la première période, du côté des possibilités constituées dans l'arène des attentes de l'entourage.[32] Au parent agricole, le soutien public communique en même temps liberté individuelle et ascendant familial.

Socialisation et emmêlement normatif

Engagé donc dans un emmêlement de points d'appel, l'agent rural se livre, en compagnie d'autres, à un exercice d'accommodement à diverses règles.[33] Expérimentant concurremment d'autres champs de socialisations, il acquiert une latitude d'agir tour à tour sur les appels étatique et familial. Ainsi, sollicité par l'Etat mais partiellement socialisé à cet effet, il reconstruit les règles de conduite, en vue de s'accorder, souvent de manière tout aussi incomplète, aux valeurs des autres appels. C'est mis finalement dans une situation d'incongruité avec les préfé-rences de toutes ces forces d'appel que celui-ci en vient à ambitionner des attributs sociaux. Prenant donc forme dans cette compensation étendue[34], le statut, loin de se ranger aux attentes "novatrices" de l'Etat[35], procède d'une mise en jointure des appels.

Mis en situation d'immersion, l'agent rural, par l'observation, l'imitation autant que par la répétition, vit un processus d'acquisition de pratiques, d'atti-tudes, de

32. L'élargissement en question renferme certes tout le respect et la solidarité de l'auréole parentale.

33. Nous sommes loin de la situation d'une ligne exclusive de socialisation où le rôle, attaché au modèle normatif, définit quasi-exclusivement l'identité sociale, comme tend à l'affirmer LINTON R.:Le fondement culturel de la personnalité.(1945), tr. fr., Paris, éd. Dunod, 1978, 138 p.

34. Le niveau des aspirations se trouve bouleversé dés lors que s'estompent aussi et en même temps l'ancienne distinction d'appartenance parentale et les différenciations attachées à la division contemporaine du travail.

35. Ni celle d'ailleurs des autres forces d'appel.

valeurs et partant d'adoption de références.[36] La règle du jeu se refait à une autre œuvre à accomplir, apte à stimuler un système de relations modifié.[37] Il s'agit néanmoins d'une suite d'expériences particulières. Les normes que s'approprie l'agent rural, durant la 1ière période, régissent un fonctionnement qui, mis à distance des finalités strictes d'un quelconque foyer d'attente, assure l'opportunité d'une pluralité de ressources. La 2éme période renferme quant à elle la confrontation de l'acquis subjectif à une situation modifiée dont le propre est de repositionner diversement les ruraux. Ce qui est intériorisé dans ces expériences de socialisation concerne le rapport à la norme. Chacune de ces initiations, plaçant en usure autant les innovations projetées par l'Etat que les préceptes coutumiers émanant de la famille, instaure un brouillage normatif.

En fait deux moments structurent l'un et l'autre contexte. De l'action d'information sur l'inédit découle celle du traitement de ce même nouveau. Celle-ci aboutit-elle toujours à de l'adjonction à l'ancien ? [38] Présenté sous forme de tableau, le déroulement tout au long des deux périodes montre un processus plutôt discontinu d'acculturation.

36. Le lieu d'emploi constitue en général un des espaces d'apprentissage secondaire, relayant celui primaire(fami-lial et scolaire durant la petite enfance).

37. Nous retrouvons le fait de réagencement négocié de relations qui rappelle certes la construction de l'action collective «à partir d'intérêts individuels parfois contradictoires entre eux» selon CROZIER M.(1965, 1977) ou gouvernée «par les normes que les acteurs inventent de façon continue» pour REYNAUD J. D. (1989). Il reste que le fait se distingue ici déjà par le caractère général de l'enjeu de l'échange.

38. Voir à ce propos Moscovici S. qui, faisant ressortir les deux mécanismes de l'élaboration des représentations sociales, fait intervenir le travail de triage attaché à l'une et l'autre de ces actions. Aussi avons-nous « objectiva-tion»(information, sélection, savoir minima) et «ancrage»(éléments nouveaux agrégés à l'ancien) Cf. La psychologie, son image et son public. Paris, rééd. puf, 1976.

Tableau III : Déroulement de la dynamique de l'acculturation selon le mécanisme et la conjoncture vécue.

épisode mécanisme	conjoncture de l'Etat employeur (première phase)	conjoncture de l'Etat régulateur (deuxième phase)	
fonction	ruraux travailleurs quelque soit la responsabilité de gestion	agent rural chargé de la gestion	anciens travailleurs ruraux sur terres publiquesrestés travailleurs
mécanisme I information	- Evaluent par le sens usuel[39] - Sentiment de curiosité - Constatent des différences - Se forgent à certaines nouvelles catégories - S'amorce l'usage de ces caté gories dans l'appréciation - Remarquent le fait de la dualité (travail/débitant) - Saisissent l'originalité et les opportunités - Héritage culturel rapproché à des éléments nouveaux (travailler/être actif)	Adhésion à la perspective de rénovation de l'exploitation(cas II, III et I)* - Opinion rejetant l'échange triangulaire	- Comparent «avant/ac tuel » - Relèvent des dissem- blances - Prennent connaissance du changement
mécanisme II traitement	-Perception et réponses réorientées -Initiation à des catégories différentes[40]	S'initie à la fois à des catégories nouvelles et à composer(négocier, s'accommoder, faire des concessions)	- Jugent par le sens acquis précédemment - Remarquent le caractère désormais aléatoire de la dualité (travail/débitant) - Appréciation de l'entrelacement intérêts collectif/privé - Sentiment d'une divergence des buts - sentiment de renverse-ment de situation

(*) Soit les cas, apparus en 2ème période, de concomitance de l'expérience publique de l'emploi et intervention fami-liale(cas I), de l'expérience publique sans ingérence familiale(cas II) et de concours familial hors de l'expérience publique(cas III)(Cf. annexes).

39. Ou valeurs usuelles au sen d'héritage normatif déjà traité. Au legs des anciens, constitué à la fois de traditions et de modernité vécue(impact des circonstances inédites vécues à part par chacune des générations précédentes) se greffent en fait de plus en plus les premiers acquis de la présente génération.

40. Voire divergentes des anciennes valeurs tel échange fiduciaire/le don, contrepartie personnelle/compensation collective.

Une lecture sommaire de l'axe des mécanismes fait état d'un traitement discontinu. L'annotation en 1ière période laisse voir un triage de nouvelles catégories.[41] Ces dernières finissent par prendre part aux enseignements pris sur la dimension nouvelle de la main forte de l'Etat national. S'établissent ainsi à ce stade «des images et des liaisons mentales».[42] Elle permettent aux ruraux occupés, par une sorte de sélection de fragments d'acception de discerner les opportunités de la nouvelle situation. En 2ème période en revanche, l'examen, pour nombre d'occupés agricoles, demeure dans l'intervalle exploratoire.

Plus divergent est le mécanisme suivant de l'assemblage. Certes, une progression d'assimilation indique tout au long de la 1ière période, une activité de malaxage. L'agent rural s'attache graduellement à une représentation apte à réorienter l'élaboration des réponses. Des éléments nouveaux et anciens sont récupérés[43] pour déchiffrer la nouveauté de l'action publique. Adoption de normes et révision de la perception sont significatives, au cours de cette conjoncture, d'une représentation où changent finalement les éléments d'appréciation des différentes attentes dont l'agent agricole est destinataire. Prennent naissance des référents propre à constituer l'assise d'une signification restructurée autour des opportunités de l'espace public. D'autres images s'investissent dans le tri des informations. Cette manière de comprendre prend un caractère généralisé. En donnant à lire, chez tous ces ruraux, autrement offres et attentes des différents foyers d'appel, elle révèle tout un changement dans l'assignation du sens.

En revanche, l'initiation à de nouvelles valeurs en 2ème période est d'abord emmêlée. La première séquence d'observation se trouve d'ores et déjà sous l'influence de l'ancrage des éléments de la précédente conjoncture. Ce moment d'exploration se présente en outre de façon variée. La main-d'œuvre agricole se trouve soudainement témoin d'une séparation entre l'agent convié à la tâche de gestion, poussé vers des relations modifiées, et le reste des travailleurs. Multiple est dés lors l'exercice de rattachement à l'acquis d'éléments d'appréciation nouveaux. A coté de la préoccupation d'une gérance rénovée de l'agent gestionnaire se manifeste, chez les autres travailleurs, le maintien des mêmes images, investies dans l'estimation du nouvel appel étatique. Ces derniers, s'en tenant ici à la seule exploration et jugeant la nouvelle conjoncture par le sens acquis précédemment, la boudent. Ils s'en défendent. D'un lieu d'entente, l'unité agricole se transforme en un face-à-face. Quoi qu'il en soit, c'est là un processus qui a déterminé une évolution interactive à l'échelle du lieu d'emploi comme s'attache certes à le montrer assez sommairement le tableau suivant :

41. Après avoir essayé de juger par le sens coutumier.

42. Moscovici S et M. HEWSTONE M. : De la science au sens commun, op.cit, pp 549-563.

43. C'est certainement une récupération selon une sélection spécifique à chaque aire rurale, caractérisée entre autre par le degré de confrontation à la colonisation. A l'échelle de la région algéroise(Mitidja et Sahel) en tout cas l'acti-vité à but lucratif est considéré désormais comme «khedma», terme qui désignait jusqu- là le travail manuel rémunéré.

Tableau IV: Caractéristiques de l'interaction rurale post-indépendance au sein du lieu d'emploi selon la conjoncture, les mécanismes d'acculturation, l'activité de régulation et la direction interactive.

	conjoncture I	conjoncture II
progression de l'acculturation en deux moments	- pour l'ensemble du personnel, un second moment d'approfondissement complète le premier moment d'observation	- second moment confirme des effets divergents - mécanisme d'ancrage, opéré chez une partie, interrompu chez une autre partie.
activité de production/ réégulation	activité de production binaire activité de régulation binaire	unité des activité de production et de régulation
direction de l'interaction	centripète	centrifuge

De la régulation binaire attachée en 1ière période à une activité duale d'exploitation(énergie de travail de production/énergie en vue de l'échange) découle la collusion qui unit l'ensemble des ouvriers agricoles de l'unité agricole. Durant la 2ème période, l'application d'une régulation étrécie à la seule gestion de la production départage le personnel, la préoccupation des anciens ouvriers agricoles étant devenue distinctes de la partie resocialisée à la nouvelle optique(l'agent chargé de la gestion). La greffe de l'échange au travail en 1ière période permet de la sorte à chaque travailleur d'apprendre et d'intégrer la manière d'agir en vigueur dans le collectif conventionnel de travail dont il fait partie, favorisé en cela par les relations extérieures[44] de l'unité agricole.(Cf. figure I)

En 2ème période, l'unité agricole se trouve soumise à l'action de plusieurs groupes où la tâche de gestion situe son mandataire entre deux pôles. Issu assez souvent du groupement des travailleurs[45], ce dernier reste par ailleurs la plupart du temps attaché au groupe familial.(Cf. figure II) Dans cette différence d'expérience[46], l'édification

44. Ces relations, en étayant l'action concomitante d'échange de l'unité, contribuent à l'apprentissage interne.

45. Voir plus loin les différentes situations.

46. A l'actuelle disparité interne à l'unité s'articule en fait la dissimilitude d'expérience à l'échelle sociale, présente dés la 1ière période, qui sépare les positions d'offre et de sollicitation de l'échange furtif. Dans nombre de situation, le recours à l'approvisionnement auprès de cet échange se rapporte à une multitude de biens. Cela n'exclut pas pour autant le fait d'être en même temps, dans un ou plusieurs domaine, en position d'offre. Il reste que la réalité du rapport à cette sphère d'échange souligne le clivage entre la fraction sociale en mesure d'investir, moyennant l'acti-vation de liaisons, nombre de lieux d'offre d'un coté et de l'autre celle à l'inverse tributaire de ces offres.

du bâti culturel se continue dans la dissociation des référents. Le mécanisme de traitement des règles observées, loin de passer par la simple imitation, advient davantage au sein d'une interaction centripète, entre acteurs internes. La vie subjective des divers agents semble finalement passer par les modalités de résolution des oppositions. Le rôle actif de l'agent dans sa socialisation qui, en choisissant ses valeurs parmi celles proposées par la société, en vient même à suspendre la transmission des règles sociales, comme celles portées par les nouvelles attentes étatiques vers les travailleurs.

On relève un mouvement interactif selon lequel la faculté de percevoir, d'ordonner et de se déterminer rencontre des propriétés nouvelles puis les absorbe, entraînant une restructuration de l'état de discernement. Mais en même temps, ce soubassement interactif à la base de l'entraînement à de nouvelles valeurs, en

Figure I : Situation interactive de l'unité d'exploitation durant la première conjoncture

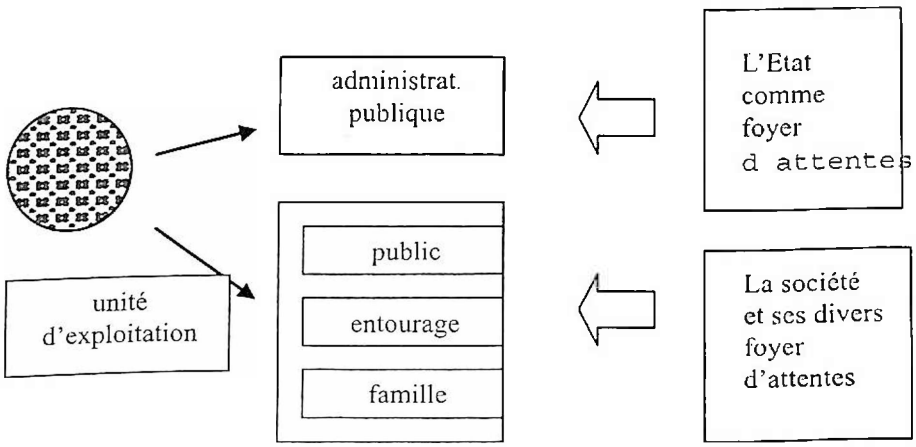
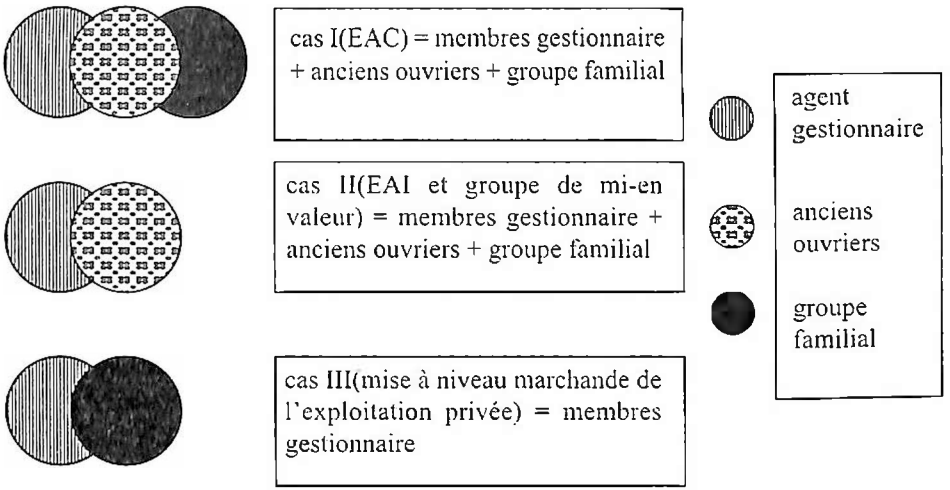


Figure II :Situation interactive de l'unité d'exploitation durant la seconde conjoncture



Evoluant, rend composite l'ancrage normatif. Ainsi s'érige en 2ème période une socialisation en articulation avec la position occupée et l'agir des agents qui, se situant plus diversement par rapport aux appels des différents foyers d'attentes, se font à des lignes d'entendement appelées à appréhender différemment la réalité des relations aux autres. L'unité d'exploitation se démembre en divers protagonistes, créant une situation de cohabitation de valeurs et de sens que l'agent gestionnaire doit régir.

Diversification des acteurs et finalité éclatée de l'unité agricole en 2ème période

En deuxième période, la position du personnel de l'exploitation agricole limitée au rôle de travail d'exécution équivaut à une perte de la capacité antérieure d'échange.[47] et de la qualification sociale qui y est associée. Il s'agit d'une mobilité

47. Avec la politique «d'ouverture», la nécessité du recours à ce marché se fait moins sentir et des pans d'employés de l'espace public s'y trouvent mis à distance, à l'instar des travailleurs agricoles des terres publiques. Certains sec-teurs continuent cependant de jouir de la capacité d'imposition de l'échange subreptice qui, conjuguée à la poursuite de la pratique de revente et à l'inflation importée, contribue à maintenir élevé le coût de la vie. Les servitudes à ce champ d'échange continuent à retenir l'attention, jusqu'à devenir un important levier de mobilisation sociale. Elles motivent en effet de plus en plus des mouvements sociaux et manifestations de rue, notamment sous forme d'émeu-tes. Celles-ci mettent l'accent sur l'autorité publique muée en pouvoir de troc, porteur de «déni de justice» dans les distributions de logements, d'aides publiques, de crédits, d'emplois et aussi de parts de marché.

descendante affectant les deux registres de la distribution matérielle[48] et de la reconnaissance sociale, l'un se trouvant décru, l'autre totalement dissipé. Elle exprime une régression à un état de dépendance de l'échange personnalisé, vécu comme une frustration démotivante.[49] Dessaisis du canal de mixage des ressour-ces, les anciens travailleurs se renforcent en réalité dans les repères voulus dépassés par l'Etat. L'observation n'étant pas suivi d'ancrage au nouveau prototype[50], ne demeurent que les inculcations opérées dans l'expérience précé-dente. La 2ème conjoncture, survenant ainsi au moment où les règles de l'échange furtif se «routinisent», constitue pour ces actifs un parcours de vie en rupture avec la permissivité vis-à-vis des prescriptions de la tutelle.

Toutefois, mis dans une logique d'activation des référents incorporés précédemment, les travailleurs trouvent le ressort d'une résistance[51] dans une sorte le recentrage stratégique hors de l'unité. Avec un revenu additionnel, la pluriactivité se fait une autre version des ressources multiples[52], situant dés lors l'ancien ouvrier à cheval entre occupations interne et externe à l'unité. Retrouvé à la marge, il comble son «khass meksoum 'ala zoudj»(revenu divisé par 2». La notion «el-khedma»(mise au travail), concurrencée un moment par la pratique échangiste, regagne l'entendement tout en subissant une variation. L'admission des relations liées à l'échange informel opère comme compréhension qui conduit toute la vision portée sur la réalité de la nouvelle position. Cette sémantique ne peut manquer de légitimer et, partant, à réinstaurer l'effacement des frontières entre vie interne/vie externe de l'unité. La perspective de l'exercice concomitant et de fusion de ressources habite le travailleur agricole. Présent à l'unité, il ne se fond pas dans le moule de son nouveau fonctionnement. Il ne fait que s'y accommoder. Il est sur la marge.

Le groupe familial, se retrouvant immanquablement dans une mixité sociale, rassemble quant à lui des membres échangistes réguliers et occasionnels ainsi que des membres dépendants de ces flux. A la différence des travailleurs contradictoirement débranchés de cette circulation et attachés à la subjectivité qui lui est liée, l'entité familiale adopte la contiguïté des échanges. Portant en héritage à la fois legs

48. Cela concerne autant la hiérarchisation formelle que la différenciation sociale concrète, établie autour de l'iné-gal accès aux emplacements par rapport aux distributions.

49. Une sensation de «diète» est ressentie notamment chez les anciens ouvriers sur terres publiques(cas I).

50. Le nouveau credo de fonctionnement de l'unité agricole connaît dans le cas I une désaffection.

51. Ces anciens travailleurs se trouvent subitement glissés dans une double résistance à l'érosion du revenu de travail et au rétrécissement de la chaîne des relations d'interconnaissance.

52. Observée certes auparavant au niveau des différentes aires rurales, la pluriactivité pratiquée de nos jours est caractérisée par la prépondérance de l'occupation indépendante dont l'exercice de l'activité de revente.

traditionnel et expérience de la précédente conjoncture, la parenté s'atta-che à inscrire désormais sa solidarité autant dans l'échange interne(calcul et mesure des services en retour) que dans l'optique des raccordements extérieurs. «Er'djel berdjelhoum»(Les hommes valent par leur entourage) tend à prendre aujourd'hui plus le sens d'entrelacement centrifuge. La jonction à des connexions étant devenu le cadre usité de l'action sociale, le ménage isolé, sans attaches, est indubitablement fragilisé dans son quotidien.[53] Seuls les ensembles familiaux, engagés souvent dans des activités économiques intégrées, se ressoudent en des ensembles disséminés de points de relais.[54]

Et, déployant en général une stratégie de gestion du patrimoine, d'affectation des membres et de captage de ressources extérieures, ces familles tendent à traiter dans une perspective différente l'exploitation agricole.[55] Celle-ci est considérée habituellement comme la mise en œuvre d'une activité économique, offrant en même temps de l'emploi(cas I et III) pour d'autres membres. Avec l'offensive étatique de la 2ème période, l'entité familiale mise au goût de la captation de ressources, se trouve dans un dilemme, considérant l'unité d'un côté comme support d'accès à l'attribution de fonds de l'aide publique et de l'autre comme vecteur d'une action allogène concurrente.

Elle ne peut manquer néanmoins d'œuvrer à se constituer en point de rencontre d'apports des différents membres et se retrouve dans des combinaisons(activités privées, fonctions publiques, animation partisane). Portant désormais en héritage le principe de l'échange et du réseau, elle s'applique à pénétrer les chaînes de relations qui lient les instances ayant pouvoir d'autorité et marge d'action. Son affluence interne y est rendue plus importante. Paradoxalement l'assistance étatique renforce l'accompagnement familial dont les liens solidaires avec le membre gestionnaire

53. Cela n'exclut pas la liaison à des segments parentaux qui ne disposent cependant que de frêles réseaux, au deçà de leurs besoins.

54. Il y a lieu de considérer certes, outre les disparités proprement agricoles, la différence de situation familiale entre les oasiens du grand Sud fraîchement urbanisés, les transhumants agro-pastoraux des Hauts plateaux poussés à la sédentarité, les campagnards encore plus mobiles des plaines, piémonts et montagnes du Tell au Nord. Les mêmes types d'espaces peuvent par ailleurs vivre des évolutions différentes. C'est le cas des populations agro-pastorales des hauteurs de l'Ouarsenis, du Dahra et des élévations d'Annaba devenues plus dispersées comparées au populations des montagnes de la Kabylie ayant au contraire gardé leurs structures et leurs repères et même souvent maintenu le contrôle social sur les membres.

55. Constitutif de l'environnement immédiat de l'activité agricole, la réalité parentale rurale incarne souvent une instance de régulation de l'économie familiale. Aussi inscrit dans une répartition des charges, le membre exploitant voit son pouvoir de décision limité, en ce qui concerne notamment les choix d'ordre stratégique. C'est ordinairement le cas de l'exploitants privé sollicité dans le cadre du PNDA(cas III). Distincte est la situation des jeunes agri-culteurs installés de fraîche date comme gestionnaire exploitant(cas I et II relevant des phases 1987-1999 et 1999-2008).

agricole changent cependant de contenu. Poussé à composer un relais d'une dissémination à travers le champ des emplacements[56], ce dernier se trouve bien plus suspendu à la parenté.

L'agent gestionnaire, mis dans un besoin de travail, est amené à composer avec les anciens travailleurs agrippé au postulat de la mixtion des ressources. L'impératif de soutien quant à lui comblé désormais à partir de deux sources(Etat/famille), induit néanmoins aussitôt un ancrage plutôt remuant à l'entraide parentale. Réclamé pour une échappée d'individuation, le mandataire agricole reste en réalité ancré à une gestion communautaire.[57] Elastique est cependant l'attachement au groupement d'appartenance, tour à tour sollicité et esquivé. Celui-ci, en se rendant accessible aux attentes du membre exploitant[58], encourage d'intégrer son projet. Il peut néanmoins selon la situation ne l'englober que partiellement.(cas II et I) L'agent reste à l'enjeu d'organisation et de mise au travail inscrit dans les nouvelles attentes étatiques qui n'intéressent en fait que partiellement les deux autres acteurs.

L'unité agricole s'installe dans un mode de fonctionnement où la tâche du gérant ne cesse en réalité de se remanier en s'accoutumant aux rôles révisés des autres intervenants.[59] Les adaptations réalisées tacitement deux à deux(travailleurs/gestionnaire, famille/membre-gérant agricole) rythment la marche de l'exploitation. Recentrée vers l'intérieur, l'action interactive laisse voir tout le sens monnayé engagé dans les relations. L'agrégation des intérêts internes s'opère suivant des modalités diffuses, transcendant, tout comme en première période, les procédures formelles d'organisation. Un compromis finit par s'instaurer entre l'urgence chez les travailleurs de ressources additives, l'exigence pour le groupe familial d'une zone externe d'influence et la nécessité pour le gestionnaire de présenter des résultats. L'unité agricole fonctionne en 2ème période avec des normes croisées. L'activité collective agricole, guidée certes par une régulation étatique, se réorganise sous l'effet de l'action d'un rattrapage rural adhérant de plus en plus à d'autres valeurs.

56. Maillage extra familial autorisant bénéfice de distributions matérielles et fonds relationnel, les relations personnelles et familiales étant devenues un mode compensatoire d'accès aux prestations.

57. C'est fortement ancrés dans la communauté parentale que les ruraux accueillent les sollicitations extérieurs. Et en beaucoup d'autres occasions, des membres parents ont été tenté ou même pris effectivement de la distance à l'égard de leur groupe d'appartenance sans toutefois réellement s'exiler de ce dernier. L'attachement peut parfois se limiter à garder un certain souvenir des ancêtres. Néanmoins, le divorce avec les normes, lorsqu'il existe, n'inclut que rarement celui avec les valeurs de solidarité.

58. Mais aussi aux aspirations des autres membres.

59. Assurer une portion du revenu et jouir de l'aide publique étant les préoccupations respectives de l'un et de l'autre de ces intervenants.

La seconde période intègre de la sorte les particularités de première période. Retirée certes du domaine des nécessités premières de la vie quotidienne, la cohabitation des deux sphères d'échange liée à cette ère se poursuit. A côté de l'échange majoré, direct et immédiat dont on attend d'être payé en espèces continue celui différé selon lequel, moyennant une offre, est suggéré, un troc ajourné. Anonyme et prenant les contours de la revente[60], le premier s'impose dans les mœurs. Dans le second, geste personnalisé d'offre sélective de services visant davantage les faveurs d'une zone d'influence[61], la disposition de fonds relationnels acquiert une valeur échangeable. C'est un mécanisme bien rodé à présent où le retour, renvoyé à plus tard, opère en tant que procédé engageant l'autre[62] dans une sorte de traité de partage.[63]

Constituant de plus en plus une matière de transaction, biens, services et relations acquièrent une valeur fondamentalement marchande, échangeable dans des flux manifestes et discrets. Apparaît un mode de comportement dont les codes, en vertu de contraintes intériorisées, se structurent en une orientation normative. Le point de vue se modifie. Dans la perception des agents se trouve une nouvelle signification des relations. C'est vivre une réalité mêlée où polarisation et émiettement établissent désormais la position sociale. L'opposition «houma»(eux)/ »inta oua na»(toi et moi) inclut les énonciations telles « la, hedha ya'rafni(Non, celui-ci me connaît) et «'andi ouahed ya'ref ouahed»(J'ai quelqu'un qui connaît quelqu'un). Tour à tour sont ainsi exhibés dissension autour de l'échange direct et bénéfice occasionnel tiré momentanément d'une zone d'influence.[64]

Les actions proposant de suppléer au temps et, partant, à l'énergie et à l'incertitude liées à l'accès aux moyens d'existence, acquièrent une valeur d'échange. Et c'est à travers l'aptitude de transfert hors secteur de ressources publiques que l'utilité sociale incarnant tous ces concours évolue en un attribut majeur du nouveau statut social.

60. En fait s'est modifiée en 2ème période la façon de disposer du bien à échanger. L'échange triangulaire en 1ière période est réfréné au profit de l'approvisionnement au marché. Soit la cession contre de l'argent de biens précé-demment achetés. Installé dans la légalité du fait admis, l'essor de la revente prend en réalité plusieurs figures allant du commerce de biens tolérés au négoce de produits prohibés en passant par la prise de biens d'autrui. Voler pour échanger s'affilie, à l'instar des autres aptitudes de monnayer, à la pratique de la revente.

61. Ou seulement se limiter à entrer en relation avec l'occupant d'une fonction jugée importante.

62. Soit l'obligation du preneur vis-à-vis du donneur à qui revient l'initiative de la transaction suggérée.

63. Le fait d'être dans le circuit de cet échange permet, pour un nombre de biens et de services, d'éviter d'abord à soi de subir les majorations de prix de l'échange direct. Intercéder de façon sélective pour les éviter ensuite à d'au-tres permet en retour de jouir de jonctions avec les entrelacements locaux notamment.

64. Il s'agit bien souvent d'un accès de courte durée à d'une zone d'influence par personne interposée engagée dans un échange différé.

Approprié pour répondre à nombre de besoins, elle est admise comme un avantage échangeable. Nous retrouvons en creux l'intériorisation des règles de tout un enchaînement régulateur des flux.[65] Un échange de signes s'exerce dés lors en langage de communication. C'est à la fois dans le développement d'un fonds relationnel, devenu la rétribution la plus prisée, et dans l'agilité d'assignation de sens, donnant à lire autrement les relations, que s'inscrit en effet socialement l'action de réinterprétation du rôle au sein de l'espace d'emploi public.

L'apprentissage d'une éthique contrastée

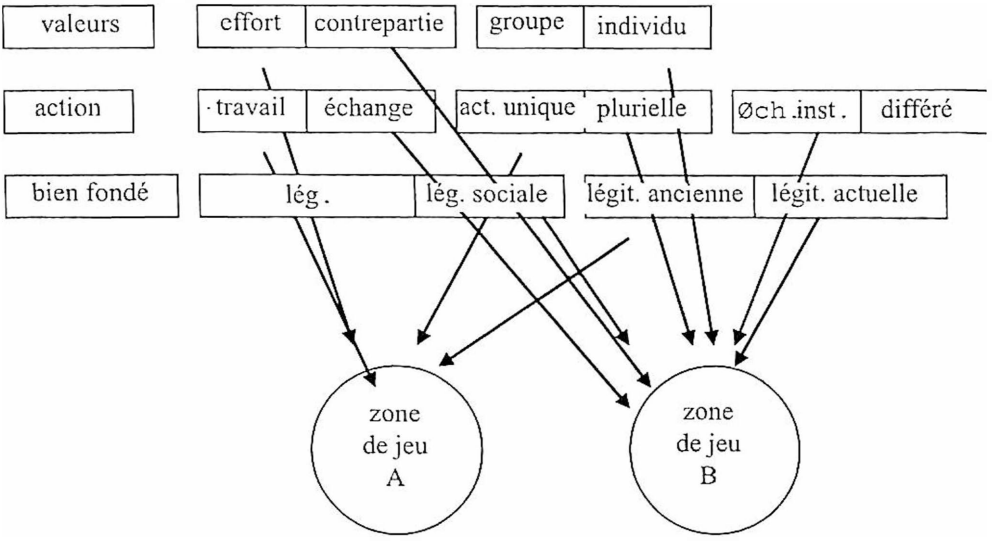
La seconde période, qui condense l'apprentissage acquis tout au long des deux conjonctures, laisse déjà voir une inculcation de la dualité. .[66] Celle-ci se révèle autant au niveau de la perception(valeur morale de l'effort/ référent de la contrepartie, vertu du groupe/portée individuelle) que de l'action(énergie de travail/effort mercantile, activité unique/polyactivité de survie/pluriactivité de promotion, échange instantané, échange différé, travail interne/activité externe). Elle caractérise même la façon de faire reconnaître comme fondé l'action(légalité règlementaire/sociale-familiale, légitimité ancienne/actuelle). L'agent rural se familiarise à des mouvements d'oscillation.[67] Moyennant un ajustage, il tend à se situer en permanence dans une zone de jeu particulière(voir figure III).

65. Les espaces de déploiement comme les biens et services objet de translations évoluent selon les différent périodes.

66. Le comportement double est observé durant les situations précédentes d'acculturation. «Les attitudes rurales relèvent moins de l'obéissance qu'à un jeu avec les règles coloniales de production» relèvent BOURDIEU P., DARBEL A., RIVET J. P. et SEIBEL C. : Travail et travailleurs en Algérie. Paris-la Haye, éd. Mouton, 1963. Mais en fait faut-il voir dans cette ruse, visiblement exutoire donné par l'histoire plus qu'un trait culturel, une prédisposition héritées de la période coloniale ou bien l'effet des apprentissages plus antérieurs?

67. Le rôle, débordant la tâche enjointe par ouverture à d'autres appels, apparaît bien comme une réponse ambi-valente.

Figure III: Schéma représentant les niveaux de la vie quotidienne des agents ruraux selon leur usage pratique en zone de jeu.



Chaque zone de jeu appelle à des règles distinctes du jeu interactif et mobilise des atouts différents. On est envoyé à un style communicatif où l'échange de signes tend à se glisser dans des moulages oscillants. Dans les différents niveaux que sont les préférences, l'action et les légitimités sociales, les préceptes se substituent l'un à l'autre. Ils s'emboîtent en vue de s'accorder sur une option d'estimation des faits. Ce concours fonde en fait la légitimité de la norme par laquelle s'institue une logique d'action. S'attachant à une norme, tel comportement se détourne en fait d'une autre norme. L'action de diversifier des ressources éloi-gne de l'investissement dans le travail. C'est en définitive toute l'adaptation des repères à la variance d'un échange qui accole impersonnalité des relations et relations personnelles.

Ces ondulations qui se justifient de ce fait en une sorte d'éthique commune expose inévitablement au déphasage. La dissimilitude englobe à la fois les aspects successifs de l'action publique(conjonctures I et II) et l'oscillation du fonction-nement de l'espace d'emploi(manifeste/furtif). Nous retrouvons dans celle-ci toute la variation de la manière d'agir du personnel (travailleur/échangiste, travail inter-ne/activité externe).[68] Davantage les agents investissent dans ces allers-retours, davantage se développe une accoutumance à ces décalages. Inscrite de plus dans une hétérogénéité

68. Le décalage concerne, par nombre d'aspects, les agents sociaux en général. Il se révèle plus intimement dans le vécu de l'existence quotidienne marquée par la discordance entre la rémunération de travail et un coût de la vie indexé sur le cours du récent galbe d'échange.

sociale porteuse d'une disparité normative[69], cette interactivité ne peut qu'accentuer ces contrastes. Fréquente est en effet la relation entre agents situés dans des zones de jeu différentes, l'une et l'autre optant pour un parti norma-tif et légitimant divergent. Chacune de ces zones appelle à des règles distinctes de l'éventail des signes[70]

Se révèle ainsi la façon dont les individus apprennent durant ces deux épisodes les rôles dans la société et les règles qui régissent leur comportement vis-à-vis des autres. Il s'avère indispensable en tout cas de distinguer entre le contenu des attentes de l'un et l'autre des foyers de sollicitation dont le nouvel Etat d'un côté et de l'autre la part endossée par l'agent sollicité, à travers le rôle par lequel il se distingue. Les gratifications, dont celle notamment d'être porteur d'une utilité sociale[71], tirées de l'affiliation partielle à chacun de ces foyers fournit les éléments d'un profil interactif dont le propre est d'être précisément un vecteur prépondérant de socialisation. C'est bien à ce niveau que se reconstruit la cognition sociale où les ruraux viennent puiser les éléments de leur perception, de leurs référents et les présupposés par lesquels désormais ils fondent leurs actions. Soit par conséquent la façon dont l'agent rural motive son comportement et évalue celui d'autrui autant qu'il juge les événements de son existence.[72]

Oscillation normative et implication rurale

Les ruraux disposent dés lors d'autres images pour appréhender leurs situations présente et future. La vie quotidienne, marquée par ce moule d'échange, prédispose à ces représentations, opérant somme toute comme références appartenant à l'inconscient collectif. Les relations entre les agents se trouvent ainsi reconstruites à ces représentations. On notera que pour les ruraux, l'accolement à ces valeurs constitue le canal d'intégration sociale. C'est au prix de l'éveil à cet aménagement normatif et de l'intrusion dans ces mécanismes qu'ils engrènent les rouages de la promotion sociale. Cette conformation rebâtit l'agent rural en l'installant dans des dualité normatives. Porté par une impulsion de l'individu libre et responsable[73], celui-ci éprouve néanmoins le besoin de s'affilier à des solida-rités, prospérant plus comme essaims d'emplacements.

69. Les acteurs engagés dans l'échange acquièrent, à la différence des autres, le code permettant de repérer à cha-que fois le sens des règles en cours. Un code inégalement digéré conduit à des enchaînements désaccordés des com-portements, opposant injonctions explicites et normes tacites.

70. Le registre non verbal(gestuelle, posture, regard, ton) s'ajoutant à l'échange verbal.

71. Utilité sociale procurant à son titulaire capacité d'échange et reconnaissance sociale.

72. S'ajoutent dans cette ligne d'acception les schémas qu'il projette dans l'avenir.

73. Pour partiel qu'il est, cet élan d'individuation est loin de se situer dans le prolongement des politiques publiques et du régime juridique où l'on y décèle certes l'injonction à agir comme individu affranchi de ses appartenances.

S'agissant moins de prescriptions d'un système de valeurs unique et stable[74] que d'un rattachement aux règles d'un «mode de liaison social» fluctuant[75], cette situation interculturelle accoutume au voisinage normatif, propre à faire balancer l'individu dans divers sens. L'agent rural, disposant dés lors d'une matrice normative mobilisable, s'adonne à une requalification en permanence de la relation avec les autres. Se fait jour un référentiel composite où différentes figures fonctionnent par relâche et reprise, permettant, grâce à des zones de jeu. Celles-ci opèrent comme autant de modèles épisodiques[76], relayant des acceptions parfois incompatibles. Aussi devient-il important pour les ruraux, jadis restreints à la seule règle communautaire, de développer des aptitudes à discerner le type de jeu en cours et de mobiliser le répertoire de comportement adéquat.

En réalité, partageant le même modèle, les ruraux ne partage pas le même vécu. Il se retrouvent dans une société composite dont la différenciation se recompose autour du critère social discriminant de la capacité d'échange furtif qui bénéficie à la partie de la société pour laquelle il constitue l'investissement de base d'une accumulation de ressources.[77] Aussi, par delà le caractère ambivalent du statut social à cheval sur plusieurs horizons d'attentes, les normes qui servent de guides injectent de la variété liée en premier au positionnement par rapport à ce moule d'échange régulateur des flux. Le standard normatif est activé selon des inflexions particulières, au degré que lui permet le rapprochement de l'action d'échange furtif.

De plus, avec cette nouvelle orientation normative, l'agent rural se retrouve avec une sorte de réserve de règles. L'assise culturelle inclut désormais une pluralité de segments éthiques. Aux canons familiers, s'ajoute, en parallèle d'exhortations plus récentes, l'archétype contracté durant les dernières expé-riences. L'agent rural se trouve plus que jamais avec plusieurs plis incorporés. L'éthique léguée des anciens, rendue improductive et, partant inopportune, se détache assurément des valeurs ambiantes. Elle cesse d'être de première importance mais survit. Les valeurs transmises ne sont pas rendues obsolètes. L'ensemble de ces registres est appelé en réalité à alterner et même à s'emboîter. Alternent dans la pratique valeurs employées comme argument de l'action efficace et valeurs utilisées comme refuge. Consacrées, les valeurs accordées aux besoins du moment, invoquées à côté de celles agréant jusque là les liaisons anciennes, installent de fait dans un déphasage éthique.

74. Au sens de dogme culturel relevé dans la région de la Kabylie en Algérie par BOURDIEU P. : Le sens pratique. Paris, éd. de Minuit, 1980, 475 p.

75. Selon l'expression utilisée par Gurvitch. Cf. La vocation actuelle de la sociologie. Paris, rééd. puf, col. Bibliothèque de sociologie contemporaine, 2001.

76. Ainsi à l'instar des autres fractions sociales, les ruraux en même temps revendiquent le confort et inclinent au retour vers les valeurs du mode de vie antérieur.

77. Et dont le caractère échangeable procure un effet multiplicateur.

Le quotidien fait exister la fécondation d'une sémantique où toute une agrégation de valeurs convie à un entendement plutôt fuyant. Suspendue certes au récent standard de conduite, devenue au fil du temps discipline sociale, les ruraux, à l'instar de l'ensemble social, se révèlent eux aussi porteurs d'un complexe de renvois dont le propre est de disposer d'une kyrielle de modèles d'être.

Conclusion

Les ruraux s'élancent au lendemain de l'indépendance dans de nouvelles trajectoires. Commencés dés la première conjoncture, marquée par l'émergence de l'appel du nouvel Etat national, ces parcours se dispersent aussitôt qu'une révision de perspective vient, lors d'une seconde conjoncture, redéfinir la mission de ce dernier. C'est articulé certes à cette action étatique que l'ensemble social en question vivra une acculturation qui cependant, loin d'être le résultat d'un contact entre groupes porteurs de cultures différentes[78], apparaît davantage comme un processus inventif endogène. Nous retrouvons à la fois la part individuelle de répliques originales et celle de l'imitation des tentatives des autres. La modification post-indépendance de l'héritage culturel rural résulte finalement moins d'un face-à-face que d'une dynamique d'intégration sociale propre à dédoubler la relation des agents avec les différents institutions. Une hybridation culturelle s'implante. Elle constitue désormais le cadre normatif par lequel l'agent social, de façon générale, ressent ses rapports à toutes ces instances, anciennes(famille, exploitation agricole) et récentes(Etat).

L'acquisition de ces nouvelles valeurs implique néanmoins en même temps l'existence d'un groupe dominant auquel les ruraux empruntent ses modèles normatifs. L'effet d'imposition procède cependant moins en vertu du rapport de force politique. Il ne renvoie non plus ni au fait démographie, ni même à un quelconque degré d'évolution technologique. L'incidence de ce groupe s'effectue plus par la nécessité pour le reste de la population d'une lutte sociale faite à la fois d'évitement de la dépendance infligée vis-à-vis de la médiation de l'échange furtif et de réalisation du «et-tayouil»(l'immanquable d'une vie réussie).[79] C'est dire finalement que cette restructuration des valeurs fait partie des construits collectifs. Et du fait du caractère concomitant de la construction des relations sociales et de leur sémantique, la fluidité de la réalité sociale tend à se retrouver dans des polyvalences normatives.

78. Soit une progression par apport d'un groupe à l'autre.

79. Il devient d'ailleurs même aisé de discerner dans cette expression l'idée de réussite sociale.

Bibliographie

-CROZIER M. : Le phénomène bureaucratique. Paris, rééd. Seuil, col ; Points, 1971.

-FRIEDBERG E. : L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective. Paris, éd. Seuil, col. Sociologie politique, 1977 ? 437p.

REYNAUD J. D. : Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale. Paris, éd. A. Colin, 1989.

MOSCOVICI S. : La psychanalyse, son image et son public. Paris, rééd. puf, 1976.

JODELET D. : Les représentations sociales. Paris, éd. puf, 1989.

Annexes

Tableau n° 1 : Répartition des exploitants agricoles bénéficiaires selon la situation juridique et les facteurs d'expérience de l'emploi public et de l'intervention familiale.

	expérience publique des travailleurs	valeur	intervention familiale	valeur
situation I : anciens travailleurs sur terre publique	l'ensemble des travailleurs	xx	assez présente	x
situation II : équipe autour d'un jeune sur terre publique	une partie des travailleurs	x	absente	-
situation III : exploitant privé	aucun	-	très présente	xx

المجلة الجزائرية

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

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

- **هيئة التحرير :**
السيدات والسادة : فركوس دليلة، عميمر نعيمة، بن حمودة لياس، حماد
الهاشمي، خوري عمر، محمدي سليمان، أحمية سليمان، محمد الأمي
بوسومة، الشريف صالح باي، محمد لعساكر، غاوتي بن ملحة، عمر سع
الله، عمر وزاهي، عبد الرحمن ملزي، محمدي فريدة.

- **المسؤولون السابقون للمجلة الجزائرية :**
السادة : أ. محيو، ن. الشيخ، ح. برشيش، ن. تركي، ع. عوابدي، ت. بوساحي
أ. فخار، ع. زوينة، م. ابراهيمي، ت. بن عامر، ح. بن شنيتي، م.ن. بوغزال
مزيان غزالي، أحمد خروى، وليد العقون، عبد المجيد زعلاني.

- **العنوان :** كلية الحقوق – بن عكنون – الجزائر

الهاتف : 89 76 93 021
جامعة الجزائر 02 شارع ديدوش مراد – الجزائر –
البريد الإلكتروني : revalgscj@yahoo.fr

- **الطبع، التوزيع، الاشتراك :**

المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية
مكتبة مديابوك 26–27 شارع احمد زبانة الجزائر العاصمة
الهاتف : 13 33 74 021

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

جامعة الجزائر

كلية الحقوق

المجلة

الجزائرية

للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية

الفهرس

د. عميمر نعيمة

دور اللجان الوطنية للقانون الدولي الإنساني..... 7

أ .د . بن عامر تونسي

الدور الجديد لمجلس حقوق الإنسان.....45

أ . د. رابحي أحسن

مرجعية تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية.....71

أ . عجة الجيلالي

الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال.....87

د. شوقي بنّاسي

مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04/02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.....141

أ . قاسم العيد عبد القادر

تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية.....197

د. عبد الفتاح تقية

عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....213

د. أعمر يحياوي

التمييز الإيجابي والشريعة الإسلامية.....231

د. خلفي علي

د. خليل عبد القادر

قياس الفساد وتحليل ميكانيزمات مكافحته - دراسة اقتصادية حول الجزائر.....243

د. عبد القادر البقيرات

التعاون الأمني الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة.....267

أ. وسيلة شابو

قمع الإرهاب النووي على ضوء إتفاقية 14 سبتمبر2005.....281

أ. ناصر مراد

متطلبات نجاح إتفاق الشراكة الأوروجزائري.....299

د. نقادي حفيظ

مراقبة الهاتف.....311

د. فتيحة يوسف

بطاقات الوفاء كوسيلة للدفع الالكتروني.....327

أ. عكة عبد الغني

التنمية في البلدان العربية النفطية في ظل قواعد العولمة.....345

د. بن الزين محمد الأمين

أسس جريمة الإبادة الجماعية في القانون الدولي الجنائي.....379

أ. نبالي فطة

المجلس الدستوري والحق في المساواة.....393

د. عمر خوري

مناقشة: السياسة العقابية في الجزائر.....413

دور اللجان الوطنية للقانون الدولي الإنساني

بقلم الأستاذة / د. عميمر نعيمة

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق ـ ابن عكنون

جامعة الجزائر

مقـــدمة

تعددت الوسائل و الآليات من أجل تنفيذ قواعد القانون الدولي العام، و فضلا عن ذلك فإن تنوع هذه الآليات أدت إلى ظهورها على المستوى الدولي و على المستوى الوطني بشكل مطرد و متكامل و متوافق أحيانا.

إن مثل هذا التعدد أدى إلى إنشاء مجموعة من اللجان العاملة في مجال القانون الدولي من أجل ترقيته وتنفيذه و الرقابة على احترامه.

و إذا كانت اللجنة الدولية للصليب الأحمر من أقدم الأجهزة عملا و نشاطا في إطار القانون فإن لجانا أخرى وجدت النور في فترات متفاوتة و بعضها الآخر ظهرت في فترات قريبة مع ظهور الحاجة ماسة على إيجاد وسائل من أجل توسيع نشر القانون الدولي الإنساني و من أجل ضمان احترامه، لذلك برزت إلى الوجود لجنة مؤهلة للتحقيق في انتهاكات القانون الدولي الإنساني بالإضافة إلى لجان وطنية استشارية مكلّفة من طرف سلطات الدولة بالعمل في مجال الاستشارة و التعاون في إطار القانون الدولي الإنساني.

و نحن و ضمن هذا الموضوع سنتعرض على أهم ما يميّز هذه اللجان الوطنية من حيث المبادئ التي تقوم عليها و من حيث طرق عملها و علاقاتها بالمجتمع الدولي والمحلي و سائر الأجهزة الدولية و الوطنية العاملة في نفس النهج و الهدف.

فتكون دراستنا منصبة أولا على اللجان الدولية الخاصة بالقانون الدولي الإنساني، ثم سنتعرض إلى اللجان الوطنية المعنية بنفس الموضوع.

- أولا : الأجهزة الدولية لتنفيذ القانون الدولي الإنساني

نرجع في الموضوع إلى الأجهزة الدولية التي تعمل في إطار القانون الدولي الإنساني من حيث الإشراف على تنفيذ قواعده و توسيع نطاق تطبيقه على مستوى الدول بالإضافة على التعرّض إلى عمل مختلف الأجهزة الدولية التي تشرف على القانون الدولي الإنساني.

إن أهم هذه الأجهزة تظهر في شكل لجان ذات اختصاصات مختلفة.

I- اللجنة الدولية للصليب الأحمر (أو الهلال الأحمر) :[1]

1. النشأة : ظهرت اللجنة لأوّل مرة باسم اللجنة الدولية لإغاثة الجرحى مشكلة من أربعة أعضاء، بالإضافة إلى مؤسسها هنري دونان السويسري سنة 1863 [2]، وبعدها وفي سنة 1867 أصبح يطلق عليها اسم اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

---

1 - التقابل حول اللجنة الدولية للصليب الأحمر، فرانسواز بوشيه سوليفييه، القاموس العملي للقانون الدولي الإنساني، دار العلم للملايين، باريس، 2000، ص340 و ما يليها.

2 - و أما بالنسبة لفكرة إنشاء هذه الهيئة فإنها تولدت عند صاحبها و هو في إيطاليا سنة 1859 في إطار وجوده بإيطاليا واشتباكات عنيفة بين الجيش النمساوي و الفرنسي.

و عند عودة دونان إلى بلده سويسرا قام بنشاطات أهمها كتابه الذي دعا فيه إلى تشكيل جمعيات إغاثة في وقت السلم والاعتراف بالمتطوعين دوليا في شكل اتفاقية دولية.

أما بالنسبة للجنة فقد أنشئت في البداية كجمعية خيرية أطلق عليها اسم جمعية جنيف للمنفعة العامة، ثم بعدها اللجنة الدولية لإغاثة الجرحى على أن أصبحت تسمى باللجنة الدولية للصليب الأحمر، و في نفس سنة الإنشاء عام 1863 انعقد أوّل مؤتمر بجنيف حضره ممثلي 16 دولة و أربع جمعيات إنسانية حيث تم فيه اعتماد الشارة المميزة للصليب الأحمر على خلفية بيضاء و هي مقلوب العلم السويسري.

و لإضفاء الطابع الدولي للجنة و خدماتها و أهدافها، عقدت الحكومة السويسرية مؤتمرا دبلوماسيا في جنيف سنة 1864 بمشاركة ممثلي 12 دولة حينها تم اعتماد اتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى الجيوش في الميدان، و هي بمثابة أوّ معاهدة في القانون الإنساني.

- التفاصيل : تعرّف على اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ICRC جنيف 2005، ص 4 و ما يليها.

تعتبر اللجنة منظمة وطنية سويسرية تربطها علاقات مع مختلف الدول، خاصة الدول التي صادقت على اتفاقيات جنيف لعام 1949، و البروتوكولين الإضافيين لسنة 1977.

فهي منظمة مستقلة و محايدة تعمل عن طريق تبرعات الأشخاص و الجمعيات الوطنية و التبرعات الخاصة المختلفة، كما تموّلها الدول الخاصة في إطار ميزانيتها الاستثنائية، بينما تعتمد في تمويلها العادي و ميزانيتها العادية في غالبيتها على تمويل الحكومة السويسرية.

و من أهم مميزات هذه المنظمة الوطنية مقارنة بغيرها من المنظمات الوطنية هي أنها تمنحها منظمة الأمم المتحدة مركز المراقب منذ سنة 1990، كما أنها تبن أخبارها ونشاطاتها في إطار إذاعتها الخاصة عن طريق موافقة عن الاتحاد الدولي للاتصالات اللاسلكية.

تعمل المنظمة عن طريق جهازها العام، و هي الجمعية العامة للجنة بالإضافة على الإشراف على نشاطاتها المختلفة.

كما تتصرف اللجنة في إطار قانونها الخاص و نظامها الداخلي بالإضافة إلى تحديد مهامها عن طريق اتفاقيات جنيف التي توجد علاقة كاملة بينها و بين اللجنة طبقا للنظام الأساسي لهذه الأخيرة لسنة 1979، والمعدل سنة 1998 بعد دخول البروتوكولين النفاذ.

2. مهام اللجنة : تقوم اللجنة بالعديد من المهام في الدول المختلفة و ذلك عن طريق حماية ضحايا الحرب والنزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي و غير الدولي، وذلك بتطبيقها لاتفاقيات جنيف و البروتوكولين بالإضافة إلى أنها تشرف على تطبق هذه الاتفاقيات في إطار الدول المختلفة.

و من مهام اللجنة تلقي الشكاوي بشأن الانتهاكات الخاصة بالقانون الدولي الإنساني والاتفاقيات المنظمة له.

يبقى أن مهام اللجنة مكرسة أكثر في مجال إنشاء و تطوير القانون الدولي الإنساني وهي المهمة التي أنشئت من أجلها أصلا ثم تبلور تكريسها للقانون الدولي الإنساني في إطار نشره و تفسيره و العمل على توسيع نطاقه بين الدول.

و تعتبر مهامها الأخرى ذات طبيعة وقائية عن طريق مشاركتها الجمعيات الوطنية للصليب أو الهلال الأحمر في مجال الإغاثة هذه العمليات خاصة إذا كانت الجمعية غير قادرة على مباشرة مهامها[3].

ـ مساهمات و نشاطات اللجنة:

ساهمت اللجنة في صياغة نصوص القانون الدولي الإنساني على الصعيد الدولي.

كما أنها تساهم في تطبيق هذه القواعد داخل الدول عن طريق التدخل مباشرة كهيئة محايدة لدى هذه الدول.

و تعمل اللجنة على نشر القانون الدولي الإنساني بين الدول و تعزيز تطبيقه وتطويره.

3 ـ يمكن الاعتماد في مجال مهام اللجنة الدولية للصليب الأحمر على : ديفيد ديلابرا، اللجنة الدولية للصليب الأحمر و القانون الدولي الإنساني، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، تحرير شريف ..... ICRC القاهرة، سنة 2005، ص 151 و ما يليها.

كما يمكن تقديم هذه المعلومات في إطار مهام اللجنة الدولية للصليب الأحمر: يعتبر عملها ذا طابع دولي رغم نشأتها الوطنية السويسرية، حيث أن للمنظمة بعثات و وفود خارج نطاق الجمعيات الوطنية للصليب أو الهلال الأحمر في أكثر من 80 دولة.

كما يعمل ضمن هذه البعثات أكثر من 11 ألف موظف من مواطني الدول التي تعمل معها بالإضافة على 800 شخص يعملون في مقرها في جنيف.

تقوم اللجنة بإرسال بعثات ميدانية إلى الدول فرادى أو جماعة في حالة البعثات الإقليمية و تباشر هذه البعثات العديد من المهام من حماية و مساعدة في حالة النزاع المسلح أو العنف بالإضافة على عملها الوقائي و التعاوني مع جمعيات الصليب أو الهلال الأحمر الوطنية في مجال العمل الإنساني و الدبلوماسية الإنسانية.

و للجنة مهام استقصائية أو في إطار البحث عن النقاط المهددة للإنسانية و الاستجابة السريعة في التدخل و التعاون والإغاثة.

تعمل اللجنة في إطار القانون الدولي الإنساني و ذلك من خلال اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949و البروتوكولين الإضافيين لعام 1977 بالإضافة على اتفاقية جنيف الأولى لسنة 1864 الخاصة بالجرحى و المرضى.

و للجنة حقوقا خاصة حددتها اتفاقيات جنيف و البروتوكولين الإضافيين و ذلك عن طريق ممارستها داخل الدول سواء عن طريق التفويض الخاص أو التفويض الإنساني الحصري أو التفويض الإنساني العام، حيث يتضمن الأول نشاطات ميدانية داخل الدول كزيارة أماكن الاعتقال و مراقبة تنفيذ الاتفاقيات أو جمع شمل الأسر و البحث عن المفقودين.

أما النوع الثاني أو التفويض الإنساني الحصري و ذلك على سبيل المثال عن طريق مشاركة الدول في المفاوضات بالوسائل الدبلوماسية من أجل إطلاق سراح أسرى الحرب.

و عن التفويض الإنساني العام و هو الخاص بحق اللجنة كغيرها من الهيئات العاملة في المجال الإنساني المحايد بالقيام بعمليات الإغاثة و الحماية في إطار الحروب والنزاعات و تقديم المساعدات إلى المرضى و الجرحى المدنيين و بقية الأشخاص المحميين.

غير أنه و أمام كل هذه المهام الملقاة على عاتق اللجنة، فيمكن القول أن عملها يرتبط بتطبيق الاتفاقيات و رعايتها، لذلك عن طريق الإشراف على التطبيق و تشجيعه دون أن يصل دورها إلى حدّ الضمان لأنها ليست ملزمة بضمان التطبيق الذي يرجع في الأخير إلى الدول الأعضاء و التي صادقت على الاتفاقيات.

3. وسائل عمل اللجنة لمساعد الدول في تنفيذ القانون الدولي الإنساني.

تقوم اللجنة بعملها عن طريق المصالح الاستشارية التي أنشأتها سنة 1996 [4].

و تهدف من وراء هذه الأقسام إلى تشجيع الدول في التصديق على الاتفاقيات وتطبيق الدول للقواعد الإنسانية على المستوى الداخلي (الاتفاقيات).

4 - Services consultatifs du droit international humanitaire.

و يتم تحقيق هذه الأهداف عن طريق وحدة مرتبطة بالدائرة القانونية للجنة بجنيف مشكلة من مسؤول و 3 مستشارين قانونيين متخصصين في أنظمة القانون المدني والقانون الأنجلوسكسوني، و الثالث يقوم بإدارة الأقسام و الخدمات الاستشارية.

هذا بالإضافة إلى اعتماد اللجنة الدولية على فريق من الحقوقيين و القانونيين متواجدين في مختلف الأقاليم الجغرافية (القارات).

بالنسبة للمصالح الاستشارية فهي تقوم بالتعاون مع الحكومات و الأخذ في الاعتبار الظروف و الحاجيات الخصوصية لهذه الدول بالإضافة إلى أنظمتها السياسية والقانونية، و في إطار هذا التعاون تتصل المصالح بفئات الشعب المختلفة و الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر، و كذا المؤسسات الجامعية و مقرات المنظمات الدولية والإقليمية.

و يقوم عمل هذه الأجهزة الاستشارية على أساس اجتماعات الخبراء و تنظيم ملتقيات وطنية و جهوية من أجل تنفيذ القانون الدولي الإنساني بالإضافة على تقديم استشارات خبرة في مواضيع معينة.

كما تقدم هذه المصالح تعاونها التقني و القانوني من أجل إدماج القانون الإنساني ضمن القوانين الوطنية و المساعدة على ترجمة الاتفاقيات و تحقيق الدراسات حول ملائمة قواعد القانون الإنساني مع القوانين الوطنية.

و تشجع خذه الأجهزة الدول في مجال تطوير و تنفيذ القانون الإنساني و في تبادل المعلومات حوله و تسيير مجمل نصوصه و تجميعها وطنيا و دوليا.

و تقوم على المستوى الدولي بنشر الوثائق المتخصصة كالاتفاقيات و مواضيعها وتقارير مختلف خبراء المصالح الاستشارية [5].

5 - les services consultatifs en droit international humanitaire.
http://www.icrc.ch/web/fre/sitefreo.nsf/htmlall/section.

II- اللجنة الدولية الاستشارية لتقصي الحقائق:

إذا كانت اللجنة الدولية للصليب الأحمر تقوم بالمساعدات و الإغاثة و تطوير القانون الدولي الإنساني فإن لجنة تقصي الحقائق تضطلع بمهام التتبع و التحقيق في مجال خرق قواعد القانون الدولي الإنساني.

و تعمل هذه اللجنة من أجل احترام القانون الدولي الإنساني و عدم تعرضه لانتهاكات خطيرة، ذلك لأن مباشرة التحقيق قد يتم أيضا عن طريق وسائل أخرى غير دولية كالتحقيقات الإدارية التي تقوم بها أجهزة داخلية، أو لجان خاصة، كما يتم التحقيق عن طريق وسائل تقليدية مثل الصحافة و التحريات البوليسية أو الخاصة، و تبقى الوسيلة الأنجح والأهم من حيث النتائج مرتبطة بتحقيق لجنة دولية مهمتها تقصي الحقائق فيما يتعلق بانتهاكات القانون الدولي الإنساني.

1. النشأة :

يرجع تاريخ إنشاء اللجنة الدولية لتقصي الحقائق إلى البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977، و إلى مادته 90 التي تدعو إلى إنشاء هذه اللجنة كجهاز إضافي لمهمات اتفاقيات جنيف لسنة 1949و التي تنص على الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

و بعد موافقة 20 دولة كنصاب لتشكيل اللجنة و قبول اختصاصها تم ذلك فعلا بتأسيسها لسنة 1991، حيث أصبحت فيما بعد 65 دولة قابلة لاختصاصها في فترة سنوات 2003.

تتكون اللجنة من خمسة عشر عضوا لا يمثلون أي طرف و ينتخبون من قبل الدول التي اعترضت و قبلت باختصاص اللجنة.

و يتصف هؤلاء الأعضاء بالمكانة العالية من حيث السمعة و الأخلاق و الكفاءة وعدم الانحياز و الحياد، ينتخبون لمدة خمس سنوات بعد قبولهم اختصاص اللجنة وانتخابهم

من الدول من قائمة تقدمها هذه الدول الأعضاء و الموافقة حيث ترشح كل دولة شخصية واحدة.

عملت اللجنة منذ نشأتها عن طريق الأعضاء الذين يكونون الرئيس و ثلاث نواب للرئيس و بقية الأعضاء في شكل دورات حيث تم انتخاب أولها سنة 1991، و الثانية سنة 1996 و الثالثة عمل في سنة 1999.

و يلاحظ في نشاط اللجنة أنها لم تتلق أي طلب من الدول التي قبلت باختصاصها لحدّ الآن.

2. الصلاحيات و الوظائف [6]:

تباشر اللجنة صلاحياتها بتفويض خاص بالتحقيق في الانتهاكات الجسيمة والخطيرة للقانون الدولي الإنساني طبقا لاتفاقيات جنيف و البروتوكول الإضافي الدولي.

أما وظائفها فتتلخص في وظيفتين :

- **مباشرة التحقيق :** و تعطي هذه الصلاحية للجنة الحق في مباشرة التحقيق في أية دولة قبلت باختصاصها حتى و إن لم يكن هناك انتهاك جسيم للقانون الدولي الإنساني، فالتحقيق آلية دولية تخضع لها كل الدول على أساس احترامها للقانون الدولي الإنساني بمجرد قبول اختصاصها من أطراف النزاع أو أنها وفي مرة واحدة و بصورة نهائية تقر هذه الدول بحكم الواقع و بدون اتفاق مسبق بسلطة اللجنة في التحقيق في ادعاءات تقدمها دولة طرف أخرى تقبل نفس الاحترام، و بالتالي لا تلزم اللجنة هنا طلب موافقة الدول عندما تبدأ التحقيق.

كما يمكن لطرف أن يطلب التحقيق في نزاع حتى و إن لم تعترف به علانية دول أخرى.

6 - الرجوع في التفاصيل: القاموس العملي للقانون الإنساني، مرجع سابق، ص 472.

- سير و كيفيات التحقيق : تقوم اللجنة بالتحقيق في أية واقعة يفترض أنها تشكل خرقا للقانون الدولي الإنساني طبقا لاتفاقيات جنيف و البروتوكول الإضافي الأول.

كما تتخذ اللجنة طريقة للتحقيق عن طرق تقديم حلولها و مساعيها المجمدة، وتتولى التحقيق هيئة من اللجنة لا ينتمي أعضائها إلى الدولة المعنية بالتحقيق، تقوم هذه اللجنة بجمع الأدلة و البحث عليها و التعليق عليها أو رفض بعضها.

و بعدها تقدم الهيئة تقريرها إلى الأطراف مع التوصيات و ذلك لحين قبول الدول وتنفيذ التوصيات أو رفضها تقوم اللجنة بنشر نتائج التحقيق.

تدفع الدول الطالبة التحقيق نفقاته و تعوض عن طريق الدولة المسؤولة و صاحبة الادعاء ضدها و مع ذلك تتجنب الدول طلب التحقيق من اللجنة، و قد تقوم المنظمات غير الحكومية بإحالة قضايا إلى اللجنة مباشرة للتحقيق فيها.

و يعدّ هذا الواقع نقطة سلبية في مجهودات اللجنة لأنها لم تحقق بعد هدفها في الإنشاء خاصة أن الدول حتى و إن كانت أطرافا في قبول اختصاصها إلاّ أنها تلجأ إلى وسائل تحقيق خاصة أو داخلية أو دبلوماسية.

III- دور المصالح الاستشارية في إنشاء اللجان الوطنية:

تعمل هذه الأقسام أو المصالح على تشجيع الدول و دفعها إلى إقامة لجان وطنية مكلفة بتنفيذ القانون الدولي الإنساني و تحقيقه كما تساعد و تؤيّد السلطات في مهامها هذه.

1. عمل المصالح الاستشارية الدولية :

تعتبر هذه الأقسام أهم وسيلة من أجل تنفيذ القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني، و يتم تحقيق هذا الهدف على الصعيد الوطني من خلال تقديمها للدول مجموعة من البطاقات Fiches التقنية أو الملفات الإعلامية في مجالات تخص القانون الدولي

الإنساني ويتمثل هدفها في التعويض بهذا القانون للجميع مع فهم قواعده و العمل على نخاذ تدابير وطنية من أجل تنفيذه، و عندما يكون الموضوع هاما و أساسيا تقوم هذه الجهات بتحضير ملفات إعلامية متخصصة.

2 . أهم البطاقات التقنية :

يمكن الإشارة إلى بعض هذه الوثائق التقنية ـ Fiches Techniques ـ التي جاءت بها المصالح الاستشارية التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر:

ـ الوثيقة التقنية الخاصة بتنفيذ القانون الدولي الإنساني و على من يقوم التنفيذ وما هي تدابيره لسنة 2003.

ـ البطاقة التقنية المتعلقة بالتمييز بين القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان من حيث نقاط التشابه و الاختلاف لسنة 2003.

ـ البطاقة المتعلقة بدور الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر في مجال القانون الدولي الإنساني و مبادئه لسنة 2003.

ـ البطاقة الخاصة بمضمون اتفاقيات جنيف 1949 و ما تحمله من واجبات على الدول و قواعد قانونية لسنة 2003.

ـ البطاقة الخاصة باتفاقية 1954 بخصوص حماية الممتلكات الثقافية في وقت النزاعات المسلحة و كيفية تطبيقها في الدول، و واجبات الدول اتجاهها لسنة 2002.

ـ و هناك وثائق خاصة بمعاهدات 1972 حول منح استخدام الأسلحة البكتيرية لسنة 2003، و اتفاقية سنة 1976 حول منع استخدام وسائل لتغيير السنة و الخاصة بواجبات الدول في هذا المجال و اتفاقية1993 حول منع استخدام الأسلحة الكيماوية.

كما أصدرت هذه المصالح بطاقة تقنية خاصة باللجان الوطنية لتنفيذ القانون الدولي الإنساني سنة 2003. توضح فيها الأهداف الواجب تحقيقها من طرف هذه اللجان الوطنية وكذا الوظائف الموكولة لها و تشكيلها، و دائما و في مجال عملها مع القانون الوطني

أصدرت بطاقة إلكترونية خاصة باللجان الوطنية تحدد الأهداف و مضمون ملتقيات هذه اللجان.

كما يمكن الإشارة إلى البطاقة التي تتضمن المعطيات المعلوماتية حول التدابير الوطنية لتنفيذ القانون الدولي الإنساني لسنة 2004.

أما فيما يتعلق بتحضيرها للملفات الخاصة، فقد قامت هذه المصالح بتحضير ملف إعلامي خاص بالتشريع الوطني المتعلق بالقانون الدولي الإنساني سنة 2001، و تذكر ملفا إعلاميا و توثيقيا خاصة بالمكافحة الوطنية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني و ذلك من خلال واجب العقاب في المواد الجنائية و إدخال العقوبة في التشريعات الوطنية الجزائية والاختصاص الجنائي الدولي العالمي في مجال جرائم الحرب و عدم التقادم أو العفو ومسؤولية القادة و الإجرائية الجزائية و التعاون في مجال التسليم و المساعدة القضائية في المسائل الجزائية [7].

ـ ثانيا : اللجان الوطنية (مبادئ خاصة بنظامها الأساسي و بمهامها)

I ـ النظام الأساسي للجان الوطنية:

1 . الهيكلة و التشكيلة :

ترتبط تشكيلة اللجان الوطنية بمهمة تنفيذ القانون الدولي الإنساني و بالتالي فهي من اختصاص السلطة التنفيذية للدولة، و نظامها الداخلي و هيكلة أجهزتها مرتبطة بالنظم والأحكام الدستورية و الأنظمة الإجرائية في الدولة المعنية باللجنة.

و ما دام أن تنفيذ القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني هو من الضرورات الدائمة لذلك يستوجب إنشاء هيئة تسمح بضمان تحقيق هذا التنفيذ والاستمرارية في المهام.

---

7 ـ يمكن الرجوع إلى تفاصيل حول هذه الوثائق التقنية عن طريق الموقع الالكتروني :

- Mise en ?uvre du droit international humanitaire, Fiches techniques et dossiers d?information. http://www.icrc.ch/web/fre/sitefreo.nsf/htmlall/advisory..

2. الصلاحيات و الاختصاصات :

تهتم هذه اللجان بمهام ترقية القانون الدولي الإنساني، و تقديم المشورة و الخبرة حول مواضيعه و إيجاد التنسيق بين أجهزة الدولة و تنفيذ قواعده.

و يبقى أن اختصاص هذه اللجنة و تشكيلها مرتبط بالنصوص التنظيمية، و من خلال الصلاحيات والسلطات الممنوحة للجنة، سوف تتمكن هذه الأخيرة من مباشرة المهام :

- في مجال ترقية و تشجيع التصديق و الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الإنساني و في مجال التقييم، يمكنها دراسة و تقييم وضعية التشريعات الوطنية و مدى ملائمتها الاتفاقيات الدولية.

و في مجال الاقتراح يمكن للجنة أن تقدم آراء استشارية لتنفيذ القانون الإنساني ومن أجل اعتماد تشريعات مناسبة أو إجراءات تنظيمية بالإضافة إلى تدابير خاصة بالتكوين وتقييم موظفين متخصصين و للجنة أن تتابع تنفيذ توصيات و ملخصاتها.

و لها أيضا أن تقوم بتأييد المعنيين بنفس الأهداف و التنسيق و الربط بين نشاطاتها متخصصين الوزارات المختلفة عن طريق التعاون معها.

و في مجال الاستشارة لها أن تقدم النصيحة لكل المعنيين.

و تقوم أيضا بنشر المعلومات و التعريف بالقانون الدولي الإنساني.

3. التكوين العضوي للجنة الوطنية :

يجب الأخذ في الحسبان عند تكوينها ضرورة تمثيلها و احتوائها على ممثلين وبشروط هي :

- تمثيلها لكل الأطراف المعنية ضمن سلطات الدولة التنفيذية التشريعية والقضائية مع توفر الاختصاصات المطلوبة فيهم.

- تمثيلها للجمعيات الوطنية للصليب أو الهلال الأحمر : و ذلك عن طريق مشاركتهم لنشاط اللجنة نظرا للدور الممنوح لهذه الجمعيات في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني و كذا نظرا لتخصصاتها و خبراتها في هذا المجال.

- و تمثيل الخبراء أيضا عن طريق استشارتهم أو مشاركتهم في أشغالها كالحقوقيين و الأطباء و الأساتذة الجامعيين و العسكريين و ممثلي المجتمع المدني غير الحكومية والمهنية

II- طرق عمل اللجان الوطنية:

1. الأسس التي تعتمد عليها في العمل :

تعتمد اللجان الوطنية في عملها على مجموعة من الأسس يجب إتباعها :

- الاستمرارية و النظامية : في انشغالها حيث يجب أن تكون مسايرة للتطور والتغير في مجال القانون الدولي الإنساني من حيث المتابعة و التنظيم.

- المنهجية في عملها : عن طريق تحديد و تعيين طريقة منهجية في العمل مع إقامة جدول عمل دوري بالميادين و المواضيع الواجبة المتابعة و الدراسة.

- متابعة العمل بأشكال مختلفة : اجتماعات دورية عامة : لجان فرعية، ممثلين بذواتهم.

- تقديم تقرير عن العمل في كل مرة و دوريا إلى الحكومة و بقية الجهات عن مستوى ما وصلت إليه اللجنة و ما يجب أن تقوم به.

- التمتع و التصرّف بكل وسائل العمل البشرية و المالية و المادية.

2. مجالات التعاون و أطرافها :

و ذلك لأجل أهداف أهمها :

- تحقيق التعاون و تبادل المعلومات.

- الإعلام و نشر المعلومات خاصة بالنسبة للمصالح الاستشارية الدولية والحكومية.

- إيجاد مجالات للقاء و التبادل بين الوطنية إقليميا أو محليا [8].

8 - للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى الموقع :

- http://www.icrc.org/web/fre/sitefreo.

- Principes relatifs au statut et au fonctionnement des organes nationaux pour le droit international humanitaire, le 30/05/1998.

ـ ثالثا : تنظيم اللجان الوطنية ضمن الأقسام الاستشارية

I ـ أهم الأحكام الخاصة باللجان الوطنية:

1 . طبيعتها :

تعتبر اللجان الوطنية أجهزة استشارية للسلطات العامة للدولة، هدفها ترقية القانون الدولي الإنساني في تسهيل تحقيقه و تنفيذه و العمل على ذلك، و تتمثل مهامها في نشره على كل المستويات.

كما تقيم هذه اللجان لقاءات تشاور بينها من أجل التنسيق و التكامل و قد تم أوّل اجتماع عالمي لهذه اللجان في جنيف في مارس 2002.

و تم إنشاء نظام و عمل هذه اللجان في اجتماع الخبراء حول اللجان و بقية الأجهزة الوطنية العاملة في إطار القانون الدولي الإنساني بجنيف بين 23 و 25 أكتوبر 1996 وبمشاركة المصالح الاستشارية التابعة إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

و قد انتهى هذا الاجتماع باعتماد مذكرة خاصة باللجان الوطنية في وثقة تحت عنوان "المبادئ المتعلقة بنظام و عمل الأجهزة الوطنية من أجل القانون الدولي الإنساني" و التي أصبحت فيما بعد تسمى "بالمبادئ المسيرة"، و التي تهدف إلى مساعدة الدول التي تريد إنشاء مثل هذه الأجهزة الوطنية مع العمل على التنسيق بين مختلف الأجهزة العاملة في هذا المجال (جمعيات الهلال أو الصليب، اللجان البرلمانية و اللجان الوطنية).

و تهدف هذه الوثيقة إلى تبيان طرق عمل اللجنة الوطنية عن طريق أمثلة نموذجية مع نصائح حول عمل و تنظيم و وسائل العمل و النشر و الإعلام بين هذه اللجان.

2 . تشكيلة اللجان الوطنية :

تعتبر هذه اللجان أجهزة جماعية و بالتالي فإن فعاليتها تتوقف على الأعضاء المشكلين لها، لذلك يجب أن تتصرف في إطار أشخاص متخصصين في أماكنهم ويتمتعون بالقدرة المعرفية و الإرادية في العمل بالإضافة إلى الذية والتخصص والتجربة و التفرغ للمهنة.

ـ **ضمان مشاركة ممثلين** عن كل الوزارات المعنية بالقانون الدولي الإنساني، وأهمها هي وزارة الشؤون الخارجية التي يجب أن تكون طرفا رئيسيا في اللجنة بالإضافة إلى وزارات العدل و الدفاع، ذلك لأن هذه الأخيرة عليها أن تشارك في العمل بجانب الهيئات المدنية و تضاف مشاركة وزارات الثقافة و الصحة و التربية الداخلية طبعا.

و بالإضافة إلى هذه الهيئات الممثلة للسلطة و الحكومة يتوجب مشاركة ممثلي المجتمع المدني للصليب أو الهلال الأحمر مثل الجمعيات.

وللإشارة فإن المذكرة أو الوثيقة لم تحدد الجهة المشرفة على اللجنة فقد تجب الإشارة إلى ضرورة ربطها بالجهة الأكثر نشاطا و مسؤولية و تحملا للقانون الدولي الإنساني سواء كانت وزارة أو جمعية ما دام أنها أكثرها ارتباطا في هذا المجال.

و هناك يؤخذ في الاعتبار بالسبة للعضوية صفة الطرف العضو و ليس صفة ممثلي هذا الطرف أي نأخذ في العملية الوزارة الموجودة وليس الشخص المعتمد لديها في اللجنة.

و يرجع السبب في ذلك إلى ضمان فعالية و استمرارية نشاط و مهام اللجنة حتى بعد غياب أو تغيير أو اختفاء ممثل الوزارة المعنية و من هنا تسهل متابعة عملها و نتائجها.

3. ضرورة إيجاد التوازن بين العلاقات التدرجية و السلمية :

في التمثيل و كذا بين الاستعداد للعمل و تخصصات ممثلي الوزارات.

و هو الأمر الصعب تحقيقه في إطار إيجاد توازن بين ثلاث متطلبات أو ضرورات هي تمتع ممثلي الوزارات بالخبرة و التخصصات من أجل إيصال التوصيات في صميمها، وهذا لا يعني ضرورة تعيين لشخصيات في قمة الهرم، نظرا لتشعب وظائفهم و تعددها مما يصعب عليهم التفرغ نهائيا لمهام اللجنة و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم فعاليتها كونهم لا يكونوا دائما في اجتماعات و أشغال اللجنة لذلك يفضل الاعتماد على متخصصين سبق لهم العمل في مجال القانون الإنساني ضمن وزارتهم.

و لا يشترط انتماء الممثلين مباشرة إلى وزارتهم بل يكفي كونهم مستشارين أو خبراء معتمدين لديها لهم القدرة في تبني أهداف و أغراض اللجنة.

4. منح المسؤوليات وفقا للمواضيع المطروحة و المدروسة في اللجنة و هذا يعني إعطاء نوع من المرونة في المشاركة في العمل حيث لا يبقى الرئيس دوما رئيسا خاصة بالنسبة للاجتماعات العامة.

أما فيما يتعلق بورشات أو فرق العمل فإن الرئاسة و المسؤولية ترجع إلى ممثلي الوزارة المشرفة على الورشة أو الوزارة الأكثر علاقة بموضوع الورشة، و بالتالي على الرئيس تحديد آجال لإنهاء المهام و تحديد المهام في شكل وثائق تضم المواضيع المدروسة والنتائج المتوصل إليها و الغرض من هذا هو تحقيق المتابعة و النتيجة.

5. ضرورة التوفيق و التوازن بين تفتح اللجنة الوطنية أمام الجمعيات الوطنية وبيم سرية أشغالها، حيث يشكل هذا العمل ضرورة مشاركة المجتمع المدني الإنساني في أشغال اللجنة كعضو أو بضرورة مشاركة الجمعيات الوطنية في النشاطات الميدانية للجنة خاصة في المؤتمرات و الملتقيات أو في إطار تبادل المعلومات.

II- الموارد البشرية و المالية الواجب توفيرها للجنة الوطنية:

تلعب الموارد المادية و البشرية و المالية دورا هاما في تقييم نشاط اللجان الوطنية وفي تقدمها وفعاليتها بالرغم من أنها لا تتطلب موارد ضخمة و جبارة :

1. تمتع اللجنة بالمعلومات و المعارف الضرورية لعملها :

حيث عليها بمتابعة كل ما يتعلق من جديد في مجال القانون الدولي الإنساني كما يجب أن توفر هذه المعلومات لأعضائها، و عند الضرورة يمكن لها توفير تكوين خاص بذلك أو دروس متخصصة من طرف أجهزة كاللجنة للصليب الأحمر أو من طرف السلطات الوطنية المعنية أو غيرهما.

كما يجب أن تتوفر لدى الأطراف الجدد كل المعلومات السابقة في اللجنة و فيما يتعلق بعملها و سيرها و لهذا الغرض يمكن إنشاء وظيفة إعلامية و تكوينية خاصة باللجنة.

2. تمكين اللجنة من التصرف و التمتع بميزانية خاصة بها و بموارد شخصية للجن، حتى و إن كان الأعضاء لا يتقاضون أجرهم مباشرة من اللجنة إلاّ أ،ها تحتاج إلى الموارد المالية من أجل تسيير إدارتها و شؤونها بالإضافة إلى وسائل عملها من مكاتب ومقرات و وثائق و وسائل اتصال.

و من جهتها على اللجنة توظيف مواردها البشرية بشكل فعلي و ذلك عن طريق توزيع المهام و ضبطها و تحديد صلاحيات و واجبات كل ممثل للوزارة.

و من أجل تنشيط عملها في إطار الملتقيات و الندوات للجنة أن تحصل على موارد خارجية خاصة أو مساهمين خواص من جامعات أو جمعيات.

III- طرق عمل اللجان الوطنية:

إن هدف هذه اللجان هو العمل على تحقيق قواعد القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني و عليها أن تتبع طريقة عمل واضحة و مناسبة و بالتالي فكلما كانت الطريقة جيدة كانت النتيجة أيضا و كلما كان عملها نزيها كلما اعتمد على خبرتها وتقاريرها، لذلك تتمثل طرق عملها في :

1. ضرورة إقامة تحديد للتدابير الواجب اتخاذها على المستوى الوطني :

إن أول خطوة تتمثل في وضع تقرير شامل عن وضعية القانون الدولي الإنساني الوطني، و هي بمثابة دراسة لمدى التماثل القائم بين القانون الدولي و الوطني في مجال القانون الإنساني، حيث تساعد هذه الدراسة على تحديد الأولويات الواجب متابعتها، ويمكن استشارة الأقسام الاستشارية للجنة الدولية في مجال وضع هذه الطرق و الأساليب ن حيث وضع العلاقة بين القانونين و الآليات المتبعة في مجال تنفيذ القانون الدولي كالتشريعات الضرورية لكل نوع من مواضيع القانون الدولي الإنساني.

و سوف تساعد هذه الدراسة التي يجب أن تقوم بها اللجنة الوطنية على إقامة برنامج عمل دائم لهذه الأخيرة و متابعته دوريا كما يجب أن تطرح علانية لمعرفة الجمهور أحيانا أو للتعرف عليها من طرف بعض الجهات بموافقة اللجنة إذا كانت الدراسة تتطلب السرية من أجل الفعالية، و من أجل دراسة الملائمة بين القانون الوطني للدولة و الواجبات الملقاة عليها في إطار القانون الدولي الإنساني، يجب وضع هذه الدراسة في إطار وثيقة رسمية محددة النقاط و المواضيع :

- إذ يجب أن تتضمن الوثيقة الأهداف و الأطراف و موضوع الدراسة.
- تحديد الآليات و وصفها و تقييمها في إطار تنفيذ القانون الدولي الإنساني.
- توضيح العلاقة القائمة بين القانونيةتن (الوطني و الدولي) داخل الدولة المعنية.
- تقييم الوسائل و التدابير الوطنية الموضوعة في سبيل تنفيذ القانون الدولي الإنساني و التي من أهمها : نسبة المصادقة أو الانضمام إلى الاتفاقيات الخاصة بالقانون الدولي الإنساني و عند الحاجة نسبة ترجمة هذه الاتفاقيات إلى اللغة الوطنية.

نسبة النشر و الإشهار و توزيع و تعليم هذه القواعد الإنسانية

أهم التدابير التشريعية و التنظيمية في مجال القانون الإنساني و من أهمها : حماية الشارات و الأسماء، مكافحة الجرائم، الضمانات القضائية، حماية الأطفال، تعيين المواقع الإنسانية كالمستشفيات و الإقامات الخطيرة و أماكن العبادة...، تعيين الهياكل المكلفة والعاملة في مجال الحماية و المساعدة، التخطيط العسكري البعيد ع المنشآت و الأهداف المدنية والتحقق من شرعية الأسلحة.

و في آخر هذه الدراسة يمكن للجنة إبداء ملخص و توصيات بخصوص التدابير الواجب اتخاذها، و الإشارة أيضا إلى أهم المواثيق و القوانين المعتمدة عليها [9].

9 - للإشارة يوجد مثل هذه الطريقة و هي متوفرة للجان الوطنية أمام المصالح الاستشارية للجنة الدولية للصليب الأحمر.

2. ضرورة **تحديد الأولويات و الأهداف** ضمن نشاط اللجنة عن طريق مخطط عمل، و يتم ذلك استنادا للدراسة الخاصة بالملائمة التي من خلالها تحدد اللجنة المواضيع الواجب التعامل معها أو تحقيقها بحيث تصبح هذه المواضيع أولويات لدى اللجنة وأهداف واجبة التحقيق و التنفيذ، و يمكن تحديد أهم أهداف اللجان الوطنية فيما يلي :

- المشاركة في الاتفاقيات و ذلك من أجل تمكين و دفع الدولة على إبرامها ودراسة جدية التحفظ.

- تبني و اعتماد تدابير تنفيذية عن طريق تمكين الدولة من النشر و التعليم والتشريع والتنظيم في مجال تنفيذ القانون الدولي الإنساني.

- متابعة تطورات القانون الدولي الإنساني وطنيا و دوليا و العمل على تقديم التطورات و التحسينات عليها و تذكير الدول بضرورة احترام و تطبيق القواعد الإنسانية.

- و بنفس النهج يمكن للجنة أن تضع طريقة العمل في شكل دراسة متابعة تتضمن وثيقة معتمدة من طرفها و موزعة على المعنيين مضمونها يتلخص في ذكر المعنيين بها وذكر الأهداف و النشاطات و المسؤوليات من طرفها و في كل موضوع تعمل على دراسته و على سبيل المثال عند دراستها لموضوع المشاركة في الاتفاقيات على اللجنة بتحديد الأهداف و الإستراتيجية المتبعة و بتحديد المسؤولية في التنفيذ (كوزارة مثلا).

بالإضافة إلى هذه المعلومات على اللجنة أن تشير أيضا في الوثيقة المتعلقة بطريقة عملها إلى كل من الأحداث و الاتصالات التي مرت بها كالمؤتمرات و الدراسات والاتصالات مع اللجان الأخرى، بالإضافة إلى التعرّض لميزانيتها و المبالغ التي تحتاجها في المستقبل و تلك التي تتوفر لديها.

و ضمن هذه الوثيقة دائما تحدد اللجنة تواريخ اجتماعاتها الدورية و فتراتها، وتعتبر وثيقة العمل هذه بمثابة دراسة سنوية شاملة للجنة.

3. اعتماد نظرة موضوعية شاملة تعتبر بمثابة وثيقة عمل :

و هذه النظرة مرتبطة ببرنامج نشاطها السالف الذكر عن طريق وثيقة عمل وتقوم اللجنة بالعمل على تغطية النقص الوارد في أهدافها مع تقديم اقتراحات للدولة حول التنفيذ، كما تقوم بتحديد السلطات و الجهات الموكول إليها القيام بهذا العمل.

و تتخذ اللجنة عملها كل الوسائل المعتمد دوليا في القانون الإنساني دون تقييد مع إمكانية مشاركتها الأجهزة الأخرى المختصة في نفس المهام.

و بنفس الطريقة تقوم اللجنة باعتماد وثيقة عمل ترتبط بموضوع معين أو أكثر من وثيقة إذا كانت تباشر العمل ضمن العديد من المواضيع مؤرخة و مرقمة و محتوية على مجموعة من المعلومات الخاصة بسير العمل انطلاقا من الحالة الموجودة فيها المسألة ومرورا بالاقتراحات حول التدابير الواجب اتخاذها و تحويلها إلى السلطة المختصة.

بالإضافة إلى تحديد المتابعة في العمل و ذكر المصاريف الواردة لتحقيق العمل والسلطة المعنية بها.

4. الاحتفاظ بخطى العمل عن طريق تقرير عن النشاطات :

و هذا التقرير يتم في كل موضوع و سنويا و هو وسيلة لإعلام السلطات العامة عن نشاطاتها و إعلام الجمهور عموما، و يتضمن التقرير حالة تقدم العملية و النتائج المتوصل إليها.

كما يمثل هذا التقرير نوعا من تقييم اللجنة لنفسها بالإضافة إلى تشكيل اللجنة لأرشيف لها عن طريق التقارير السنوية التي تعتمدها و تحتفظ بها.

و في نفس الاتجاه يخضع التقرير إلى وثيقة رسمية تحدد كل الخطى الواجبة الإتباع وبنفس الطريقة السابقة الإشارة إليها و يتضمن عنوان "التقرير عن النشاطات السنوية للجنة.

5. التقييم الدوري لعمل اللجنة :

و هو مرتبط بما تقوم به في إطار التقرير السابق الذكر بالإضافة إلى ما يقدم من تحليل و مناقشات حول نشاط اللجنة.

و على اللجنة أن تقيّم نشاطاتها دوريا كما تقيم ما حققته مع توضيح و تعيين العقبات و الصعوبات التي واجهتها.

VI- ضرورة القيام بالاتصالات الضرورية:

و تعمل الاتصالات و الإعلان عن النشاطات على التعرف على مجهودات اللجنة بالإضافة التي تشجيعها و الاعتراف بها من الناحية العملية و يتم ذلك بطرق مختلفة :

1. تقديم اللجنة الوطنية و نشاطاتها بوسائل و طرق فعّالة و جيدة في مجال الإعلام، سواء كان ذلك تجاه السلطات أو الجمهور أو المعنيين بالقانون الدولي الإنساني.

و لا يتوقف الإعلان عنها بالطرق التقليدية من صحافة و إشهار و لكن أيضا بالطرق الإدارية و وسائل عملها كالوثائق الرسمية التي تنشرها و النشاطات التي تقيمها وتوزيع نشراتها الخاصة و التعريف بها.

2. ضمان تمتع اللجنة بوسيلة إعلامية لتبادل الإخبار و الأفكار :

و ذلك عن طريق أوساط موزعة تعمل باسمها، و للرئاسة دور في دفع الإعلام بها لدى الوزارات و الأوساط الحكومية و المجتمع المدني، بالإضافة إلى أمانتها التي تعتبر بمثابة حلقة وصل بينها و بين الأجهزة الحكومية و المرئية.

V- إيجاد علاقات مع السلطات الدولية:

بحيث أنها تندمج ضمنها و كأنها جهاز من أجهزة الدولة تتعامل في ميدانها مع السلطات العامة عن طريق علاقات متبادلة :

1. إقامة علاقات عمل مدعمة داخل الأجهزة أو السلطة التنفيذية : و ذلك من خلال علاقاتها مع وزارات السلطة التنفيذية التي تتشكل منها من أجل الحصول على أكبر قدر من المعلومات و بشكل متبادل بينهما.

2. تنمية علاقات و روابط مع السلطات التشريعية : و يتمثل هذا خاصة في إطار ما اعتمدته من توصيات و تقارير و آراء في الموضوع و ذلك من أجل تحقيق ثلاثة أهداف تتمثل في تبني التشريعات الضرورية و من أجل تقديم طلبات إلى الهيئة التنفيذية حول الموضوع و التعاون القائم بين اللجنة الوطنية و اللجان البرلمانية المتخصصة التي يمكنها العمل في التحقيق ضمن مقترحات و خبرات اللجنة.

و من أمثلة العمل مع هذه الجهات يمكن للجنة دعوة البرلمانيين إلى اجتماعاتها أو طالب السماح لها من طرف البرلمان أو تسليم البرلمان تقرير حول أشغال اللدنة و هذا كله تماشيا مع عمل البرلمان.

3. التعاون مع السلطات القضائية من أجل تنفيذ القانون الإنساني : وذلك من خلال اختصاص القضاء بمكافحة الانتهاكات القانونية بما فيها جرائم الحرب أو المساس بأحكام الاتفاقيات بالإضافة إلى إمكانية تبادل المعلومات بين اللجنة و القضاة خاصة بالنسبة للقضايا الجنائية الهامة التي ينظر فيها القضاة و بالمقابل للقضاة أن يستفيدوا من خبرات اللجنة.

VI- التعاون الدولي:

حيث أنه و بصفتها جهازا استشاريا مهتما بتقديم النصيحة و الإرشادات للدولة ولأجهزتها فلها أيضا أن تنشط على الصعيد الدولي سواء في علاقاتها بمختلف اللجان الأخرى التابعة للدول أو عن طريق مساهمتها في تقديم المعلومات الضرورية للتنفيذ الوطني للقانون الدولي الإنساني.

1. بالنسبة لنشاط اللجان من أجل تدعيم و توطيد و تعميق العلاقات فيما بينها ويتم ذلك سواء في إطار علاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، تسمح لها هذه العلاقات من أن تتبادل المعلومات و تنشأ هذه العلاقات سواء في إطار روابط رسمية، فإبرامها لاتفاقات أو عن طريق اتصالات رسمية في شكل اجتماعات من أجل التعاون و يكون ذلك بتعيين أطراف من اللجنة لتنمية هذه العلاقات.

و تبادل الوثائق باللغات المفهومة بينها، و الإعلان عن نشاطاتها و طلب المشورة المتبادلة بين اللجان.

كما يذهب التعاون أيضا إلى العلاقات التي تقيمها هذه اللجان مع المصالح الاستشارية للجنة الدولية للصليب الأحمر.

2. إقامة علاقات مع المنظمات و الهيئات الدولية للمشاركة في تبادل المعلومات حول موضوع تنفيذ القانون الدولي الإنساني.

و طبعا لن يتم ذلك إلاّ عن طريق الجهة المختصة في هذه العلاقات الدولية التي تمنح هذا الحق أو تقترح مشاركة اللجان أو أعضائها في وفود الدولة كخبير أثناء اجتماعات هذه المنظمات و بصفة خاصة في الجمعية العامة عند دراسة المواضيع والاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني.

و للدولة أن تعلن للمصالح الاستشارية في اللجنة الدولة للصليب الأحمر عن كل تغيير في اللجنة الوطنية و عند تشكيلها و رئيسها و أمانتها و نشاطاتها و مدى تقدمها في إطار القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني [10].

10 ـ يمكن التعرّف بالتفصيل عن اللجان الوطنية :

http://www.icrc.org/web/fre/sitefereo.

Conseils pratiques pour faciliter le travail des commissions nationales de droit international humanitaire.

Service consultatifs en droit international humanitaire le 23/06/2003, cicr.

ـ رابعا : اللجنة الوطنية للقانون الدولي الإنساني الجزائري

تعتبر الجزائر كغيرها من الدول ضمن الدول الأعضاء المصادقة على الاتفاقيات الخاصة بالقانون الدولي الإنساني.

و بحكم تنظيم هذه الاتفاقيات لمسألة تنفيذ قواعدها و احترام هذه القواعد و نشرها والسهر على تحقيق نتائجها فإن الدول عموما و الجزائر خصوص بادرت منذ سنة 1996 إلى العمل و التحضير لإنشاء لجنة وطنية استشارية مهمتها قائمة على تقديم الاستشارة والنصيحة و الدراسات و التوقعات المتعلقة بتنفيذ القانون الدولي الإنساني في الدولة المعنية وكذا التعرف على التطورات الحاصلة في هذا القانون و متابعتها و تقديم تقارير دورية حولها، لذلك بادرت الجزائر منذ مدة قصيرة إلى إنشاء لجنة وطنية للقانون الدولي الإنساني.

I- ظهور اللجنة الوطنية للقانون الإنساني:

1 . ظروف النشأة : تختلف النشأة بين الإعلان عنها و العمل على إنشائها وتنصيبها لذلك كانت الفترات التي مرت بها عملية إنشاء اللجنة طويلة و متتالية، حيث ارتبطت الفكرة في البداية بانضمام الجزائر إلى البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أوت 1949، الأول خاص بحماية ضحايا النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي، والثاني المتعلق بحماية الضحايا في النزاعات غير ذات الطابع الدولي، و التي تم اعتمادها بجنيف في 8 أوت 1977.

حيث أصدر رئيس الجمهورية الجزائرية مرسوما رئاسيا يتضمن إجراءات الانضمام إلى البروتوكولين و ذلك في 16 ماي 1989 تحت رقم 89/68.

و بقيت الأمور على هذا الوضع في إطار الدراسات و المشاورات بين الجهات التنفيذية المختلفة لغاية إصدار رئيس الجمهورية لمرسوم رئاسي بتاريخ 4 جوان 2008 تحت رقم 08/163 ينص على إنشاء لجنة وطنية للقانون الدولي الإنساني، و هكذا تم إنشاء هذه

اللجنة وفقا لمرسوم 2008، كما يعتبر هذا بمثابة الموافقة الرئاسية على إنشاء هذه اللجنة وعلى تحديد مهامها و أعضائها و تشكيلتها التي تأكدت ضمن نظامها الداخلي الذي تبناه أعضاء اللجنة في أول اجتماع لها بتاريخ 10 سبتمبر 2008.

و بتاريخ 7 سبتمبر 2008 تم تنصيب هذه اللجنة من طرف وزير العدل بمقر الوزارة المعنية كما تمت الإشارة عن التنصيب إلى أن اللجنة سوف تبدأ عملها مباشرة بعد تنصيبها.

و بإنشاء هذه اللجنة الوطنية رسميا تصبح الجزائر البلد العربي 16 الذي يتبنى هذه الهيئة في مجال القانون الإنساني و هو البلد 87 عالميا من حيث الإنشاء و العمل باللجنة الوطنية.

و تعد اللجنة هيئة استشارية للسلطات الحكومية مهمتها التشجيع و العمل على تطبيق القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان عموما بالإضافة إلى أنها مكلّفة بالقيام بالدراسات الخاصة بالقانون الدولي الإنساني، و هي جهاز دائم للتوجيه و المساعدة والنشر الخاصة بالقانون الدولي الإنساني.

2. الأعضاء و التشكيلة : تتشكل اللجنة من 19 ممثلا لمختلف الوزارات و تمثيل لـ 5 من الهيئات العمومية التابعة للدول و المهتمة بالقانون الدولي الإنساني، و هي جمعية الهلال الأحمر الجزائري ومؤسسة الأمن الوطني و الدرك الوطني والكشافة الإسلامية ومرصد حقوق الإنسان الذي يظهر في شكل اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان ويكون وزير العدل رئيسا لهذه اللجنة.

يقوم الأعضاء بمهامهم لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد.

و هم مكلفون بمساعدة السلطات العامة في كل المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني[11].

11 ـ و على سبيل المواضيع التالية : حماية ضحايا النزاعات المسلحة، تحريم بعض الأسلحة، حماية الممتلكات و الأشخاص المدنيين والجرحى و الأسرى، كما يساعدون الدولة في إطار المصادقة على المعاهدات و الاتفاقيات الدولية.

3. أهداف اللجنة : تتمثل أهداف اللجنة في اتجاهين هما العمل من أجل القانون الدولي الإنساني و العمل من أجل الجزائر.

فمن جهة فإن للجنة دورا هاما في إطار ترقية و تقوية تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.

و من أهدافها أيضا المساهمة في حل بعض الأوضاع المأسوية التي تعاني منها الإنسانية في بعض الدول العربية خاصة كالعراق و فلسطين و الصومال [12].

كما أضاف الوزير أن هدف اللجنة يتمثل في المشاركة في حل الأوضاع القائمة والقضاء على كل ما من شأنه المساس بحقوق الإنسان و تدخل هدفها و إنشاؤها في إطار احترام الجزائر للقواعد الإنسانية.

و من جهة أخرى من أهداف اللجنة أنها تعمل على إبراز جهود الجزائر في مجال تنفيذ و تطبيق القانون الإنساني (تنفيذيا و تشريعيا).

كما تعمل اللجنة على إبراز دور الجزائر على المستوى الإقليمي و الدولي في موضوع القانون الإنساني، وللجنة أن تحقق التعاون الإقليمي و الدولي في الموضوع عن طريق علاقاتها باللجان الوطنية المختلفة.

و تؤكد اللجنة على التزامات الجزائر الدولية و الإقليمية في الموضوع.

4. الصلاحيات و النشاطات : من أجل تحقيق هدف ترقية القانون الدولي الإنساني تكلف اللجنة بتقديم الاتفاقيات و المعاهدات الدولية المتعلقة بموضوع القانون الإنساني من أجل اعتمادها.

كما لها أن تقترح التدابير الضرورية و الإجراءات الواجب اتخاذها من أجل ملاءمة القانون الوطني مع قواعد القانون الدولي الإنساني.

---

12 ـ كلمة مداخلة وزير العدل الجزائري عند تنصيب اللجنة : الموقع

Installation de la commission internationale du DIH

http:/www.marweb.com/Algerie/politique/installation-com-nati-droit.

Le 08/09/2008.

و دائما و ضمن الوظائف المتعلقة بتطوير و ترقية القانون الدولي الإنساني تقوم اللجنة بدراسات و تحضير لقاءات و أعمال من أجل تقييم مختلف القوانين الخاصة بالإنسانية كما لها أن تقدم اقتراحات حول تبني قواعد وطنية في الموضوع.

و تعمل اللجنة في إطار العديد من المهام و الصلاحيات الأخرى المتعلقة بـ:

- بالعلاقات الدولية و بالمنظمات الدولية و اللجان الوطنية التابعة للدول الأخرى.

فاللجنة تعمل على ترقية و تشجيع و تثبيت التعاون بين هذه الهيئات و كذلك على تحقيق التبادل بينهما فيما يتعلق بالتجارب و الخبرات مع هذه المنظمات الدولية العالمية و الإقليمية بالإضافة إلى أنها تقيم تبادلا للمعلومات حول تطور و مسار القانون الدولي الإنساني بين اللجان الوطنية المختلفة الجهوية و الدولية و هي مكلفة بدفع و تقوية التعاون الإقليمي والدولي مع هذه اللجان الوطنية.

و تلعب اللجنة دور الوسيط الإعلامي فيما تحققه الجزائر من تقدم في القانون الإنساني و من نتائج إيجابية أمام الرأي العالمي.

- و في إطار عملها الداخلي تباشر اللجنة صلاحيات مرتبطة بمهامها و هي المتعلقة بالقيام بدراسات وعمليات تقييم ضرورية لمباشرة مهامها و من أجل تقييم نشاطها فهي مكلفة بتقديم تقرير سنوي عن طريق رئيسها إلى رئيس الجمهورية يتضمن تفصيلا لكل النشاطات التي مارستها و لكل النتائج التي أحرزت عليها.

و لنفس الهدف تقوم اللجنة بنشاطات مختلفة كتنظيم لقاءات و ملتقيات و مؤتمرات حول موضوع القانون الدولي الإنساني.

II- علاقة اللجنة الوطنية بالأجهزة العاملة في مجال القانون الدولي الإنساني:

تأخذ اللجان الوطنية عدة تسميات مختلفة كما أنها تنشأ بطرق مختلفة من أجل تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني فهناك اللجنة الوطنية المشتركة بين الوزارات أو اللجنة الوطنية للقانون الإنساني.

و تقوم اللجنة الوطنية بمهام تتلخص أساسا في تقديم المشورة الحكومة ومساعدتها من أجل ضمان تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني و ذلك على الخصوص عن طريق تقييم الاحتياجات و إعداد توصيات [13].

و إن أوّل علاقة تعقدها هذه اللجان هي ارتباطها الوثيق بالسلطة الحكومية ومختلف أجهزتها و وزارتها عن طريق تشكيلتها المتنوعة من ممثلي الوزارات و من عسكريين وأخصائيين و أعضاء من الجمعيات الوطنية، فهذه العلاقة هي علاقة تداخلية وتضامنية بين اللجنة و الحكومة.

1 . العلاقة فيما بين اللجان الوطنية للدول المختلفة : يمكن أن تتم هذه العلاقة عن طريق إقامة اتصالات مع لجان وطنية أخرى أو مع لجنة وطنية واحدة أو في إطار اتصالات بين لجان وطنية تنتمي إلى نفس المنطقة الجغرافية أو الاتجاهات السياسية أو ذات الأنظمة القضائية و التشريعية المتشابهة و تعتبر هذه الاتصالات من بين المهام والنشاطات التي تقوم بها اللجان الوطنية.

و تتم هذه اللقاءات بين اللجان الوطنية في إطار لقاءات من أجل تنفيذ القانون الدولي الإنساني و من أجل التنسيق في اتخاذ إجراءات مماثلة أو تبادل الخبرات والنشاطات ومناهج العمل و تبني إجراءات للتعامل معا من أجل تبادل المعلومات دوريا.

و ضمن لقاءات اللجان هناك اللقاءات الثنائية و اللقاءات أو الاجتماعات الإقليمية التي تجمع خبراء الحكومات و ممثلي الجمعيات الوطنية من أجل تبادل المعلومات والخبرات بشأن الآليات الوطنية الخاصة بتنفيذ القانون الدولي الإنساني و التعرف على الأدوار التي يمكن أن تلعبها هذه اللجان[14].

---

13 ـ يمكن الرجوع إلى ما سبق في مجال التنظيم و المهام و الصلاحيات.

14 ـ نشير في هذا الخصوص إلى النموذج الأوّل لإنشاء لجنة وطنية بالسلفادور من أجل التنفيذ الفعلي للقانون الدولي الإنساني، و قد عقدت هذه اللجنة أوّل لقاء لها بين الشيلي و الأرجنتين كما توجد بعض هذه اللجان في إفريقيا و أمريكا اللاتينية و آسيا و أوروبا، وقامت اللجان الوطنية الأفريقية على سبيل المثال بعقد اجتماع لها في أبيدجان بكوتديفوار خلال سنة1997 جمع لجنة الطوغو وزمبابوي و بنين.

ـ التفاصيل : احترام القانون الدولي الإنساني و كفالة احترامه، اللجنة الدولية للصليب الأحمر و الاتحاد البرلماني، سنة2000، ص62 و ما يليها.

2 ـ العلاقة بين اللجان الوطنية واللجان البرلمانية : إن مهمة البرلمان في الدولة وفي هذا الموضوع هي مراقبة مدى اتخاذ الإجراءات الضرورية من أجل تنفيذ القانون الدولي الإنساني.

لكنه و بالإضافة إلى هذه المهام يعمل البرلمان على مطابقة القانون لاتفاقيات القانون الإنساني التي صادقت عليها دولته بالإضافة إلى إمكانية تبنيه لقواعد مطابقة للالتزامات الاتفاقية التي يفرضها القانون الدولي الإنساني.

و يمكن للبرلمان أن يساهم في تنفيذ القانون الإنساني عن طريق متابعة أعمال السلطة التنفيذية في إطار الحكومة و الأسئلة الموجهة إليها.

و يبقى البرلمان بالإضافة إلى كل هذا مؤهلا دستوريا لنشر القانون الدولي الإنساني عن طريق التصويت و اعتماده لمثل هذه القوانين.

أما بالنسبة لعلاقة البرلمان باللجنة الوطنية، فإن له حق المبادرة بإنشائها في حالة تخلّف الجهاز التنفيذي عن هذه المهام أو أن يعمل من أجل التأكد على أنها تباشر مهامها.

و يتم إنشاء اللجنة الوطنية من طرف البرلمان عند تأخر إنشائها و ذلك عن طريق قانون خاص أو بواسطة الضغط على الحكومة أو تشجيع الحكومة على إنشائها.

أما بالنسبة للجان البرلمانية فقد يحدث و أن ينشئ البرلمان لجنة برلمانية لتقصي الحقائق في إطار مسألة متعلقة بالقانون الدولي الإنساني من أجل الكشف عن انتهاكات هذا القانون كما يمكن لهذه اللجنة نشر نتائج عملها أو طلب فتح نقاش داخل البرلمان بشأن تحقيقها.

فالبرلمان إذن له إمكانية إنشاء هيئة برلمانية تهتم بقضايا القانون الدولي الإنساني كما يمكن له إنشاء هيئات أو لجان فرعية في إطار نظامه الداخلي من أجل مهام و عمل موضح و محدد، و بالإضافة إلى هذه اللجان الرسمية للبرلمان أن ينشئ مجموعات غير رسمية من البرلمانيين للاهتمام بالقضايا الإنسانية.

و بإمكان هذه الهيئات المختلفة أن تجري لقاءات و اتصالات مع الهيئات البرلمانية المماثلة في الدول الأخرى من أجل تبادل الخبرات و تحسين العمل البرلماني في هذا المجال.

كما يمكن للاتحاد البرلماني الدولي العمل في هذا المجال عن طريق تحقيقاته البرلمانية الدولية التي يمكن أن يساعد بها البرلمانيين الوطنيين.

و بالفعل فإن الاتحاد البرلماني الدولي أصبح يمثل العمل الدولي في مجال القانون الإنساني عن طريق المساهمة و المشاركة في النقاش و في تطوير هذا القانون.

كما يتمتع الاتحاد البرلماني الدولي بحق مراقبة الانتهاكات التي يتعرض لها القانون الدولي الإنساني في مختلف دول العالم الذين ينتمون إليه و يمكن له نشرها وفضحها [15]

و بالمقارنة الشريعة نقول أن اللجان الوطنية تابعة للسلطة التنفيذية و لها اختصاص استشاري لمساعدة و معاونة الحكومة بينما اختصاص البرلمان و لجانه في مجال القانون الإنساني مرتبطة بسيادته و حمايته للشعب و حقه في الرقابة على أعمال الحكومة.

3. التمييز بين اللجان الوطنية و الجمعيات الوطنية للصليب الأحمرو الهلال الأحمر :

يشار إلى الجمعيات الوطنية في اتفاقيات جنيف على أساس أنها هيئات وطنية تتحمل مسؤولية تعزيز و نشر مبادئ القانون الإنساني بالإضافة إلى مباشرتها لعمليات الإغاثة وتنظيمها أثناء الحرب و في وقت السلم أثناء الكوارث.

15 ـ من أجل التعرف على دور البرلمان في جميع حالاته و مستوياته الرجوع إلى :

- Respecter et faire respecter le droit international humanitaire, CICR et Union interparlementaire, 1999, p. 34 et suite.

تقام هذه الجمعيات الوطنية في أراضي الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف مثلها مثل اللجان الوطنية و هي تساعد سلطات الدول في المجال العملي و الميداني خاصة في العمل الصحي و الطبي في الحرب و السلم بما فيها أوقات الأزمات و الكوارث بالإضافة إلى قيامها بأعمال ميدانية أخرى مثل القيام بالإسعافات و تحصيل التبرعات بالدم وتدريب المتطوعين في مجال الحماية و الإغاثة الطبية و الإنسانية.

و يمكن القول أن هذه الجمعيات الحاملة لشارة الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر موجودة في غالبية دول العالم بعدد أكبر من عدد اللجان الوطنية، حيث وصل عددها تقريبا إلى 180 جمعية وطنية.

و عن طبيعتها القانونية فإن هذه الجمعيات تحتفظ بنوع من الاستقلالية و الحياد اتجاه حكومتها كما هو الوضع بالنسبة للجنة الدولية للصليب الأحمر، و بالتالي فهي تنشئ نظامها و قانونها الداخلي عن طريق أعضائها المنخرطين أو المتطوعين و هو عكس اللجان الوطنية التي تنشأ عن طريق سلطات الدولة.

و من خصائص عمل و نشاط الجمعيات الوطنية أنها تقوم على أساس الإنسانية أو العمل الإنساني و على أساس عدم التحيّز بل تعمل في إطار الحياد و الاستقلالية و العمل التطوعي خلافا للخصائص التي تظهر بها اللجان الوطنية من حيث التشكيل و المهام والأعضاء المعنيين من السلطة.

بينما يشترك الجهازين من حيث الوحدة في التكوين حيث أن الدولة لا يوجد فيها عادة سوى جمعية واحدة للصليب أو الهلال الأحمر و لجنة وطنية واحدة للتنفيذ القانون الدولي الإنساني تكون مفتوحة أمام الجميع و تمارس نشاطاتها في كل إقليم الدولة و تمثل الدولة خارجيا و داخليا، لذلك تعطى لها تسمية الدولة المنتمية لها لجمعية الهلال الأحمر الجزائري، أو اللجنة الوطنية الجزائرية للقانون الدولي الإنساني.

4. العلاقة بين اللجنة الوطنية للقانون الدولي الإنساني و اللجان الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان : (المرصد الوطني لحقوق الإنسان في الجزائر)

في هذا الموضوع تجدر الإشارة إلى وجود علاقة متكاملة بين حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني سواء من حيث الحماية أو الرقابة أو المساءلة و العقاب.

لذلك تكثر المواضيع التي يتم التوافق فيما بين حقوق الإنسان و القانون الإنساني خاصة في مجال الحماية نظرا لأن قواعد القانون الدولي الإنساني تهدف إلى ضمان حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة و بالتالي فهي بمثابة فرع تكميلي لأصل عام و هو حقوق الإنسان كاملة.

إن هذا التداخل يجعلنا نبحث عن العلاقة الموجودة بين اللجان الوطنية للقانون الإنساني لدى بعض الدول و بين اللجان الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان الموجودة لدى بعض الدول الأخرى، كفرنسا مثلا و الجزائر.

بالرجوع إلى أهداف اللجنة الاستشارية لحقوق الإنسان نجها تتضمن تأمين الحماية والضمانات الأساسية الممنوحة للإنسان، و تعمل اللجنة في إطار مبادئ الأمم المتحدة بشكل مستقل من أجل حماية حقوق الإنسان.

و هي مثل اللجنة الوطنية للقانون الإنساني هيئة وطنية لكنها تهتم بترقية و حماية حقوق الإنسان و يتمثل عملها مثل اللجنة الوطنية في إطار تقديم المشورة والنصيحة لحكومة و اقتراح القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان.

و تشكل هيئة مستقلة عن الحكومة، لكنها متكونة من أعضاء متعددي الاختصاص والمنصب و من مهامها نشر المعلومات المتبادلة بين الدولة والمجتمع المدني و تأمين التعددية في حقوق الإنسان و في المعتقدات.

تتكون من شخصيات الجهاز التنفيذي و رئيسه و ممثل الجهاز البرلماني و ممثلي مجلس الدولة ذات الطابع القضائي و القضاة و كذا وسيط الجمهورية بالإضافة إلى تمثيلها المجتمع المدني الموسّع من خلال عدد كبير من الجمعيات و النقابات والشخصيات المشهورة و خبراء في حقوق الإنسان.

و من هنا فإن الشكلية تعد أوسع من تلك المتواجدة في اللجان الوطنية مما يستدعي القول أن لجان حقوق الإنسان تباشر صلاحيات أوسع و أشمل من صلاحيات اللجان الوطنية [16]، بما فيها الصلاحيات المتعلقة بحقوق الإنسان أثناء النزاعات و الأزمات.

16 ـ نجد أن هذه اللجنة تباشر صلاحيات واسعة في مجال حقوق الإنسان و ما تزال في التوسع من مواضيع علمية و تقنية و تطور اجتماعي بالإضافة غلى الصلاحيات التقليدية من حريات و حقوق سياسية و منية، للتعرف على مضمون هذه اللجان الاستشارية الوطنية الرجوع غلى الموقع :

- Commission nationale consultative des droits de l?homme.

http://www.cncdh.fr/article.pho3.idartile.

الخاتمة :

ـ التقييم الأولي للجنة الوطنية للقانون الإنساني :

يمكن إبداء بعض الآراء الخاصة فيما يتعلق بنظام و صلاحيات و أهداف اللجنة الوطنية للقانون الإنساني بالجزائر من خلال بعض الدراسات المقارنة في دول و أو في النظرية العامة لهذه اللجان.

بالنسبة للعلاقات و أسباب النشأة هناك إغفال عن الإشارة إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو إلى مختلف الآليات التي أدت إلى تشكيلها كالمصالح أو الأقسام الاستشارية التابعة للجنة الدولية ـ Services consultatifs ـ و هي التي بادرت بتنظيم والتشجيع على إنشاء مثل هذه اللجان.

كما أن تشكيل اللجنة يبقى خاليا من أعضاء خبراء مستقلين و متخصصين في مجال حقوق الإنسان كالموظفين الدوليين سابقا أو الأساتذة و العاملين في مجال القانون الدولي الإنساني، إلاّ بالنسبة لمشاركتهم كمستشارين مؤقتين.

كما رئاسة اللجنة من طرف وزير و بالتالي جعل التسلسل الهرمي في اللجنة مرتبطا بأهمية و سمو وزارة العدل عن غير الوزارات الأخرى التي تعتبر ذات نفس الاهتمام في هذا الموضوع، خاصة و أن الرئاسة تتطلب اهتمامات و تفرغا مستمرا و دائما لا يمكن تحمله من مسؤول عال في أجهزة الدولة.

أما بالنسبة لتقييم اللجنة في إطار الأهداف و المهام المحددة في إطار البطاقة التقنية الصادرة عن المصالح الاستشارية التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر فإنه يمن القول أن تشكيلة اللجنة الوطنية و تحديد مهامها و أهدافها جاءت ضيقة و غير مفصلة خاصة بالمسبة لمتابعة عملها و تقديم تقاريرها فيما يتعلق برئيس الجمهورية دون بقية التقارير و الدراسات الأخرى المتبادلة بين الأعضاء داخل اللجنة في إطار المتابعة الاستمرارية و خارجها أمام الرأي الوطني، و يبقى الأمر هنا مرتبطا بما يأتي به النظام الداخلي من توسع و تفصيل.

كما أن تحديد مدة العضوية و المهام في اللجنة يعد مساسا بطبيعة عمل اللجنة ونشاطها فالوقت المحدد للمهام يتجاوز ثلاث سنوات و لا يمكن تحقيق الأهداف ضمن هذه المدة القصيرة استنادا إلى الأسس التي يجب أن يقوم عليها عمل اللجنة من استمرارية ومنهجية و متابعة دورية، و هذا رغم إمكانية تجديد الفترة.

و في نفس الوقت ليس هناك ما يوحي بأن للجنة علاقات مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو مع المصالح الاستشارية التابعة لها لأن هذه الأخير تعتبر بمثابة الحارسة على ضمان سير عمل هذه اللجان، خاصة و أنها تعمل ضمن نظامها في حالة الإنشاء و التغيير عن طريق إعلام اللجنة الدولية عن كل هذه المسائل.

و بالتالي فعلى اللجنة و من خلال نظامها الداخلي أن تحدد علاقاتها الداخلية (بين مختلف الجهات الحكومية و غير الحكومية)، بالإضافة إلى علاقاتها مع الأطراف الخارجية الحكومية و غير الحكومية)، بالإضافة إلى علاقاتها مع الأطراف الخارجية التي لا تتوقف عند المنظمات الدولية واللجان الوطنية.

و بالضرورة يجب تحديد الوسائل البشرية و المالية المتوفرة للجنة و كذا طريقة تمويلها و مصدر ميزانيتها، بالإضافة إلى تمكينها من وسائل العمل الضرورية العلمية والتوثيقية و وسائل النشر و الإشهار، مما يتوجب توفير مقر دائم و مستقل لهذه اللجنة.

أما بالنسبة لتحديد وظائفها فتكون على الأقل مرتبطة بما هو إيجابي و محقق لقواعد إنسانية فعالة و بالتالي للجنة أن تقوم أساسا بالمهام التالية :

- المهام الوقائية و التي تقوم على أساس احترام الدول لالتزاماتها في مجال القانون الدولي الإنساني و من أجل ذلك تقوم اللجنة بنشر القانون الإنساني بين الأفراد وبالعمل على تكوين الموظفين المتخصصين من أجل تسهيل تطبيق القانون الإنساني خاصة عن طريق وجود مستشارين قانونيين في كل الجهات : العسكرية و المدنية...

- العمل على تبني التشريعات و التنظيمات الضرورية لضمان احترام القانون الدولي الإنساني و ليس فقط من أجل تنفيذه كما يمكن في هذا الخصوص عمل اللجنة على ترجمة النصوص الهامة و الضرورية للتنفيذ والاحترام.

- و لا يمنع من أن تقوم اللجنة بالمهام الرقابية غير المباشرة و ذلك عن طريق تقديم اقتراحات للسلطات المعنية التنفيذية أ والتشريعية، بالإضافة إلى اقتراحات قوانين ردعية من أجل ضمان الاحترام، و كذا الاتصالات بالسلطات القضائية من أجل ردع المخالفين والإبلاغ عنهم.

- و للجنة أيضا أن تباشر بعض المهام عن طريق علاقاتها بالأجهزة العاملة في مجال القانون الإنساني مثل البرلمان أو جمعية الهلال الأحمر اللجنة الاستشارية لحقوق الإنسان، وذلك من أجل الوقاية و المتابعة و إجراءات تفسير القوانين الإنسانية و كيفية تطبيقها.

- أما بالنسبة لمهامها على المستوى الخارجي فلها أيضا أن تحقق احترام القواعد الإنسانية عن طريق الدولة بعلاقات تشاورية مع أجهزة الأمم المتحدة و اللجان الدولية للقانون الدولي الإنساني السابق الإشارة إليها كلجنة تقصي الحقائق أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر و مصالحها الاستشارية.

- و أخيرا فإن مجهودات اللجنة قد تتوسع و تظهر إيجابية عند تعاونها في علاقات مع النشاطات الدبلوماسية الوقائية المتوفرة لدى كل الجهات الرسمية و كذا بارتباطاتها بالرأي العام و وسائل الإعلام الجديرة بالثقة.

المراجع

- باللغة العربية :

- فرانسواز بوشيه سولنييه، ترجمة أحمد مسعود : القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة د. أحمد مسعود، دار العلم للملايين، باريس 2000.

- د. عبد الكريم علوان : الوسيط في القانون الدولي العام، حقوق الإنسان، الجزء الثالث، دار الثقافة، عمان، 2006.

- اللجنة الدولية للصليب الأحمر و الاتحاد البرلماني: احترام القانون الإنساني وكفالة احترامه، سنة2000.

- نفس المرجع باللغة الفرنسية : Cicr et Union Interparlementaire, 1999

- مواقع الانترنت :

- Commission national consultative des droits de l'homme.

http://www.cncdh.fr/article.pho3.idantile.

- Les services consultatifs en droit international humanitaire.

http://www.icrc.ch/web/fre/sitefreo.nsf/htmlall/section.

- Mise en oeuvre du droit international humanitaire.

Fiches techniques et dossiers d?information.

http://www.icrc.ch/web/fre/sitefreo.nsf/htmlall/advisory.

fonctionnement des organes nationaux pour le droit international humanitaire.

http://www.icrc.org/web/fre/sitefreo.

Conseils pratiques pour faciliter le travail des commissions nationales de droit international humanitaire نفس الموقع

- Installation de la commission nationale du droit international humanitaire.

http://wwwmarwebcom/Algerie/politiqueinstallation-com.nati.droit.

الدور الجديد لمجلس حقوق الإنسان

بقلم الأستاذ / الدكتور بن عامر تونسي

عميد كلية الحقوق ـ جامعة الجزائر

تعددت الآليات الدولية الخاصة بترقية و حماية حقوق الإنسان و الرقابة على احترامها وتنفيذها، و من بين الآليات تجدر الملاحظة إلى المجهودات التي تقوم بها الأجهزة الرئيسية لمنظمة الأمم المتحدة من جمعية عامة و مجلس اقتصادي و اجتماعي بشكل أصيل و انفرادي في إطار مهامها الرئيسية بالإضافة إلى الآليات الاتفاقية الخاصة التي تباشر عملها تطبيقا لنصوص اتفاقية أنشأتها لتحقيق أهداف حقوق الإنسان المنصوص عليها في مثل هذه الاتفاقيات و التي تظهر في شكل لجان أو فرق عمل ذات مهام محددة و منصوص عليها في الاتفاقية المعنية، و هي مكلّفة أساسا بمراقبة تنفيذ الاتفاقية [1].

و لا تتوقف قائمة هذه الآليات عند هذه فقط، بل تتعداها إلى آليات إقليمية و آليات فرعية تابعة للأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة، و من بين هذه الآليات الفرعية التي تنشئها الأجهزة الرئيسية و على رأسها المجلس الاقتصادي والجمعية العامة يمكن التعرّف على الدور الجديد الذي يلعبه مجلس حقوق الإنسان في إطار ترقية هذه الحقوق و أكثر من ذلك

---

1 ـ يمكن الإشارة إلى هذه الآليات على سبيل المثال: لجنة القضاء على التمييز العنصري، و لجنة حقوق الإنسان المدنية و السياسية، و لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و لجنة مناهضة التعذيب و اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و فريق قمع جريمة الفصل العنصري و المعاقب عليها.

التفاصيل : د. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الجزء الثالث حقوق الإنسان، دار الثقافة، عمان 2006، ص 96 وما يليها.

في إطار مدى الفعالية في الرقابة على احترام هذه الحقوق و عدم انتهاكها و هو الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأن هذا المجلس جاء بديلا للجنة حقوق الإنسان التي كانت تعمل ضمن الأمم المتحدة في مجال الاحترام و الترقية، فما هو الدور الذي سيلعبه هذا المجلس في إطار مهامه الجديدة وتشكيلته و أهدافه مقارنة بسابقته لجنة حقوق الإنسان؟.

و للتعرّف على مجمل ما يتضمنه المجلس لنا أن نتعرّض إلى الأحكام الخاصة به من حيث النشأة و التشكيلة و الدور الذي يلعبه و كذا الوسائل و التدابير و الإجراءات التي يباشر عن طريقها عمله و يحقق أهدافه.

1. نشأة و عمل مجلس حقوق الإنسان :

مرت فكرة إنشاء مجلس حقوق الإنسان بمسيرة دبلوماسية تاريخية بدأت مع فكرة التفكير في إصلاح منظمة الأمم المتحدة بما فيها الآليات التي تعمل على ترقية و احترام حقوق الإنسان على رأسها إصلاح لجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والتي كانت تعمل منذ خمسين سنة في إطار منظمة الأمم المتحدة بالإضافة إلى تقوية دور المفوضية السامية لحقوق الإنسان.

1.1 ـ إنشاء مجلس حقوق الإنسان :

تتضمن النشأة إعادة النظر في لجنة حقوق الإنسان[2]، بالإضافة إلى مرور فترة إنشاء مجلس جديد بتطورات متعاقبة منذ سنة 2003.

2 ـ للتعرف على لجنة حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الأمم المتحدة يمكن الرجوع إلى التفاصيل :

M.C. Blandare, les mecanismes de l'organisation des NU dans le domaine des droits de l'homme, Bulletin des NU, 1990, p. 18.

ـ فرانسواز بوشيه سولينيه ترجمة أحمد مسعود : القاموس العمل للقانون الإنساني، دار العلم للملايين، باريس 2000، ص466 و ما يليها.

و قد أنشئت هذه اللجنة الفرعية من طرف المجلس الاقتصادي و الاجتماعي طبقا للمادة 68 من ميثاق الأمم المتحدة، و يعهد إليها مهمة تعزيز حقوق الإنسان داخل المنظمة، وتعتبر اللجنة ذات اختصاص دولي على كافة الدول الأعضاء في المنظمة سواء الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان أم غير الأطراف، يتم تعيين أعضاء اللجنة 53 عن طريق التصويت على الدول الأطراف بها و هذه الأخيرة تقوم بتعيين ممثلها بعد التشاور مع الأمين العام للمنظمة.

وتجتمع اللجنة بجنيف مرة واحدة في السنة لمدة ست أسابيع، و يعتبر أعضاؤها ممثلون للدول ودبلوماسيون لذلك اعتبرت اللجنة ذات طابع سياسي و هو الأمر الذي يختلف عن أعضاء اللجنة الفرعية لمنع التمييز و حماية الأقليات التي أنشأتها اللجنة، والتي تضم خبراء مستقلين، و للإشارة، أصبحت هذه اللجنة الفرعية تحمل اسم اللجنة الفرعية لتقرير حقوق الإنسان بعد سنة 1999، و هي تضم 26 خبيرا منتخبين من قبل لجنة حقوق الإنسان.

و من مهام اللجنة الأساسية صياغة نصوص حقوق الإنسان و كذا حماية و تعزيز هذه الحقوق، وكانت تعمل اللجنة وفقا لإجراءين الأول رقم 1235 الصادر من المجلس الاقتصادي في 6 يونيو 1967، والثاني رقم 1503 الصادر في 27 مايو 1970 و الذي انبثق عنه ما يعرف بالإجراءات الخاصة التي اعتمدت أمام مجلس حقوق الإنسان.

1.1.1 ـ الظروف الخاصة بالنشأة :

تتعلق هذه الظروف بالاتجاهات و المجهودات التي بذلتها الدول بالإضافة إلى دور الجمعية العامة و الأمين العام في تشجيع ظهور المجلس إلى الوجود و دفعه إلى العمل في إطار حقوق الإنسان.

لقد ارتبطت ظروف النشأة بضرورة إصلاح اللجنة نظرا للتشكيك الذي كان يسايرها من حيث مصداقيتها و انتقاءها للرقابة و تسييسها و كذا عدم تمتعها بالمكانة الدولية في

إطار منظمة الأمم المتحدة، نظرا لارتباطها كجهاز فرعي بالمجلس الاقتصادي و الاجتماعي الذي يعتبر هو الآخر مرتبطا في مجال حقوق الإنسان بالجمعية العامة [3].

و منذ سنة 2003 بدأت تتجسد فكرة التغيير و المطالبة بالإصلاح في إطار مجلس الحقوق الإنسانية الذي تبنته الدول على رأسها سويسرا و كذا الأمين العام الأسبق للأمم المتحدة و الفريق الرفيع المستوى الذي بدأ عمله منذ سنة 2004 بجانب الأمين العام.

و تلت هذه المجهودات تقديم الأمين العام في مارس 2005 لمشروع حول الإصلاح في إطار حرية أكبر نحو التنمية و الأمن و حقوق الإنسان للجميع، و ضمن هذا الاتجاه دافع الأمين عن فكرة إنشاء المجلس، و بعدها أمام الجمعية العامة في إطار الجهاز الرئيسي لمنظمة الأمم المتحدة التي من جهتها أكدت في دورتها 60 سنة 2005 على أن إنشاء المجلس هو من أولويات الإصلاح داخل المنظمة.

و فعلا أدّت كل هذه التحركات إلى تبني المشروع في إطار ملف مقدم من رئيس الدورة 60 للجمعية العامة وفي إطار الموافقة على ميزانية المنظمة لسنتي 2006 ـ 2007 مع الاهتمام ضمنها بحقوق الإنسان.

و في بداية 2006 يظهر النص الجديد لإنشاء المجلس و الاتفاق العام حوله في 15 مارس 2006 لتعتمده الجمعية في 9 ماي 2006، مع التصويت على 47 من أعضائه، و في 19 جوان تم افتتاح أوّل دورة للمجلس [4].

2.1.1 ـ التشكيلة و تكوين مجلس حقوق الإنسان :

تمت الموافقة على تشكيلة مجلس حقوق الإنسان بتاريخ 15 مارس 2006 بعد التصويت عليه في الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك.

---

3 ـ مختلف المعلومات حول لجنة حقوق الإنسان :

- M.C. Bhandare, les mecanismes de l'organisation des NU dans le domaine des droits de l'homme, Bulletin des NU, 1990, p. 18.

4 ـ لتفاصيل أكثر حول مراحل إنشاء مجلس حقوق الإنسان يمكن الرجوع إلى الموقع : www.dfae.admin.ch

و انتهى ذلك بانتخاب 47 عضو للمجلس و ذلك بموافقة 170 دولة مقابل 4 دول معترضة و3 دول ممتنعة [5]، و بعد انتخاب الأعضاء في 9 ماي 2006 بدأ المجلس أشغاله في أول اجتماع له في دورته العادية الأولى بتاريخ 19 جوان 2006 بمقره بجنيف.

يتم الانتخاب في الجمعية على أساس الأغلبية المطلقة لأعضائها، و يقوم الأعضاء بمهامهم لمدة 3سنوات قابلة للتجديد لفترتين متتاليتين.

و للجمعية العامة أن توقف عضوية أية دولة في المجلس عن طريق التصويت بأغلبية الثلثين في حالة خرق الدولة العمدي و الخطير لحقوق الإنسان، و في تقييم هذا الوضع كان يمكن أن يتم التصويت على الأعضاء بأغلبية الثلثين أو أية أغلبية موصوفة وليس عن طريق الأغلبية المطلقة حتى لا يقع المجلس في مساوئ الأغلبية الأوتوماتيكية التي تفرزها تكتلات الدول داخل الجمعية العامة كما كان بالإمكان الاعتماد على أغلبية أعضاء المنظمة و ليس أغلبية أعضاء الجمعية العامة.

إن أهم إيجابية جاءت في شروط اختيار الأعضاء هي تلك المتعلقة بتحمل هذه الأخيرة للالتزامات خاصة في مجال حقوق الإنسان و هي التزامات إرادية تعلن عنها الدول، و تكون هذه فرصة لتحسين أوضاعها في مجال حقوق الإنسان، و هو الوضع الجديد الذي لم يكن متبعا و لا مشروطا بالنسبة لأعضاء لجنة حقوق الإنسان سواء علنيا أو قانونيا أو إراديا.

و من أهم العلاقات التي يعتبر المجلس الجديد مطالبا بإقامتها يمكن الإشارة على وجه الخصوص إلى المنظمات غير الحكومية التي طالبت بضرورة سماعها من المجلس و ذلك عن طريق "الإعلان الخاص بالمنظمات غير الحكومية، الصادر في آخر اجتماع للجنة حقوق الإنسان في مارس 2006، حيث تضمن الإعلان مجموعة من الأهداف و المطالب أهمها

5 ـ يمكن التعرف على هذه الدول، عميمر نعيمة ـ محاضرات في حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص220، كما يمكن التعرف على تشكيلة المجلس الأولى و كذا على توزيع الدول الأعضاء في المجلس على أساس التوزيع الجغرافي العادل ضمن نفس المرجع.

مشاركة هذه المنظمات في أشغال المجلس و تقييمه للدول و مشاركتها في المفاوضات وتحديد الأهداف و المبادئ المرتبطة بعملية التقييم و أخذ الكلمة أثناء المناقشات و هو الأمر الذي حصل بعد إنشاء المجلس عن طريق مشاركة المنظمات غير الحكومية أشغال المجلس في دوراته الثالثة و الرابعة و الخامسة بحضور 13 منظمة غير حكومية بين سنتي 2006 و2007.

2.1 ـ واقع مجلس حقوق الإنسان :

لنا أن نبحث عن دور المجلس و أهميته و كذا محاولة تقييم نشاطه و نتائجه على صعيد الدول و على مستوى الدورات العادية و الاستثنائية التي يعقدها.

1.2.1 ـ طرق عمل المجلس :

ضمن هذا الموضوع يمكن أن نشير إلى أن المجلس يتميّز بالاستمرارية و الديمومة في اجتماعاته و دوراته و في التحقيق و الدراسة و التقييم أكثر من ما كانت عليه اللجنة لدرجة أنه اعتبر جهازا شبه دائم أو دائم نظرا لأنه يجتمع في 3 دورات عادية سنويا تكون الواحدة منها رئيسية تستغرق مدة أدناها 10 أسابيع كما يعقد دورات استثنائية لمواجهة الأزمات الاستعجالية [6].

6 ـ و للإشارة فإنه عقد دورة استثنائية بتاريخ الجمعة 9 جانفي 2009 حول الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة و ذلك بطلب من مصر باسم المجموعة العربية و الإفريقية و الباكستان باسم مجموعة منظمة المؤتمر الإسلامي، وكوبا باسم حركة عدم الانحياز، و قد وقّع طلب الانعقاد من طرف 32 عضو بالمجلس منهم أنغولا، السعودية، جنوب إفريقيا، البحرين، بوليفيا، الأردن، ماليزيا، نيجيريا، الباكستان، قطر، روسيا، السنغال، و هي الدورة التاسعة منذ 2006 حيث سبق للمجلس أن عقد دورات حول الأوضاع في فلسطين أيضا عن طريق تقديم 99 طلب لإسرائيل أهمها وقف العدوان و إطلاق سراح السجناء، بالإضافة إلى دورته حول لبنان ودارفور و الكونغو و الأزمة الغذائية وآخرها العدوان الإسرائيلي على غزة.

و لأول مرة لم يحقق المجلس الاتفاق العام بين أعضائه في التصويت حيث تبنى القرار الخاص بالعدوان الإسرائيلي بأغلبية 33 صوت مقابل 13 أصوات ممتنعة منها الدول الأوروبية و سويسرا و صوت معارض و هي كندا، حيث جاء في القرار ضرورة التوقيف العاجل للاعتداءات الإسرائيلية على غزة كون ذلك يشكل انتهاكا خطيرا و جماعيا لحقوق الإنسان، تم اعتماد القرار في 12 جانفي 2009، كما تم تبني هذا القرار بعد مشاورات طويلة دامت 5 أيام من المفاوضات أسفر عنها ضرورة توقيف الاعتداءات دون تحديد مرتكبيها أو التنديد بها بشكل صريح، والأهم من ذلك هو النص عل إنشاء مهمة دولية للتحقيق حول الانتهاكات الواقعة في غزة.

2.2.1 ـ الخصائص المميزة للمجلس مقارنة بلجنة حقوق الإنسان سابقا :

أنشئ مجلس حقوق الإنسان من أجل السهر على رعاية و احترام حقوق الإنسان مثله مثل اللجنة التي كانت مكلّفة هي الأخرى بالسهر على احترام حقوق الإنسان.

قامت الجمعية العامة في سنة 2006 بإنشاء المجلس و هو الذي يتكون من 47 عضو منتخبين ضمن أعضاء منظمة الأمم المتحدة بينما أنشأ المجلس الاقتصادي اللجنة في سنة 1946، و تتكون من 53 عضو تابعين للدول الأعضاء في المنظمة وحبذا لو كان المجلس يتكون من عدد أقل من هذا حتى يتمكن من مباشرة مهامه بصورة أكثر فعالية واستقرار وتحكم أكبر في قراراته و توصياته.

يعتبر المجلس جهازا حكوميا بينما تعتبر اللجنة جهازا تقنيا يضم أعضاء المنظمة بالإضافة إلى دول غير أعضاء و إلى منظمات حكومية و غير حكومية و وكالات متخصصة و حركات تحرر، و للجهازين الحق في إنشاء فروع تابعة لهما، فعلى سبيل المثال أنشأت اللجنة لجنة فرعية أو ثانوية مكلّفة بمكافحة التدابير التمييزية و حماية الأقليات كما أنشأ المجلس لجان ثانوية: هي اللجنة الاستشارية التي تعدّ كلجنة تفكير تمنح للمجلس الاستشارات و النصائح حول مسائل حقوق الإنسان.

و تبعا لهذه المقارنة يمكن القول أن المجلس يعدّ في مرتبة أسمى من اللجنة كونه جهازا مستقلا بينما تعتبر اللجنة جهازا وظيفيا.

3.2.1 ـ تقييم نشاط و عمل مجلس حقوق الإنسان :

لم تمر فترة طويلة على عمل المجلس حتى يمكن لنا التقييم الفعلي لجهوده و نتائجها خاصة و أن المجلس باشر نشاطه في إطار الإجراءات التي كانت قائمة في عهد اللجنة منها الإجراء 1503 و مختلف الإجراءات الخاصة التي كانت تباشرها اللجنة.

و إذا كان المجلس قد اعتمد كما سنتناوله آلية جديدة للتقييم الدوري العالمي و كذا للتقييم الذاتي الإرادي للدول الأعضاء به، و كذا ضرورة تقييمه للدول 192 الأعضاء في

منظمة الأمم المتحدة في أجل 4 سنوات بشكل دوري تنتهي في سنوات 2011 لتعاد الدورة الثانية من هذا التقييم بعد هذه السنة و لنفس المدة أي 4 سنوات بشكل دوري على الدول.

كما لا يفوتنا أن ننوه باللجنة الاستشارية التي أنشأها المجلس و التي تهتم بتقديم المشورة و الخبرة في مسائل حقوق الإنسان، و أعاد المجلس ترتيب الأوضاع و الأحكام فيما يتعلق بنظام الشكاوى الذي أصبح يسمح للأشخاص و للمنظمات غير الحكومية بأن ترفعها.

و بالرغم من هذه المجهودات و التغيرات في الآلية الدولية لحماية و ترقية و رقابة حقوق الإنسان، إلاّ أنه ومنذ النشاط الفعلي للمجلس في جوان 2007 قام بمباشرته للتقييم الدوري على مجموعة من الدول نذكر منها الجزائر في فيفري 2008.

و مع ذلك فعلى المجلس و من أجل تحقيق أهدافه أن يخلق الآليات الضرورية و التي تستعمل بشكل حيادي و موضوعي بالنسبة لكل الحالات المطروحة عليه و ليس استنادا إلى الاعتبارات الخاصة و المصالح السياسية أو الدبلوماسية كما شهدناه بالنسبة للتصويت في مجال إدانته للعدوان الإسرائيلي على غزة الذي ظهرت فيه الميولات السياسية و المصلحية لبعض الأعضاء.

و في نفس الاتجاه يجب أن يحقق الاستقلالية و الحياد في إطار عمل المقررين والخبراء و الموفدين إلى الدول من أجل التحقيق و التقييم دون تعرضهم للضغوطات السياسية أو وقوعهم في صف الخيارات و الانتقاء و التسييس كما كان حاصلا في مهام لجنة حقوق الإنسان.

و ضمن هذه الإشارة يكاد يكون المجلس في بعض خصائصه مشابها للجنة رغم كل شيء من حيث الشكلية و الإنشاء و التأثير و عدم التخصص في أعضائه و هو الأمر الذي نبّه إليه الأمين العام السابق في ضرورة إيجاد آلية متخصصة و ضيقة التشكيلة، بالإضافة إلى ضرورة تمتعه بالاستقلالية لدرجة أن الأمين العام فضّل إنشاء جهاز رئيسي جديد.

كما يؤخذ على المجلس اهتمامه بقضايا بذاتها أو مشابهة نتيجة تأثير الدول الأعضاء به والتصويت عليها لذلك لم يحقق المجلس بشكل واسع و بعيد المدى في الجهات التي لم تصل إليها وسائل الإعلام أو ليس هناك من يدافع عنها داخل المجلس.

إنما الجانب الإيجابي الحقيقي في عمل المجلس هو التزام الدول بتقييم نفسها وبالتالي بالرقابة الذاتية على تنفيذ و احترام حقوق الإنسان.

2 ـ آليات العمل في مجلس حقوق الإنسان :

يعمل مجلس حقوق الإنسان من أجل تحقيق أهدافه في إطار هيكلة تبادلية عمودية لأجهزته الفرعية بالإضافة إلى إتباعه لإجراءات متنوعة و متفاوتة الأهمية و الفعالية لذلك سنتعرف على العلاقات القائمة هيكليا في المجلس بالإضافة إلى التعرّض للإجراءات المختلفة التي يعمل عن طريقها المجلس.

1.2 ـ العلاقات القائمة في إطار مجلس حقوق الإنسان :

للتعرّف عن هذه العلاقات يجدر بنا التعرّض إلى الأجهزة الفرعية التي يعمل من خلالها المجلس سواء كانت أجهزة وظيفية أو هيكلية أو شخصية.

1.1.2 ـ العلاقة التي تربط المجلس بمختلف الأجهزة :

يتشكل المجلس كما سبقت الإشارة إليه من 47 دولة عضوة، و من خلال هذه التشكيلة نجد المجلس يرتبط مباشرة بالمجلس الاقتصادي و الاجتماعي من جهة الذي يحيل أعماله و تقاريره إلى الجمعية العامة، بالإضافة إلى أنه يتكوّن أيضا من لجنة استشارية تابعة له تتكوّن من18 خبير يشكلون المقررين الخواص أو فرق العمل التي تباشر مهامها في إطار مواضيع و دول مختلفة و تقدم تقاريرها و دراساتها إلى اللجنة الاستشارية والتي هي بدورها تسلمها إلى المجلس لتكون بمثابة التقرير السنوي المعتمد من طرفه المقدم إلى المجلس الاقتصادي و من خلاله إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة.

و مع أن المجلس يعتبر جهازا مستقلا عن الأجهزة الفرعية الأخرى إلاّ أنه و من أجل تحقيق أهدافه و ضمان التعاون و التكامل بين مختلف الأجهزة الأخرى فإنه يقيم علاقات

تعاونية و تكاملية مع الأجهزة الفرعية الأخرى التابعة للأمم المتحدة، و على رأسها المفوضية السامية لحقوق الإنسان، و ذلك عن طريق قسمها الخاص بإجراءات حقوق الإنسان و المتمثل في التقييمين الفرعين الخاصين بالمجلس و بالإجراءات الخاصة و هما القسمين الذين من خلالهما تقدّم المفوضية السامية للمجلس و للمقررين و الخبراء و فرق العمل التابعين له التسهيلات لمباشرة عملهم عن طريق أقسامها المتنوعة و العاملة في مجال حقوق الإنسان، حيث أن قسمها الخاص بالتدابير و الإجراءات الخاصة يساعد أعضاء المجلس، و قسم البحث و الحق في التنمية يعمل على تحسين إدماج قواعد التنمية بحقوق الإنسان، كما أن قسم تقوية القدرات و العمليات الميدانية يساعد على العمل الميداني في أراضي الدولة.

2.1.2 ـ علاقات العمل في إطار مجلس حقوق الإنسان :

تظهر علاقات العمل هذه في إطار المتابعة المستمرة التي تباشرها أجهزته الفرعية سواء كان ذلك عن طريق المقررين أو الخبراء أو فرق العمل و هي كلها ترتبط بعلاقات تبعية لمجلس حقوق الإنسان عن طريق تقديمها دوريا لتقارير خاصة سواء بطريقة مباشرة إلى المجلس أو عن طريق اللجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان التي تتلقى التقارير من المقررين الخواص سواء من مختلف الدراسات التي قاموا بها أو من خلال المتابعة و البحث، بالإضافة إلى تلقيها التقارير من طرف فرق العمل الناشطة في مجال الأشكال العصرية للاسترقاق و في موضوع الشعوب الأصلية و الأقليات أو في إطار المنتديات أو الملتقيات الاجتماعية.

أما بالنسبة للتقارير المباشرة الموجهة إلى المجلس فهي تلك التي تتعلق :

ـ بالمقررين الخواص حول مسائل موضوعية أو حالات قانونية موضوعية بالإضافة إلى التقارير المقدمة من الدول المعنية بها (Rapports thématiques et par pays).

ـ بفرق العمل و هي الفرق التي تنشط في ميادين معينة على سبيل الهدف و التخصص لدراسة حالة أو مسألة معينة تتعلق بمواضيع خاصة يمكن ذكرها في الاختفاء القسري أو اللاإرادي و في مجال الحق في التنمية و السجن التعسفي.

بالإضافة إلى فريق العمل الحكومي المهتم بتطبيق إعلان و برنامج عمل دوربان لحقوق الإنسان و كذا فريق الخبراء السامين و المستقلين، و فريق عمل للخبراء حول الأشخاص المنحدرين من إفريقيا و كذا فريق العمل المكلّف بدراسة التبليغات و الأوضاع، وأخيرا ما يتعلّق بالتحقيق الدوري الشامل و العالمي: (Examen périodique universel).

إن مختلف هذه العلاقات تجعل مجلس حقوق الإنسان يعمل في إطار جبهات مختلفة و متنوعة دوليا إقليميا و وطنيا، و تنوعه يشمل الجانب العضوي و الاختصاص، ذلك لأنه يباشر صلاحيات متنوعة و متفاوتة الأهمية.

إلاّ أنه و أمام كل هذه العلاقات يبقى عمله مرتبطا و قائما على أساس إجراءات متابعة و تحقيق و دراسات دون أن تصل هذه الأعمال إلى درجة المتابعة و التطبيق الفعلي أو القسري.

إن عمله يتوقف عند حدود التقارير و المتبعة دون الوصول إلى التوصيات أو تقديم الطلبات للدول مباشرة لأنه و رغم استقلاليته يبقى مرتبطا في نشاطاته و تقاريره بالجمعية العامة التي لها أن تتخذ الإجراء المناسب عند الضرورة.

2.2 ـ الإجراءات التي يعمل من خلالها مجلس حقوق الإنسان :

يباشر المجلس صلاحياته عن طريق الأجهزة أو الآليات التابعة له و التي تعمل وفق إجراءات و طرق مختلفة و متنوعة تتمثل أساسا فيما يلي :

1.2.2 ـ "الإجراءات الخاصة" في مجلس حقوق الإنسان [7] :

تباشر هذه الإجراءات من طرف المقررين الخواص، و هي تتعلق بآليات موجهة إلى الدول أو إلى مواضيع خاصة بحقوق الإنسان تنشأ مؤقتا و خصيصا لفترة معينة لمتابعة وضعية خاصة بحقوق الإنسان و من أجل تحسينها.

7 ـ نعني بالإجراءات الخاصة التعبير المستعمل في الإجراءات و الآليات التي أقامتها لجنة حقوق الإنسان سابقا و أخذ بها مجلس حقوق الإنسان و التي تهتم بدولة بذاتها أو بوضعية أو موضوع خاص أو مسألة معينة في العالم تتعلق بحقوق الإنسان : للتعرّف على هذه الإجراءات :

Rapport des proc édures spéciales au conseil des droits de l'homme:

-http: www.2.ohchr. org/ french/ bodies/chr/ spécial/.

و يمكن مباشرة هذه الإجراءات من طرف المقررين الخواص أو من طرف ممثلين للأمين العام و من فرق عمل خاصة.

و تقام هذه الإجراءات عن طريق شكاوى رسمية من الدول أو عن طريق تبليغات أو مراسلات من مصادر مختلفة كالضحايا أو أقاربهم أو المنظمات غير الحكومية التي تبلغ عن انتهاكات لحقوق الإنسان في دولة ما سواء فردية أو اجتماعية.

و بالنسبة لطريقة مباشرة هذه الإجراءات فإنها ترتبط أولا بشروط واجبة التحقيق في إطار المراسلات كالتعريف بالضحية و بمقترف الفعل أو الانتهاك و باسم مقدم المراسلة وبوصف ظروف الانتهاك.

و من جهته فإن المقرر الخاص يقوم بتقديم تقرير سنوي إلى المجلس بخصوص التبليغات المقدمة و التي لا يشترط فيها ضرورة كون الدولة طرفا في الاتفاقية ذات الموضوع بالمراسلة، لذلك يمكن القول أن أهمية هذه الإجراءات تظهر من خلال أنها لا ترتبط باتفاقية معينة في موضوع بذاته أو موضوع عام كما هو الشأن بالنسبة للآليات الاتفاقية لحقوق الإنسان.

كما لا يشترط فيها ضرورة موافقة الدولة المعنية بالإجراء، حيث أن الأشخاص لهم الحرية الكاملة في تقديم التبليغ و للإشارة فإن المجلس وفّر لهم مذكرة خاصة بالأجوبة عن موضوع التبليغ لتسهيل مهامهم سواء كان الأمر يتعلق بموضوع أو بدولة.

و في إطار هذه التبليغات يقوم الخبراء أو المقررون بدراسة الدعاوى و تحويلها إلى الدولة المعنية بها في شكل تبليغ أو رسالة من أجل الكف عن هذه الانتهاكات كما لهؤلاء أن يتقدموا بتصريحات إلى الصحافة و الرأي العام.

و لو حاولنا تقييم هذه الآلية نجد أن نتائجها تبقى غير نهائية و غير كافية، كما يبقى المجلس الذي ورث هذا الإجراء من لجنة حقوق الإنسان في بحث و دراسة مستمرة من أجل تحسين مفعول هذه الآلية و توسيع فوائدها بمشاركة كل الأطراف المعنية بحقوق الإنسان.

و تظهر نسبية فعالية هذه الآلية من خلال أنها تبقى مجرد مهام يقوم بها المقررون أو الخبراء أو الممثلون عن طريق إرسال نداءات إلى الدولة المعنية أو أن يقوموا بزيارات لهذا البلد بموافقة الدولة و تحت متابعتها و تلقي دعوة منها.

و في آخر زيارتهم يقوم الممثلون بتحرير تقرير حول عملهم يتضمن ملاحظاتهم وخلاصاتهم حول الدراسة، مع العلم أن المجلس أوجد نوعا من الإصلاحات في هذه الآلية عن طريق تحسينها و إقامة ما يعرف بالطابع المؤسساتي لإجرائها و كذا تحديد مدة المهام و نظام عمل المكلّف بها و تحميله لدفتر العمل الذي يوضح فيه المقرر طريقة تصرفه و الإجراءات التي قام بها [8].

2.2.2 ـ الإجراء الخاص بالشكوى :

يتمثل هذا الإجراء في إمكانية دراسة موضوع مجموعة من الانتهاكات لحقوق الإنسان عمدية و خطيرة، بأدلة قائمة، مرسلة من طرف الأشخاص أو المنظمات غير الحكومية ضد الدولة المنتهكة.

كما يمكن أن يشمل هذا الإجراء الذي يباشره المجلس مجموعة مماثلة من الانتهاكات الفردية التي تتشابه في موضوعها لتصبح انتهاكا جماعيا لحقوق الإنسان.

و في نفس الاتجاه، يشترط لقبول الشكوى مجموعة من العناصر، كاسم مقدم الشكوى أو المجموعة الشاكية أو المنظمة حتى و إن فضّلت السرية، و للإشارة فإن سريّة مقدم الشكوى ليست دائما فعالة نظرا لأن الدولة تستطيع بمختلف الوسائل التعرّف عن الشخص أو الأشخاص المعنيين بالشكوى.

8 ـ و مع كل هذه الملاحظات فإن هذه الإجراءات طبّقت في سنة 2007، 40 مرة منها 28 إجراء خاص بموضوع معيّن و 12 تمّ في دول معينة، كما قام المقررون بمباشرة 62 زيارة ضمن 51 دولة و قدموا إلى المجلس 135 تقريرا و 20 تقرير للجمعية العامة ونشروا 150 إعلانا للصحافة و حولوا 1000 مراسلة إلى 125 دولة، أنظر الموقع :
http: www.un.org/french/events/tenstories/2007/humanrights.shtml.

و يجب أن تتضمن الشكوى النص على مجموعة الانتهاكات الصادرة من الدولة المعنية و التي يتطلّب فيها جانب الخطورة و العمد عن طريق الأدلة، و أوصاف الأفعال وأسماء الضحايا و المسؤولين عن هذا الانتهاك، مع تضمينها لأدلة ملموسة كالكتابات وإعلانات الضحايا، و تحديد الحقوق المنتهكة و كذا الهدف من الشكوى كالعمل على وقف هذه الانتهاكات من طرف الأمم المتحدة.

و يشترط أخيرا في الشكوى أن صاحبها يكون قد استنفذ طرق الطعن الداخلية دون حصوله على حق أو دون توصله إلى ذلك ارفض الدولة دعواه و طلبه.

و إذا رجعنا إلى منشأ هذا الإجراء أو الشكوى نجد أنها رأت النور في إطار ما يعرف بإجراء 1503 الذي يعدّ آلية عالمية صادرة عن المجلس الاقتصادي و الاجتماعي عن طريق لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة التي أوجدته [9].

و يعتبر هذا الإجراء طبقا للقرار رقم 1503 إجراء سريا يؤدي إلى التحقيق في حقوق الإنسان لدى الدول دون أن يهتم بالمسائل الفردية و بتقديمه لأجوبة خاصة أو فردية، كما ليس لهذا الإجراء أن يقدم فيما بعد الجواب للأطراف التي قدمت الشكوى و تبقى العلاقة قائمة فقط في إطار إعلامهم عن تسلّم الشكوى من طرف المجلس.

يصدر القرار في إطار الشكوى في إطار 3 حالات إما بحفظ القضية و عدم الاستمرار فيها أو بقائها ضمن المتابعة و التحقيق أو باللجوء إلى مساعدة الدولة في المسألة بإرسال توصية بذلك إلى الدولة المعنية، و ليس للمجلس أن يقرر توقيع جزاءات ضد الدولة المعنية.

9- أوجد هذا الإجراء توسعا أكبر من الناحية الإجرائية و من حيث التحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان و توضيحا خاصا بمسائل المراسلات و التبليغات و الشكاوي الخاصة بخرق حقوق الإنسان صدر القرار في 27 ماي 1970 تحت عنوان الإجراءات المعتمدة من أجل دراسة التبليغات الخاصة بخرق حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و الذي يضيف إلى ما سبق العمل به إمكانية إنشاء فريق عمل يتكوّن من 5 أعضاء تابعين للجنة المكلفة بدراسة الحالة، التفاصيل حول العمل بالإجراء : - عميمر نعيمة، محاضرات في حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 220 و ما يليها.

3.2 ـ دور المقررين في فرق العمل الخاصة :

يعمل هؤلاء المقررون في إطار فرق عمل متخصصة في موضوع معين مرتبط بحقوق الإنسان، و عدد هذه الفرق ـ مرتبط بالموضوع الواجب دراسته و متابعته و لنا في هذا الموضوع التعرّض لأهم هذه المواضيع.

1.3.2 ـ المقرر الخاص بفريق عمل المحاكمات التعسفية و اللاقضائية :

exécution extrajudiciaires, sommaires ou arbitraire

يتمثل عمل هذا الفريق في إطار الأحكام الصادرة بصورة تعسفية أو خارج نطاق القضاء و التي يبلغ عنها من أجل تدخل استعجالي خاصة في حالة التهديد بالموت العاجل أو حالات انتهاكات خطيرة للحق في الحياة[10].

و يتم التعامل في هذا الإطار عن طريق تقديم تبليغ أو مراسلة من طرف الضحية أو الأشخاص المتواجدين في هذه الحالات إلى المقرر الخاص لفريق العمل المعني بالموضوع.

و يقوم المقرر بدراسة الدعوى أو الطلب و له أن يقرر بعد ذلك إذا كان بالإمكان إعلام الدول المعنية بذلك عن طريق مراسلة موجهة لها أو عن طريق رسالة شكوى أو تحذير عندما تكون الأفعال قد تمت و لا يمكن التراجع عنها، أو عن طريق نداء مستعجل في حالة الانتهاكات السارية و الخطيرة القائمة كما له أن يقدم إعلانا خاصا أمام الصحافة والرأي العام.

10 ـ يمكن تحديد بعض هذه الحالات في إطار مجموعة من الصور تظهر في خرق حق الحياة في إطار عقوبة الإعدام بعد محاكمة غير منصفة و غير عادلة مع عدم السماح بالاستئناف أو الدفاع أو طلب العفو أو التخفيف من العقوبة أو في حالة كون المحكوم عليه قاصرا أو معتوها أو مختلا عقليا الخ...، و في حالة الموت المشبوه أثناء الحجز أو أثناء استعمال العنف من طرف مسئولي القوة العمومية، أو هجوم من طرف قوات أمن الدولة أو بموافقة الدولة أو أثناء انتهاكات حقوق الإنسان في وقت النزاعات المسلحة أو في حالة الطرد والإبادة و عدم العقاب و عدم التعويض، التفاصيل في الموضوع، الموقع :

les execution extrajudiciaires http://invoquerdroits de- l'homme.org/sr-arbitrary -executions.html?etl.

و تبقى هذه الإجراءات كلها ودية لا يمكن عن طريقها تحويل الدولة إلى مدعى عليها قضائيا لكنها مع ذلك تؤثر على سمعة و مكانة الدولة دوليا نظرا للتشهير بها بالإضافة إلى كون عمل المقرر سيرفع إلى الجهات الأممية عن طريق مجلس حقوق الإنسان و الجمعية العامة في شكل التقارير السنوية أو الدورية التي تقدمها كل الدول كما أشرنا إليه آنفا.

2.3.2 ـ المقرر الخاص بأوضاع حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للشعوب الأصلية [11]:

تكون لهذا الفريق علاقة مباشرة مع اللجنة الاستشارية لحقوق الإنسان التابعة لمجلس حقوق الإنسان.

و تقوم هذه اللجنة بمهمة جمع و تبادل المعلومات و الأخبار من المصادر المختلفة بما فيها الحكومات حول الأشخاص التابعين للشعوب الأصلية أو لجماعاتهم و منظماتهم وحول انتهاكات لحقوق الإنسان.

و انطلاقا من هذه المعلومات يقوم المقرر الخاص بتقديم توصيات و اقتراحات لتدابير مناسبة من أجل الوقاية أو حماية خرق حقوق الإنسان لدى هذه الشعوب.

و عادة ما يتعامل المقرر الخاص عن طريق التبليغات المرسلة له من طرف المنظمات غير الحكومية أو من طرف الأشخاص الأصلية أو المنظمات الحكومية و بقية أجهزة الأمم المتحدة العاملة في مجال حماية حقوق الإنسان.

يقوم المقرر بدارسة المعلومات و تقرير التدابير الواجبة اتخاذها إذا كانت المعلومة موثوقا منها على ضوء ما تتضمنه من أخبار مؤكدة كالاسم و الأصل الذي ينتمي إليه المبلغ بالإضافة إلى ما يتعلق بطبيعة الانتهاك و أدلة حول ذلك[12].

---

11 ـ للتعرف أكثر على الشعوب الأصلية : الموقع :

les droits des peuples autochtones sont des droits humains http://www.pdhre.org.rights .indigenous.fr.

12 ـ يمكن الرجوع إلى المضمون الواجب في التبليغ و كذا المعلومات الضرورية، الموقع :

http://invoquerdroitsdel?homme.org/sr.indigenous.peoples.html.

و بعد تلقيه الشكوى أو التبليغ يقوم المقرر الخاص بإرسال نداءات مستعجلة إلى الدولة المعنية التي تنتهك بشكل عمدي و خطير هذه الحقوق و من أجل الكف عن ذلك كما له أن يبعث برسائل إلى الحكومات المعنية، كما تضمن نشاط المقرر في هذا الموضوع مجهودا جديدا يتعلق باتخاذه لوسائل متابعة مرتبطة بالمراسلات السالفة الذكر.

و للإشارة فإن كل المراسلات الموجهة للدولة المنتهكة لحقوق الشعوب أو الأشخاص الأصليين تبقى سرية لحين نشرها في إطار التقرير السنوي الشامل للمقرر الخاص أمام لجنة حقوق الإنسان و الذي يتضمن مجموعة من المعلومات الخاصة بمراسلاته و بالأجوبة التي تلقاها من الدولة، حينها يصبح الإجراء علنيا و منشورا.

3.3.2 ـ فريق العمل حول الاختفاء القسري و اللاطوعي :

في هذا الموضوع يباشر فريق العمل مهامه ليس عن طريق مقرر خاص لكن بواسطة خبراء مستقلين.

يتضمن هذا العمل متابعة انتهاكات مجموعة من الحقوق المكرسة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المنصوص عليها في العهدين الدوليين و مجموعة من الاتفاقيات الدولية أهمها الأخيرة التي لم تدخل حيّز النفاذ بعد و هي الاتفاقية ضد الاختفاءات القسرية.

و للإشارة فإن الاختفاء القسري يمس بالعديد من الحقوق الشخصية و القانونية والاعتراف بها و الحق في الحرية والأمن و الحق في عدم التعذيب أو العقوبات القاسية وأخيرا و أهمها المساس بالحق في الحياة.

يباشر فريق الخبراء عملهم في إطار معلومات أكيدة و واضحة و معللة بالاستناد إلى مجموعة من الأخبار أو العناصر الواجب توفرها و ذكرها في المراسلة [13].

13 ـ و تضم هذه العناصر مجمل المعلومات التالية من اسم الشخص المختص و تاريخ اختفائه و مكانه توقيفه أو اختطافه و معلومات حول الأشخاص المفترض فيهم فعل الاختطاف و تحديد مختلف التدابير التي اتخذتها عائلة المختطف كالتحقيق و ذكر هوية الشخص أو المنظمة التي قدمت التقرير إلى الفريق الذي يبقى سريا مع ذلك، ومعلومات واسعة في الموضوع يمكن الرجوع إلى الموقع : Les disparitions forcées ou involontaires. http://invoquerdroitsdel?homme.org/wg-enforced.disappearances.html.

و بعد دراسة الدعوى أو التبليغ من طرف فريق الخبراء لهذا الأخير أن يقرر فيما إذا كان عليه أن يعلم الدولة المعنية في شكل مراسلة أو رسالة تنديد إذا تكررت الانتهاكات أو أدت إلى نتائج لا رجعة فيها أو في شكل طلبات عاجلة للتوقف عن الانتهاكات أو عن طريق إعلان إلى الصحافة للتعريف و التشهير بهذه الانتهاكات.

4.3.2 ـ الممثل الخاص للأمين العام من أجل المدافعين عن حقوق الإنسان :

يرتبط عمل الممثل الخاص للأمين العام بأهمية الدور المتزايد الذي يلعبه مدافعو حقوق الإنسان و كذا الاعتراف لهم بالمخاطر التي يواجهونها أثناء مهامهم.

و من المعلوم أن مدافعي حقوق الإنسان هم كل فئات الأشخاص الذين ينتمون بمفردهم أو مع غيرهم من أجل حماية كل أشكال و صور حقوق الإنسان عن طريق الجمعيات أو النقابات أو المهن المختلفة كالصحفيين و الكتاب.

و يعمل الممثل الخاص من أجل حماية و ترقية حقوق المدافعين عن حقوق الإنسان في إطار ما حدد لهم في الإعلان حول مدافعي حقوق الإنسان سنة 1998 بالإضافة إلى مختلف النصوص الدولية كالإعلان العالمي والعهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية.

يتعامل الممثل الخاص في هذا المجال عن طريق الشكاوى المقدمة إليه من طرف الضحايا أو من ممثليهم المعنيين أو من طرف المنظمات غير الحكومية، و لا تخضع هذه الشكاوى لأية إجراءات شكلية أو رسمية مسبقة حيث تقدم إلى الممثل الخاص بمجرد احتوائها على مجموعة من الترتيبات المحددة من طرف هذا الأخير [14].

و بعد دراسة الدعوى أو الشكوى يقرر الممثل الخاص إعلام الدولة المعنية إذا رأى ذلك ضروريا بنفس الطرق، المراسلة أو الإعلان أو الطلب العاجل أو التصريح الصحفي.

14 ـ يجب أن تتضمن الشكوى المعلومات التالية: هوية مقدمين التبليغ، معلومات عن الضحية و التوسع في المعلومات عندما يتعلق الأمر بجماعة مكان الواقعة و تاريخها و الأوصاف الخاصة بالواقعة محل الانتهاك، ذكر التدابير التي تم اتخاذها على المستوى الوطني و الدولي، يمكن الرجوع لتفصيل أكثر : الموقع :

Les defenseurs des droits de l'homme

http://invoquerdroitsdel?homme.org/sr.human.rights.de Fenders.html.

إن هذه اللمحة عن بعض الإجراءات التي يباشرها المقررون في موضوع ما أو حالة معينة تجعلنا نقول أو مهامهم تتوقف عند تلقي المعلومة و دراستها و الاتصال بالدولة من أجل التوقف عن الانتهاك أو من أجل اتخاذ ترتيبات مضادة و في أثناء ذلك لهؤلاء أن يقدموا تقارير سنوية حول مهامهم إلى الجهة العليا و المتمثلة في آخر المطاف في مجلس حقوق الإنسان الذي له علاقة مباشرة بالجمعية العامة كجهاز فرعي و تابع لها من حيث التقارير الدورية الخاصة باحترام و ترقية حقوق الإنسان على مستوى منظمة الأمم المتحدة.

و بالإضافة إلى هذه الإجراءات اعتمد مجلس حقوق الإنسان آلية جديدة ترتبط بالدول مباشرة دون اشتراطها مسألة الانتهاك أو التبليغ أو الشكوى، تتعلق هذه الآلية بما يعرف بالتحقيق الدوري العالمي.

3 - الإجراء الجديد الذي أحدثه مجلس حقوق الإنسان :

أوجد مجلس حقوق الإنسان آلية جديدة لمتابعة احترام حقوق الإنسان و ترقيتها في الدول و هي المتمثلة في نظام التحقيق الدوري الشامل الذي يسمح بتقييم أوضاع حقوق الإنسان في كل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة و كذا الدول الأعضاء في هذا المجلس.

و يشارك المجلس في هذا التقييم عن طريق تقارير تقدم إليه من طرف المنظمات غير الحكومية، و مكتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان التي تحضر ملخصا للمعلومات الخاصة بالدولة محل التقييم و التحقيق.

1.3 - التعريف بالإجراء الجديد : التحقيق الدوري الشامل (العالمي)

Examen périodique universel

يمكن في هذا الموضوع التعريف بهذا الإجراء و بأسسه و أهدافه و مبادئه.

1.1.3 ـ التعريف بالتحقيق الدوري العالمي : EPU

تهتم هذه الآلية بالتحقيق لدى كل الدول الأطراف في منظمة الأمم المتحدة و ذلك بشكل دوري و على التوالي ابتداء من تاريخ فيفري 2008 [15] .

و يعتمد هذا التحقيق على أساس قانوني دولي قائم في إطار ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و مختلف النصوص الاتفاقية المنظمة لحقوق الإنسان التي تكون الدولة المحقق معها طرفا فيها، بالإضافة إلى اعتماد التحقيق على الالتزامات والواجبات التي قبلتها الدولة المعنية طواعية و إراديا عند تقديم ترشحها إلى المجلس.

و في سبيل ذلك يجب الربط بين القانون الدولي لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني.

و من المبادئ التي يقوم عليها التحقيق الدوري أنه يرمي إلى ترقية حقوق الإنسان العالمية وعدم تجزئتها و المساس بها بالإضافة إلى إقامته إلى نظام و آلية تعاون إرادية عن طريق المعلومات الموضوعية و الحقيقية و الضمان الدولي و العالمي لهذه الحقوق، وإنشاء علاقة بين الدول الأعضاء في المنظمة الأممية و مشاركة كل الدول لهذه الدراسة والتحقيق والتقييم مع تحقيق التكامل بينها و بين مختلف آليات الحماية الأخرى.

يباشر التحقيق بشكل شفاف وموضوعي و غير انتقائي و يكون تحقيقا بناء غير مسيّس ودون مواجهة مع عدم تكليف الدولة أو المجلس لأعباء لا قدرة لهم عليها.

بالإضافة إلى العمل على مشاركة كل الجهات المعنية في التقييم من منظمات غير حكومية و هيئات و لجان وطنية [16] .

---

15 ـ يكون الاستناد في هذا التحقيق إلى القرار رقم 60/251 المؤرخ في 15 مارس 2006 عن الجمعية العامة بالإضافة إلى مشروع نص القرار الذي قام بالمصادقة عليه مجلس حقوق الإنسان و المقدم إلى الجمعية العامة تحت رقم 1/5 المعنون إقامة مؤسسات مجلس حقوق الإنسان المؤرخ في 18/06/2007.

16 ـ مضمون قرار الجمعية العامة رقم 60/251 المؤرخ في 15 مارس 2006 و قرار المجلس الاقتصادي رقم 1996/31 المؤرخ في 25 جويلية 1960.

2.1.3 ـ أهداف التحقيق الدوري :

يمكن تحديد مجموعة من الأهداف التي تعمل على تحقيقها هذه الآلية داخل كل الدول الأعضاء في المنظمة و من أهم هذه الأهداف الأساسية :

ـ تحسين حقوق الإنسان على أرض الواقع.

ـ ضمان احترام الدولة لالتزاماتها و تقييم الأوضاع الجديدة الإيجابية والصعوبات لدى الدولة.

ـ تقوية إمكانات الدولة و التعاون التقني في مجال التشاور معها.

ـ وضع آليات مشتركة لخدمة الدولة، مع تأييد التعاون معها من أجل ترقية و حماية حقوق الإنسان.

ـ التشجيع على التعاون و النقاش مع المجلس دون تحفظ.

2.3 ـ كيفية العمل في إطار التحقيق و التقييم :

يتم التحقيق الدوري من أجل تقييم الدولة استنادا إلى مجموعة من الوثائق التي ينظر فيها فريق عمل ثلاثي تابع للمجلس بالإضافة إلى مشاركة جهات غير حكومية و أممية في ذلك.

1.2.3 ـ الوثائق المعتمدة في التحقيق :

يعتمد فريق العمل أو المقررون على 3 وثائق من أجل التحقيق و دراسة أوضاع الدولة المعنية في مجال حقوق الإنسان و هي :

ـ تقرير الدولة المعنية في حدود 20 صفحة تحضره بالتعاون مع مختلف الجهات الوطنية و للإشارة فإن الجزائر قدمت مثل هذا التقرير ضمن الدول الأولى الخاضعة للتحقيق و التقييم.

ـ تقرير من طرف المفوضية السامية لحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة بخصوص المعلومات المتلقاة بالنسبة للدولة المعنية و التي جمعتها المفوضية السامية من الجهات الدولية المختلفة في حدود 10 صفحات بالإضافة إلى ما ينتج عن الإجراءات الخاصة التي يباشرها المقررون في الدولة المعنية.

ـ تقرير ثاني من المفوضية السامية حول موقف المنظمات غير الحكومية بخصوص أوضاع حقوق الإنسان في الدولة المعنية في حدود 10 صفحات توزع على الأطراف مترجمة عند الحاجة إلى اللغات الرسمية الستة لمنظمة الأمم المتحدة ليتم تقديم هذه التقارير قبل 6 أسابيع من تاريخ فتح التحقيق داخل المجلس.

2.2.3 ـ الجهة المكلّفة بالتحقيق :

يعين لكل دولة معنية بالتحقيق فريق مشكل من 3 مقررين دبلوماسيين بالقرعة من مختلف الدول الأطراف في المجلس، و يكون الفريق مسؤولا عن سير عملية التحقيق والتقييم.

كما يمكن للمنظمات غير الحكومية المشاركة في هذه الدراسة مع أخذها الكلمة في الاجتماعات العامة قبل اتخاذ التوصيات النهائية.

و لمباشرة النقاش في الجلسة العلنية تم تعيين 16 دولة [17] في الدورة الأولى للتحقيق أمام المجلس و يباشر التحقيق أمام الدول 47 الأعضاء في المجلس و الرئيس بالإضافة إلى الدول الملاحظة أو المراقبة و غيرها من الأطراف المهتمة و بمشاركة فريق المقررين السالف الذكر المعين بالقرعة من ضمن الدول الأطراف مع تحقيق التمثيل الجغرافي والجنسين فيه.

يقوم فريق المقررين بتقديم تقريره حول التحقيق بمساعدة المفوضية السامية مع تحديده ضمن التقرير لقائمة من الأسئلة والنقاط التفسيرية الموجهة للدولة المعنية لكي يقدم إلى المجلس لاعتماده في الجلسة العلنية [18].

17 ـ الدول هي : البحرين، الإكوادور، تونس، المغرب، إندونيسيا، فنلندا، بريطانيا، الهند، البرازيل، الفيليبين، الجزائر، بولونيا، جنوب إفريقيا، الأرجنتين، التشيك هي أعضاء مجلس حقوق الإنسان.

18 ـ للإشارة فإن الجزائر تقدمت أمام المجلس بتقريرها و بالإجابة عن مجموعة الأسئلة من طرف الدول، التفاصيل : عميمر نعيمة، محاضرات في حقوق الإنسان لطلبة الكفاءة المعنية للمحاماة، مرجع سابق، ص 220.

3.2.3 ـ نتائج التحقيق الدوري أو التقييم :

ينتهي التحقيق الأولي بتحرير وثيقة نهائية للتقييم تتضمن تقريرا شاملا و ملخصا للنقاش من طرف فريق التحقيق الثلاثي بالإضافة إلى مجموعة من التوصيات و اعلامات والالتزامات الطوعية للدولة.

يتضمن التقرير الشامل : التعريف بالإيجابيات والتأكيد على التعاون مع الدولة وتقديم التعاون التقني لها و تحديد و تسجيل الالتزامات الإرادية و إمكانية موافقتها على الزيارات والإجراءات الخاصة.

يتم اعتماد التقرير بمشاركة الدولة المعنية في جلسة علنية و بعد الإجابة عن الأسئلة و الملاحظات و التأكيد على متابعة تنفيذ التوصيات في التحقيق الدوري التالي[19].

و للمجلس أن ينظر في حالات عدم تعاون الدولة العمدي أو الأكيد.

---

19 ـ عادة تخضع الدولة لهذا التحقيق بعد تحضيرها لذلك عن طريق جدول معتمد من طرف مجلس حقوق الإنسان و تكون الأولوية في التحقيق الدول التي انتخبت في المجلس لمدة سنة أو سنتين مع الأخذ في الاعتبار التوزيع الجغرافي العادل، يتم بالنسبة للدول الأعضاء والدول الملاحظة عن طريق القرعة ضمن مجموعة إقليمية و بعدها عن طريق التسلسل طبقا للحروف الهجائية الفرنسية إلاّ في حالة التطوع الإرادي من دولة أخرى.

تكون هناك فترة معقولة بين تحقيقين لنفس الدولة لتمكينها من تحضير نفسها، و بالنسبة لفترات التحقيق بين دورتين تكون في مدة 4 سنوات تتم بالنسبة لكل الدول عن طريق 48 دولة في كل سنة في إطار 3 دورات لفريق العمل لكل دورة أسبوعين : أنظر التفاصيل، الموقع :

Examen pe riodique universel. http://www.mission.maroc.ch/fr/pages/88/html

الخاتمة

خلاصة للموضوع يمكن تقييم دور مجلس حقوق الإنسان كآلية دولية عالمية جديدة في إطار ترقية و حماية حقوق الإنسان، و الرقابة على احترامها و تنفيذ نصوصها من طرف الدول.

إن هذه الآلية تعتبر جهازا تفاوضيا بالنسبة للإجراء الجديد الخاص بتقييم الدولة كونه يعمل على متابعة الدولة و التعاون معها في إطار ترقية حقوق الإنسان فهو بمثابة نادي للنقاش حول ما تحققه الدول في مجال حقوق الإنسان، و مع ذلك يمكن للمجلس ضمن هذا الإجراء أن يحدد طلباته بشكل صريح كما حصل بالنسبة لإيرلاندا في جويلية 2008 عندما طلب منها عدم تمويل المدارس الكاثوليكية على سبيل المثال.

و ضمن هذا النظام دائما يمكن القول أن المجلس أوجد إطارا عاما و متساويا بالنسبة لكل الدول في مجال التقييم و التحقيق دون تمييز بين الدول القوية و الضعيفة أو ما كان يعرف بالدول المشكوك فيها أو المنتهكة لحقوق الإنسان.

أما في مجال الانتقادات فهناك اتجاهات ترفض إمكانية مباشرة المجلس لمهام التقييم و التحقيق و الحكم في آن واحد ليصبح المجلس قاضيا خاصة بالنسبة للدول الرافضة التقييم أو التوصيات لذلك بالإمكان جعل التوصيات صادرة من جهة غير الجهة التي قامت بالتحقيق و طرح الأسئلة.

كما أن اعتماد المجلس على طريقة النقاش و التفاوض و الاتفاق العام لا تكفي دائما لتحقيق احترام فعلي لحقوق الإنسان خاصة عند الانتهاكات المتكررة و الصريحة لتتجاوز بذلك موضوع التفاوض حولها فقط.

كما أن الإجراءات السالفة الذكر ليست لها التأثير الكافي لدى الدول المنتهكة لحقوق الإنسان.

المراجع

- باللغة العربية :

- د. عبد الكريم علوان : الوسيط في القانون الدولي العام، الجزء الثالث، حقوق الإنسان، دار الثقافة، عمان، 2006.

- عميمر نعيمة : محاضرات في حقوق الإنسان لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، كطلية الحقوق بن عكنون، 2008.

- فرانسواز بوشيه سولنييه، ترجمة أحمد مسعود : القاموس العملي للقانون الإنساني، دار العلم للملايين، باريس 2000.

- باللغة الفرنسية :

- Jean François Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme, C.G.D.J, Paris 2007.
- Pierre Marie Dupuy, droit international public, Dalloz, Paris 2006.
- MC. Bhandare, les mécanismes de l'organisation des NU dans le domaine des droits de l'homme, Bulletin des NU, New York 1990.

- مواقع الانترنت :

- www.dfae.admin.ch.
- Rapport des procédures spéciales au conseil des droits de l'homme. http:www.ohchr.org/french/bodies/chr/special/.
- http†:www.un.org/frenche/events/tenstories/2007/humanaurights.shtml.
- Exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires; http://invoquerdroitsdelíhomme.org/sr.arbitrary.executions.html?l.
- les populations autochtones. http://invoquerdroitsdelíhomme.org/sr.indigenous.peoples.html.
- les disparitions forcées ou involontaires. http://invoquerdroitsdelíhomme.org/wg.enforced.disappearances.html.
- les défenseurs des droits de l'homme. http:// invoquerdroitsdelíhomme.org/sr.human.rights.defenders.html.
- Examen périodique universel. http://www.mission.maroc.ch/fr/pages/88/html.

مرجعية تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية

بقلم: الأستاذ الدكتور : " رابحي أحسن "

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق

- جامعة محمد بوقرة " بومرداس"

المقدمة

كل عمل بشري يفتقد للدقة المتناهية والكمال المعصوم، ومن ثم فإنه يتسم بالضعف والنسبية مما يجعله عرضة للنمو والتطور بشكل مستمر، ومرجع هذا الضعف إرادة الإنسان التي تقف وراء كل ذلك، والتي تكيف بكونها "مصدر ناقص".

الدستور - وعلى غرار إجتهادات عقول البشرية بشكل عام - "يفتقر" للكمال والديمومة والاستقرار، مع أن الأسباب المباشرة التي تؤثر في كل ذلك، تبقى متباينة من حيث المصدر، ومن حيث التكييف القانوني الذي يعطى لها من الناحية النظرية.

لكن المشكل المطروح لا يتعلق بعملية المراجعة الدستورية ذاتها بقدر ما يتعلق بتحديد الأسباب الموضوعية التي أدت إلى تعدد حالات الإحالة إلى هذه العملية و التي نتج عنها في الاخير تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية و هذا الإنتاج الهائل للدساتير قد أثر بطريقة غير مباشرة على مصداقية قواعدها و على سموها و كذا قوة تأثيرها في النظام القانوني العام للدولة.

في هذا المضمار نشير بأن بلادنا قد تبنت عدد ضخم من الوثائق الأساسية خلال حقبة زمنية وجيزة جدا، فقد كان لنا - مباشرة بعد الإستقلال - دستور 1963 الذي لم تتجاوز فترة حياته 23 يوما، قبل أن يتم تجميد العمل به بسبب النزاع الحدودي مع المغرب كسبب

رئيسي بتاريخ 03 أكتوبر 1963، وفي الأخير، فقد تم إنهاءه بطريق غير طبيعي بواسطة التصحيح الثوري الذي قاده الراحل "هواري بومدين" بتاريخ 19 جوان 1965.

بعدها فقد تم تبني دستور 1976، الذي تم مراجعته ثلاث مرات على التوالي في 1979، 1980 و 1988[1]، قبل أن يتم إنهاءه وتعويضه بدستور جديد عام 1989، هذا الأخير - هو الآخر- لم تمر عليه فترة طويلة حتى تم توقيف العمل به في بداية التسعينات بسبب الأزمة السياسية والدستورية التي آلت إليها البلاد قبل أن يتم مراجعته بتاريخ 28 نوفمبر 1996.

وهذه الظاهرة منتشرة كذلك في عدد كثير من الدول النامية، أما بالنسبة للمجتمعات التي أضحت تمثل "معبدا للديمقراطية" أو بالأحرى الدول المتقدمة، فإن دساتيرها لا تعرف هذه الديناميكية والحركية، فبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية أقوى دولة على الإطلاق، ما زالت تحتفظ بأول دستور لها أي دستور 1787 حتى اليوم، وكذلك الحال بالنسبة لفرنسا التي لا زالت تتبنى دستور1958 "الديغولي" مثلا .

وابتداء من هذه المقارنة النظرية، يمكننا أن نستنتج - مبدئيا- بأن "الإنتاج" الوافر للدساتير، لا يمثل سمة من سمات التطور والتقدم، وهذه النتيجة الأولية تقودنا إلى طرح تساؤلات عميقة وجوهرية، حول الأسباب الحقيقية التي هددت ولا زالت تهدد إستقرار المعيار الأساسي في بلادنا .

هذه الأسباب التي يمكن تلخيصها في العناصر التالية:

1 ـ النقائص السياسية المتعلقة بالمراجعة الدستورية

2 ـ النقائص الموضوعية المتعلقة بالمراجعة الدستورية

1ـ دستور 1976 قد تم مراجعته ثلاثة مرات على التوالي بمقتضى النصوص التالي ذكرها:

- قانون رقم 79 - 06 المؤرخ في 7 يوليو 1979 يتضمن التعديل الدستوري.
(جريدة رسمية رقم 28، الصادرة بتاريخ 10 يوليو 1979).
- قانون رقم 80 - 01 المؤرخ في 12 يناير 1980، يتضمن التعديل الدستوري.
(جريدة رسمية رقم 03، الصادرة بتاريخ 15 يناير 1980.).
- مرسوم رقم 88 - 223المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن التعديل الدستوري.
(جريدة رسمية رقم 45، الصادرة بتاريخ 5 نوفمبر 1988).

المبحث الأول ـ النقائص السياسية المتعلقة بالمراجعة الدستورية

و قد فضلنا تسميتها بهذا الإسم لأنها تجد مصدرها من الإطار السياسي العام حيث نلاحظ بان الوثائق الدستورية الجزائرية قد اتسمت بحركية واسعة و ذلك مرده لمحاولة المنظرين السياسين تعديلها بشكل متكرر من اجل مسايرة المعطيات السياسية لكل فترة زمنية على حدى، و تشمل هذه النقائص قاعدة شخصنة الدساتير و كذا قاعدة ملازمة الدستور للتطورات المحيطة بالحزب الحاكم في ظل الأحادية الحزبية.

المطلب الأول ـ شخصنة الدساتير

La personnalisation de la constitution

وتمثل هذه الظاهرة أخطر إصابة للدستور، لأنها تصيب استقراره وديمومته، ومن ثم سموه وعلوه كمعيار أساسي.

هذه العبارة ـ في الحقيقة ـ هي حديثة المنشأ بالنسبة لعلم القانون الدستوري، إذ نظن أنها قد استعملت لأول مرة من طرف الفقهاء الفرنسيين بمناسبة تعليقهم على دستور 1958، وهي تدل بأن الدستور ـ في المجتمعات التي تتفوق فيها السلطة التنفيذية عن سائر السلطات الأخرى ـ هو تعبير صادق عن أفكار ومناهج وسمات رئيس الدولة الذي يقف وراء عملية المراجعة الدستورية.

ذلك أن هذا الأخير ـ باعتباره أعلى سلطة في الدولة وصاحب المبادرة بالتعديل ـ فإنه يصبوا إلى صياغة وثيقة أساسية تكون على "مقاسه"، بمعنى أنها تستجيب لخصائله وتكوينه السياسي من جهة، وكذا أفكاره وطموحاته وأهدافه من جهة أخرى.

وهكذا، فحتى وإن كان المشروع من صنع هيئات أخرى، فمع ذلك تظهر عليه "بصمات" الرئيس واضحة، بسبب السلطة الفعلية والقانونية التي يمارسها على سائر الأجهزة الأخرى.

فبالرجوع إلى المادة 05 من دستور 1958 الفرنسي، فقد نصت ما يلي: " يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور، وهو يضمن - باعتباره حكما - السير المنتظم للسلطات العامة وإستمرار بقاء الدولة.

وهو يضمن الإستقلال الوطني، وحدة الإقليم واحترام الإتفاقيات".

فالقاعدة أن الدساتير تمنح مركزا مرموقا للرئيس ليس إلاّ لكونه موظفا ساميا، يسهر على احترام الدستور وضمان تطبيق القوانين.

على خلاف دستور 1958 الفرنسي، الذي ذهب إلى أبعد من ذلك بإضفائه "هالة معنوية" على منصب الرئاسة، وهي هالة فرضتها الشخصية الملهمة للجنرال "ديغول"، الذي كان قائدا للجيش قبل أن يصبح رئيسا للجمهورية، وهو الذي كان وراء عملية التعديل الدستوري.

لكن ما يثير الإهتمام، هو إضافة مصطلح حكم "Arbitre" ضمن الصياغة السابقة، وحسب تقدير الدكتور "إبراهيم أبو خزام"، فإن هذا الإصطلاح قد يفيد معنيين متضاربين:

المعنى السلبي: وهو يشير إلى بعض السلبية، فالحكم هو جزء من لعبة لا تتكامل ولا تصح إلاّ بوجوده لكنه أقل فاعلية من أطراف اللعبة نفسها.

وهذا المعنى ينسجم مع وضع الرئيس الفرنسي خلال الجمهوريتين الثالثة والرابعة، حيث كان مجرد شاهد على مسرح الصراع، لا يملك تقدير الأمور ولا توجيهها، فهو مجرد شخصية مهمشة بدون أية وسائل سلطوية.

المعنى الإيجابي: ويعني السمو على أطراف اللعبة بعدم الانغماس في صراع المؤسسات، بحيث يصبح الرئيس ضمانة لعدم الانقلاب، ومرجعا أخيرا لحسم هذه الصراعات[2].

2 - راجع - د. إبراهيم أبو خزام، الوافي في شرح القانون الدستوري، المطبعة العالمية للنشر و التوزيع، طرابلس، 2002، ص 346.

وهذا المعنى، ينسجم مع شخصية "**الجنرال ديغول**" الذي توخى إعلاء منصب الرئاسة عن صراعات المؤسسات والأحزاب وحساسيتها، بحيث أنه في هذه اللحظة الحاسمة، يستطيع الرئيس بتصرفه الوحداني أن يوقف هذه اللعبة.

إن ما يؤكد هذا المعنى هو الصلاحيات ذات الطابع السيادي البحث الممنوحة للرئيس في المادة الخامسة نفسها، وكذلك الصلاحيات الدستورية القوية والواسعة الممنوحة له بمقتضى مواد كثيرة في الدستور.

وفي الأخير، نقول أن هذا الدستور قد صمم على مقاس "**الجنرال ديغول**"، حيث تبدوا "بصمات" هذا الأخير واضحة على الوثيقة، خاصة ما تعلق منها بالسيادة والسلطة، بالقيادة والنفوذ.

وبنفس الطريقة، سارت الأمور بالنسبة للرئيس المصري الراحل "**محمد أنور السادات**"، الذي خلف الرئيس السابق "**جمال عبد الناصر**" بعد وفاته بتاريخ 28 سبتمبر 1970، والذي سارع إلى وضع دستور جديد للبلاد في أقل من سنة من وصوله إلى الرئاسة وهو دستور 11 سبتمبر 1971 هذه الوثيقة التي أظهرت بجلاء ملامح الرئيس الجديد وسماته.

هذه الظاهرة قد حظيت بصدا واسعا في الوقت الحاضر من قبل صنف كبير من الدساتير المعاصرة، لاسيما تلك المتعلقة بالدول النامية، حيث نجد في كل مرة رجل قوي ذو "طبيعة إستثنائية" يأخذ النظام بقبضة واحدة، ثم يرتبه على مزاجه وسماته، قبل أن يوجهه بإرادته المنفردة نحو الأهداف التي يراها ملائمة أو بالأحرى الأهداف التي تضمن له مستقبله السياسي.

النظام الجزائري لم يفلت - هو الآخر- من هذا التطبيق، حيث نلاحظ بأنه في كل مرة نرحب برئيس جديد إلا وفاجئنا بنظام جديد وتصور جديد الدولة والمؤسسات، باختصار فقد تعودنا على إستقبال الرئيس الجديد مصحوبا "بدستوره" الجديد.

فبالنسبة لدستور 1963 فإنه يمثل عبقرية الرئيس السابق "أحمد بن بلة"، الذي كان يسعى - في آن واحد - لبناء دولة قوية في أسرع وقت، وتضييق الخناق على خصومه السياسيين سواء التابعين لجيش الداخل أو للحكومة المؤقتة.

أما دستور1976 فقد صمم - تماما - على مقاس الرئيس الراحل "**هواري بومدين**"، الذي كانت تجمع فيه صفات الزعامة، القيادة، القوة، الإنضباط، وحب الوطن.

وذلك يظهر جليا من خلال عدة مواد مبعثرة في الدستور، لاسيما كونه يمثل الدولة داخل البلاد وخارجها، يجسد وحدة القيادة السياسية للحزب والدولة، يحمي الدستور، يتولى القيادة العليا لجميع القوات المسلحة، يتولى مسؤولية الدفاع الوطني...إلخ.

وذلك يناسب تماما الشخصية الملهمة والتاريخية للرئيس، الذي كان يصبوا لتركيز سلطته الشخصية من أجل "تحصين" النظام وتقوية الدولة، على طريقة الزعماء التاريخين الكبار مثل "ستالين" و"موسوليني".

أما بالنسبة لدستور 1989 فإنه قد ارتبط كذلك بإسم الرئيس "**الشاذلي بن جديد**" الذي - بخلاف الرؤوساء السابقين– لم يكن يصبوا للسيطرة على النظام بمفرده أو تركيز سلطته الشخصية، بل كان يحاول - من خلال هذا الدستور– تبني أسمى المبادئ الديمقراطية من باب الإرتجال ومحاولة إسترضاء عاطفة الشعب، من أجل "إخماد" الضغط القاعدي الذي بدأت بوادره تتضح بالنسبة للسلطة ابتداءا من مظاهرات05 أكتوبر 1988.

حتى بالنسبة لدستور 1996 الذي وضع بمبادرة من الرئيس "**اليمين زروال**" يبدوا أنه لا يستجيب لأفكار وتوجهات الرئيس الحالي السيد "**عبد العزيز بوتفليقة**" الذي ذكر في عدة مناسبات بأنه "لا يحب" الدستور الحالي، ولكنه سيعمل مع المؤسسات الموجودة والدستور الموجود، وفي ذلك تلميح واضح لرغبته في مراجعة هذه الوثيقة.

وفي النهاية، نستنتج بأنه في الدول المعاصرة فقد أصبحت الدساتير خاضعة لإرادة بعض الرجال الذين "يصنعونها"، يحدث ذلك عندما نكون أمام شخصية سياسية

إستثنائية تتمتع "بشرعية تاريخية"، هذه الشخصية - ومباشرة بعد وصولها إلى السلطة- فإنها تحتكر باقي الرجال والمؤسسات، في هذه الحالة يفقد الدستور جزء كبير من معناه التأسيسي، كما يفقد طابعه التوجيهي بصفته الوثيقة الأساسية لتنظيم نشاط السلطات العامة، طالما أن أحكامه ما زالت خاضعة لإرادة الرئيس وحده.

وفي جميع الحالات، فإن الرئيس يملك - في أي وقت - حق تعديل المعيار الأساسي أو تجميده أو إلغاءه أو تعويضه بمعيار تنظيمي آخر دون وجود ما يناقض هذا الاختصاص أو "يعكر صفوه".

المطلب الثاني - النقائص الدستورية المتعلقة بنظام الحزب الواحد

ففي الدولة النامية - خاصة منها تلك التي تأخذ بنظام الحزب الواحد - فإن الدستور ليس سوى طريقة لنشر إديولوجية الحزب الواحد، وفي سياق هذا المفهوم فإن المعيار الأساسي سوف يكون له طابع توجيهي أكثر منه تأطيري، فيمثل - في الأخير- مجرد وسيلة تقنية للدفاع وحماية مصالح الحزب وضمان مستقبلة السياسي.

فمباشرة بعد الاستقلال، رأى قادة الثورة بضرورة تخويل السلطة السياسية للحزب الذي اعتبر نفسه الوريث الوحيد والطبيعي لجبهة التحرير الوطني (التاريخية) التي حررت البلاد عسكريا، فبقي لها أن تحرره سياسيا واقتصاديا وثقافيا.

وهذا ما جاء في نص المادة 25 من دستور 1963 على حد تعبيرها: " جبهة التحرير الوطني تعكس المطامح العميقة للجماهير، تهذب هذه وتكون رائدها في تحقيق مطامحها".

وفي هذا السياق أيضا ذهب دستور 1976 الذي تبنى - هو الآخر- نظام وحدة السلطة وتعدد الوظائف، بمعنى أنه يوجد سلطة واحدة في الدولة هي سلطة الحزب الواحد، أما الأقطاب التنفيذية والتشريعية والقضائية فإنها لا تمثل سلطات بل مجرد وظائف تابعة لصاحب السلطة الوحيد أي جبهة التحرير الوطني، وهنا - وعلى خلاف دستور 1963 - نلاحظ "تضخم" المواد الدستورية الموجهة لتأكيد وترسيخ هذا الطرح، حيث خول الفصل الأول من الباب الثاني من الدستور - أصلا- من أجل توضيح هذه المفاهيم.

وحتى بعد وفاة الرئيس "**هواري بومدين**" وجه مجلس الثورة نداء للشعب، أعلن فيه على الخصوص مايلي:" لقد مات بومدين، وهو مصمم على أن الثورة بقيادة حزب جبهة التحرير الوطني ستواصل مصيرتها في نفس النهج الذي رسمه لها"، وكان ذلك مناسبة لتأكيد مكانة الحزب كردا للانتقادات والتناقضات التي كانت تواجهه منذ مطلع حركة الانقلاب - وبقي الوضع كذلك إلى غاية انعقاد المؤتمر الرابع لحزب جبهة التحرير الوطني في مطلع سنة 1989.

خلال المؤتمر أكد الرئيس "**الشاذلي بن جديد**" بأن الإصلاحات التي يستهدفها هي ذات طبيعة تنظيمية وليست إديولوجية، من أجل " تكريس الديمقراطية داخل هياكل حزب جبهة التحرير الوطني"، ومع ذلك فإن هذا السبب غير كاف لوحده من أجل إحداث الطلاق بين " الحزب والدولة" بمقتضى دستور1989، لولا أن الأمر يتعلق - في الحقيقة - ببلوغ أزمة الدولة إلى ذروتها على كافة الأصعدة، وفي المواجهة تحرك الشعب بشكل عنيف ضد النظام بمقتضى أحداث 05 أكتوبر 1988 القوية.

وفي جميع هذه المراحل السابقة، كان الحزب الواحد هو الحاكم الوحيد للدولة طالما أن المبادرة بتعديل الدستور كان يحتكرها بمفرده عن طريق أمينه العام أي رئيس الجمهورية، وكان الأمر كذلك حتى بالنسبة لدستور 1989.

وهكذا فإن الوثيقة الأساسية - وتحت تأثير هذه المعطيات - فإنها تفقد جزء من طبيعتها النظامية، وتتحول إلى مجرد أداة تقنية لنشر برامج الحزب، وعليه نستخلص - في النهاية - بأن " تضخم" النصوص الدستورية في الجزائر كان نتيجة طبيعية في دولة تبنت لوقت طويل نظام الحزب الواحد، فالحركية السريعة التي تميز بها الحزب كانت تؤثر سلبا على استقرار المعيار الدستوري، لأنها كانت تفرض عليه مسايرة التطورات الحاصلة على مستوى الحزب والدولة، ما دام الدستور - في الأخير - ما هو إلا وثيقة يستعملها الحزب لإضفاء القوة الإلزامية الدستورية على برامجه السياسية، وهذه النتيجة الأخيرة تمثل أخطر إصابة يمكن أن يتعرض لها الدستور في الوقت الحاضر.

المبحث الثاني ـ النقائص الموضوعية المتعلقة بالمراجعة الدستورية

إلى جانب النقائص السياسية السابق ذكرها فإن الظروف الموضوعية المحيطة بالدساتير كان لها الأثر البالغ في تضخم إنتاج هذه الوثائق في بلادنا، و هذا التدهور يمكن إرجاعه إلى معركة البحث عن النموذج الدستوري الجزائري المفقود، و كذا جهل و تجاهل الحقائق السوسيولوجية للمجتمع عند إعداد الدستور، و أخيرا النقائص ذات الطبيعة التقنية.

المطلب الأول ـ معركة البحث عن النموذج الدستوري الجزائري "المفقود"

لما نعطي عدة حلول متباينة لنفس المشكل فذلك يمثل دلالة قاطعة على عدم نجاعة هذه الحلول بدليل عدم نجاحها، وهذه النتيجة تقودنا للقول بأن تذبذب هذه الحلول يرجع أصلا للفهم الخاطئ للمشكلة المبدئية، وهذا ما يجعل الحلول التي نستحدثها لا تؤدي الغرض منها، لأنها لا تصيب العناصر التي وجدت من أجل مواجهتها.

إن هذا الطرح، قد أخذ كل أبعاده النظرية والقانونية بالنسبة للنظام الجزائري منذ الإستقلال، وقد عبر فخامة رئيس الجمهورية السيد "عبد العزيز بوتفليقة" ـ بصدق ـ عن عمق وخطورة هذه الأزمة بقوله " إن مشاكل البلاد هي أصعب بكثير مما كنت أتصور، ربما كنت متفائلا إلى حد ما"[3]، وهكذا فإن دساتير الجمهورية قد عرفت "تضخما" واضحا، كنتيجة الحركية الكبيرة التي تميزت بها الأجواء السياسية المحيطة بالنظام منذ الإستقلال، والتي كانت وراء "الإصلاحات الدستورية المتعاقبة".

ومن ثم يمكننا رسم المسار التاريخي والإيديولوجي لهذه الدساتير على النحو التالي:حيث إنتقلت الجزائر من دولة حزب الطليعة إلى دولة الميثاق الوطني، ثم إلى دولة

3 - Voir - Quotidien « le soir d'Algérie» N° 2738 du 9 Novembre 1999, p2.

المؤسسات الدستورية السيدة، وعلى مستوى النظام السياسي، فقد إنتقلنا من نظام وحدة السلطة وتعدد الوظائف - ولكن بنوع من الغموض والتحفظ - إلى تكريس ذات النظام بشكل أساسي واضح ونهائي، ثم تبني نظام شبه رئاسي "يتأرجح بين المد والجزر"، بين النظامين الرئاسي والبرلماني، وأخيرا تكريس ذات النظام مع تدعيم مكانة وسلطات رئيس الجمهورية بشكل واسع. وحتى بالنسبة للمرجعية التاريخية، فإنها كانت تختلف من دستور إلى آخر.

ومن هنا يظهر التباين الواضح في الحلول والمناهج والرؤى السياسية والإيديولوجية المحيطة بالدولة منذ الإستقلال، بالرغم من أن المشكل المبدئي كان واحد منذ البداية، ويتعلق بكيفية بناء "الدولة الفتية" على أساس الديمقراطية، العصرنة والحداثة.

إن الصعوبات التي واجهت الطبقة السياسية في مطلع الإستقلال، حول النموذج الذي يتلاءم مع طبيعة وسمة المجتمع الجزائري، ما زالت قائمة حتى اليوم ولكن بدرجة أقل حدة.

وأمام هذا التضخم، لا يسعنا إلاّ أن نقول - كما ذكر الأستاذ "بيار فرانسو قونيدك" (Gonidec (P.F) : " إن التغييرات الدائمة في الدستور تعكس الصعوبات التي يواجهها الحكام في إيجاد الحلول المقبولة لمشاكل الحكم"[4].

ومن جهة أخرى، فإن تضخم النصوص الأساسية في ظرف وجيز جدا، يكشف عن حيرة المنظرين السياسيين في إيجاد النموذج التأسيسي النهائي للدولة، وذلك ما عبر عنه الأستاذ "جيرار كوناك" Gerard Conac على حد تعبيره: "بالرغم من الإستقرار الدائم، فإن التحولات والمراجعات الدستورية تعكس رغبة البحث عن هياكل وإجراءات أكثر ملائمة للحقائق السوسيولوجية والثقافية لكل دولة"[5].

4 - Voir- Gonidec (P.F), les systèmes politiques Africains, 2ème partie, LGDJ, 1974, P 78.
-Voir également- Meledie Djediro (F), la révision des constitutions dans les Etats Africains Francophones, in RDP, N°1, Paris, 1992, P 114

5 -Voir- Gerard Conac, les constitutions des Etats d'Afrique et leur effectivité, ED Economica, paris, 1980, p 386.

المطلب الثاني - جهل وتجاهل الخصائص السوسيولوجية للمجتمع عند إعداد الدستور

وعليه، فإن كل دولة تملك - بصفة مكتوبة أو عرفية- قانونا دستوريا متميزا، يناسب تماما موقعها وخصائصها وسمات شعبها، وتاريخها وحاضرها وآلامها وأمالها...إلخ، وعليه، فإن هذه القواعد موجودة بصفة دائمة في المجتمع لأنها لصيقة به، حتى وإن كانت في وقت مضى مجرد أعراف أو تقاليد.

ومن ثم فإن نجاح أية وثيقة دستورية، مرهون بتقدير درجة التطابق بين القواعد التي يستحدثها المؤسس الدستوري وكذا القانون الدستوري للدولة، أو بالأحرى مدى تطابق الدستور السياسي للدولة بالدستور الإجتماعي، هذا الأخير الذي يعتبره بعض الفقهاء بأنه يمثل دستور مطلق Constitution absolue، ولهذا لا يمكن التخلي عنه أوتعديله أو تجاهله.

وبالعكس، إذا كان الدستور مجرد وثيقة من إجتهاد المؤسس الدستوري أو بالأحرى من "ابتداع" المنظرين السياسيين بعيدا عن بيئة وسمة المجتمع، فإن هذه الوثيقة لن يكتب لها النجاح أبدا، ومع مرور الزمن ستبرز مظاهر الإصطدام بين الحلول "المفتعلة" والمشاكل الحقيقية للمجتمع.

فالدستور هو نص لواقع معين، ولكن الدستور الأمريكي الموضوع بتاريخ 1787 تحت تأثير ظروف معينة، مازال معمولا به حتى اليوم، ولم يدخل عليه سوى حوالي 25 تعديلا فقط، غير أن الواقع الذي كان محيطا به آنذاك غير واقع الولايات المتحدة الأمريكية التي تتصدر العالم اليوم، ومع ذلك فإن هذا الدستور مازال قائما حتى اليوم.

كذلك الحال بالنسبة للدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي وضع في ظروف معينة- لا سيما حرب الجزائر، ووصول الجنرال "ديجول" للحكم- فقد أدخلت عليه عدة تعديلات من حيث المسائل الفرعية ولكن جوهر الجمهورية الخامسة لا يزال قائما في دستور فرنسا المعمول به اليوم.

على خلاف الدساتير الجزائرية التي أظهرت تباينا وتضاربا واضحا للحلول المنتهجة في ظرف وجيز جدا، رغم أن جلها كانت موجهة لمشكلة واحدة هي مشكلة بناء الدولة، وهذا دليل صريح على ضعف وتذبذب الدساتير الجزائرية بسبب التسرع في إعدادها وصياغتها.

علاوة على ذلك، فإن الجزائر كانت تحاول بشكل متردد ومتكرر إيجاد الحلول الدستورية الملائمة للدولة بأسرع وقت ممكن، وفي سبيل ذلك "انتحلت" بعض خصائص الأنظمة السياسية الكلاسيكية لا سيما النظام الفرنسي الحالي.

ولكن المشكل المطروح أن بيئة وسمة المجتمع الجزائري تختلف عن نظيرتها بالنسبة للمجتمع الفرنسي، **فكيف نطبق نفس القواعد على مجتمعين مختلفين تماما من حيث عدة نواحي لا سيما العادات، التقاليد، الدين ...الخ؟**

وهذه المشكلة ليست حكرا على النظام الجزائري فحسب، بل أنها أصبحت تمثل قاعدة عامة في الوقت الحاضر، فبالنسبة لدول أمريكا الجنوبية فنلاحظ بأنها قد تأثرت بالنظام الرئاسي الأمريكي، وكانت تعتقد بأن تبني ذات النظام سيؤدي إلى ازدهار الدولة، وبالعكس فإن هذه المحاولة قد فشلت في هذه الدول مثل سيرلانكا وقواتيمالا وفنزويلا...الخ، وأدت إلى قيام أنظمة دكتاتورية نظرا لخطورة خصائص النظام الرئاسي، رغم أن ذات النظام قد جعل من الولايات المتحدة الأمريكية أقوى دولة على الإطلاق.

ومن جهة أخرى، فإن الأنظمة الملكية– بشكل عام– هي منتقدة لأنها تحول بين شعوبها والديمقراطية،ولكن النظام الملكي البريطاني يمثل الاستثناء بالنسبة للقاعدة ويرجع الفقهاء نجاح هذا النظام أصلا إلى مزاج الرجل الانجليزي ذاته، رغم أن ذات النظام قد أدى إلى قيام أنظمة دكتاتورية في دول أخرى.

وعليه نستخلص بأن تقليد أنظمة الدول الكبيرة بدون وجه تطابق ، لا يمثل سببا كافيا لبلوغ التطور والاستقرار اللتين حققتهما، إن المسألة - بالعكس - تستدعي منا بذل مجهودات أكبر للبحث عن الحلول الدستورية الحقيقية ضمن المنظومة الاجتماعية أو

بالأحرى الدستور الاجتماعي المشخص في العادات والأعراف، التي تمثل - في النهاية - عبقرية الشعب وشخصيته المتميزة والمنفردة، وهذا الاستخلاص قد أصبح - اليوم - قارا وواضحا بالنسبة لصنف كبير من الفقه.

هذه المعضلة نرجعها - بشكل أساسي - إلى نقص المعرفة الدقيقة لمشاكل الشعب وهي تمثل - في الواقع - أحد أسباب ضعف الدستور والدولة معا، فالتسرع في إعداد مشروع الدستور تكون له انعكاسات ضارة على استقراره وديمومته من جهة، وكذا سير واستقرار مؤسسات الدولة من جهة أخرى، وخير دليل على ذلك دستور 1989 الذي تم إعداده في ظرف وجيز جدا أي خلال حوالي 21 يوم، وبالمقابل لاحظنا الثغرات الكبيرة التي كان يحملها، وكذا الأزمة الحادة التي نتجت عن كل هذه الفراغات والنقائص، وعليه فإن الدستور هو - أولا وقبل كل شيء - معاينة سياسية لواقع معين، ومن ثم فإننا نظن بأن الدساتير الجزائرية تنقصها بعض "العقلانية والواقعية".

في الأخير، لا يسعنا إلا أن نقول بأنه عندما نبدأ بإرساء أي نظام سياسي، علينا قبل كل شيء تحديد ملامح هذا النظام وأسلوب عمله، وما هي سياسته الداخلية والخارجية، ومعرفة مدى تفاعله مع بيئته واستجابته للمتغيرات التي تحدث في ذلك البيئة، ومدى تأثر النظام نفسه بتلك المتغيرات.

المطلب الثالث - النقائص الدستورية ذات الطبيعة التقنية

علاوة على عناصر الضعف السابق ذكرها - التي تلتقي عند نقطة الإطار الموضوعي للدساتير - هناك عنصرا أخر قد ساهم بدوره في تذبذب الدساتير الجزائرية وعدم قدرتها على المحافظة على استقرارها وديمومتها، وهذه المسألة الأخيرة هي ذات طبيعة تقنية محضة، لأنها تتعلق بطريقة صياغة الدساتير ذاتها.

حيث يرى جانبا من الفقه بأن طول " أعمار" دساتير الدول القوية يرجع إلى مرونتها الموضوعية بشكل واسع، ذلك أن المؤسس الدستوري يحدد المسائل الأساسية بصفة

عامة جدا أما تفصيلاتها فهي متروكة للمبادرة التشريعية، وهذا ما يجعل هذه الدساتير قابلة لمسايرة تطورات الحياة العملية بشكل مستمر.

على خلاف الدساتير الجزائرية التي نلاحظ من خلالها، محاولة المؤسس الدستوري الإلمام بجميع المسائل الأساسية والتفصيلية معا، من أجل ضمان أكبر سيطرة وأكبر تأطير لنشاط الدولة والمؤسسات الدستورية، ولكن في المقابل فإن الدقة المفرطة في تحديد التفصيلات الجزئية ضمن الوثيقة الأساسية هو الذي يؤدي إلى جمودها لعدم قدرها على مواكبة التطورات الحاصلة في الدولة والمجتمع على الصعيد المستقبلي، وهذا ما يؤدي - في الأخير- إلى إلغاء هذه الدساتير أو تعديلها كلما تبين تغير وتبدل هذه المسائل التفصيلية، وهذه النتيجة الخطيرة من شأنها الإنقاص من قيمة الدساتير، لأنها تصيبها في أحد خصائصها الرئيسية ألا وهو عنصر الديمومة أو الاستقرار، في ظل هذه المعطيات فإن الدستور لا يمثل - في الأخير - سوى معيار أسمى "احتمالي".

الخاتمة :

لكن بالرغم من كل هذه النقائص التي من الموسع تفاديها مستقبلا ، فإذنا نظن بأن النظام السياسي الجزائري اليوم يسير في الاتجاه الصحيح، عن طريق تكريس المبادئ الديمقراطية المسلم بها عالميا، وكذا التعامل معها بأرقى أشكال النضج والتحضر.

وإذا كان البعض يعتبر بأن هناك أمور كثيرة تنقصنا لإعطاء الديمقراطية معناها الصحيح والكامل[6] فإن مثل هذا الحكم نعتبره - من جهتنا - سلبي للغاية وغير موضوعي، والدليل على ذلك الدراسة التي قام بها مجموعة من خبراء المعهد الأمريكي للدراسات الإستراتيجية "**راند كوربوريشن**"«Ronde Corporation» لاسيما منهم المختصين بالشؤون الجزائرية مثل "**مايكل ويليس**" و"**جوناتان شانزر**".

حيث أثبتت هذه الدراسة أن المحيط السياسي في الجزائر أضحى - منذ السنوات القليلة الماضية - أكثر استقرارا، كما أن حدة العنف قد تراجعت بصورة ملحوظة، مشيرة بأن الديمقراطية قد أضحت ممكنة في الجزائر [7]، مما يدعوا للقول بأننا نسير فعلا في الاتجاه الصحيح.

في النهاية أعتقد بأن تثبيت أركان مؤسسات الدولة أصبح حقيقة لا ينازع فيها أحد، ولكن يبقى تحسين أدائها وتحصين وجودها وتوفير المصداقية لأعمالها، مطالبا متكررا يتوجب على الجميع المساهمة في تعزيز رصيده وتطويره بما يستجيب لتطلعات المواطن، الوثيقة الدستورية - في الأخير- ما هي إلا نقطة الإلتقاء التي تحاول أن تعطي لنا فرزا منتظما لكل هذه العناصر، فهي تطورها تارة و تتطور معها تارة أخرى في إطار متعدد الأشكال.

---

6 - Voir - Hélène Vandevelde, la Signification des réformes politiques et Constitutionnelles du point de vue de la science politique, in «RASJEP», N° 3, Alger Septembre 1990, P 511.

7 - راجع - جريدة الخبر، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2004، ص 3.

الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري
في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال

بقلم الأستاذ : عجة الجيلالي

أستاذ بجامعة شلف ـ كلية الحقوق والعلوم الإدارية

تمسكت السلطة النقدية إبان مرحلة التعديل الهيكلي[1] بتسيير صارم لشؤون النقد والمال ،حيث لم تتأثر بالمأساة الإجتماعية التي خلفها هذا البرنامج[2] كما لم ترضخ لسياسات الحكومة أو لوعودها تجاه الشركاء الإقتصاديين والإجتماعيين للدولة [3] وقد إستندت صرامة هذه السلطة إلى أحكام قانون النقد والقرض[4] الذي مكنها من الوقوف الند للند أمام الحكومة بل وفي حالات كثيرة في مرتبة أقوى من مركزها[5].

وأثار هذا الموقف تحفظات لدى وزارة المالية إلى حدا الإمتعاض والشعور بالعجز وعدم القدرة على تمرير بعض الإختيارات التي لا تتطابق وقناعات السلطة النقدية الحائزة على رضى صندوق النقد الدولي[6].

حيث طالب هذا الصندوق بضرورة العمل على ثلاث مستويات مستوى أول يتعلق بتحرير سوق القرض ،ومستوى ثان ويعمل على تزويد سوق القرض بالضمانات المصرفية ومستوى ثالث ويسهر على تهذيب الصرف، لكن ما مدى إستجابت السلطة الجزائرية لهاته الوصفة ؟وهل إكتفت بالتطبيق الحرفي لها ـ أم عدلت منها ـ وكيف تجسد أسلوب الإصلاح المصرفي على ضوء هذه المعتقدات ؟وما هي مظاهره؟وضماناته ؟وهل نجح هذا الإصلاح في تحقيق سياسة التسيير الصارم لشؤون النقد والمال ؟وإذا كان

الجواب بالإيجاب ماهي نتائج هذه السياسة ؟تتطلب معالجة هاته الإشكالات التعرض إلى ثلاث نقاط أساسية وهي كالتالي:

أولا:تحرير سوق القرض .

ثانيا:تزويد سوق القرض بالضمانات المصرفية .

ثالثا:تهذيب سوق الصرف.

أولا : تحرير سوق القرض

طرح برنامج التعديل الهيكلي رؤية جديدة لنظام القرض[7] تتميز بإعادة صياغة جدلية المقرض والمقترض سواءا تعلق الأمر بمتعاملين عموميين أم بمتعاملين خواص[8] حيث بنت السلطة تصوراتها بشأن التعديل الهيكلي لنظام القرض على جملة من الأهداف أهمها:

ـ خفض تكلفة الوسيط المصرفي:من أجل إنعاش الإستثمار وتشجيع الإدخار في إطار مجهود منسق ومستوعب من قبل القنوات المصرفية وبشكل يسمح بإزالة العراقيل أمام المقترض[9] .

ـ التسيير الإقتصادي للقرض: عن طريق تفعيل دراسات الجدوى الإقتصادية والحد من تدخل الإدارة في توجيه عملية القرض[10].

ـ تبني سياسة نقدية تقشفية: تضع حدا لظاهرة اللجوء الدوري لطبع الأوراق النقدية دون مقابل إنتاجي كما أن هذه السياسة تعيد النظر في طبيعة العلاقة الموجودة بين البنك المركزي والخزينة العمومية من حيث تكريس الفصل بينهما ليس فقط من الناحية العضوية ولكن أيضا من الناحية الوظيفية[11].

ـ متابعة إنحدار سعر الدينار: وفي هذا الشأن عمدت السلطة إلى تخفيض قيمة الدينار كحل لإنقاذ ميزان المدفوعات وقد إتخذ قرار التخفيض من طرف مجلس النقد والقرض وتم تبليغه للجمهور عن طريق إعلان أصدره البنك بتاريخ 1991/09/19 وحدد نسبته بـ 20 % من قيمة العملة الوطنية وبرّر البنك هذا التخفيض على أنه ضرورة نقدية أملتها

متطلبات الإنتقال من التسعير الإداري للعملة إلي التسعير الإقتصادي لها بما يتلاءم وقيمتها الحقيقية[12].

والملاحظ أنّ طريقة التخفيض تتعارض ونص المادة الثانية من قانون النقد والقرض والتي تقضي بوجوب اللجوء إلى السلطة التشريعية لإصدار نص قانوني يعدل قيمة الدينار[13] لكن للأسف لم يصدر هذا النص إلى غاية اليوم كما أن نسبة التخفيض تحكمية وليست عملية حيث أنها لم تراع الوضعية الحقيقية للأعوان الإقتصاديين[14].

وترمي هذه الأهداف إلى تحرير سوق القرض والذي يندرج ضمن منطق إزالة التنظيم[15]

"Le dereglementation" القائم على فكرة رد الإعتبار لعقد القرض من زاوية إعتباره ثمرة لسلطان إرادتين "إرادة المقرض" "وإرادة المقترض" يخضع في تكوينه وتنظيمه للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري[16].

وعلى هذا الأساس يخضع القرض مثله مثل باقي السلع والخدمات لآلية العرض والطلب وهاته الآلية هي التي تتحكم في تحديد سعر الفائدة والضمانات المرافقة للقرض.

لكن ما هي مظاهر هذا التحرير ؟وما هي نتائجه ؟ وهل تأثرت هاته النتائج بعد صدور والقانون الجديد للنقد والقرض؟.

1 ـ مظاهر تحرير سوق القرض:

تجسدت مظاهر تحرير سوق القرض عبر إدماج المؤسسة المصرفية ضمن قالب المؤسسات العمومية الإقتصادية [17] وتم هذا الإدماج بموجب القانون رقم 88/06 المؤرخ في 1988/01/12 والذي ساعد على تقوية سلطة البنك المركزي من حيث الأوجه التالية:

ـ إعادة الإختصاص إلى هيئات القرض فيما يخص الشروط المصرفية بما فيها تحديد سقف إعادة الخصم في إطار توجيهات المجلس الوطني للقرض[18].

- السماح للهيئات المالية غير المصرفية بإمكانية أخذ مساهمات في شكل أسهم أو سندات أو أرباح أو كل عملية داخل التراب الوطني أو خارجه[19].

- الترخيص لهيئات القرض بإصدار قروض لأجل مخصصة للجمهور .

- تجنيد المساهمات ذات المنشأ الأجنبي ويتم هذا التجنيد مع مراعاة السياسة الإقتصادية للحكومة في مجال القرض الخارجي[20].

بيد أن هذا القانون لم ينل رضا الهيئات الدولية وخاصة صندوق النقد الدولي الذي طالب بإحداث إصلاح فعلي لنظام القرض والذي لا يزال يتسم بالبيروقراطية ،والتعقيد وإنعدام الشفافية[21] وقد إستجابت السلطة لهذا المطلب بعد توقيعها لإتفاقية الإستعداد الإئتماني الأول أين أصدرت القانون رقم 10/90 المؤرخ في 1990/10/14 المتعلق بقانون النقد والقرض والذي بقي ساري المفعول إلى غاية إستبداله بالقانون رقم 2003/11 المؤرخ في 2003/08/26 [22] وعلى ضوء هاته التطورات يمكننا التساءل عن المظاهر المستحدثة لتحرير سوق القرض ؟.

في هذا الشأن يمكن تلخيص هاته المظاهر في بندين أساسيين هما:

- بند أول ويتعلق بتكريس آلية الفصل بين الجهاز التنفيذي وهيئات النقد والقرض.

- بند ثان ويتمثل في تكريس آلية إلغاء إحتكار الدولة للقطاع المصرفي.

1- 1- آلية الفصل بين الجهاز التنفيذي وهيئات النقد والقرض:

دشن قانون النقد والقرض مرحلة جديدة من مراحل تطور النظام المصرفي الجزائري تخلت فيما السلطة بشكل أكثر جرأة عن أسلوب التسيير الإداري للقرض[23] وتم هذا التخلي عن طريق الإقرار بمبدأ الفصل بين الجهاز التنفيذي وهيئات القرض والنقد عبر منح الإستقلالية لها [24] وإستهدفت الإستقلالية المنشودة تحقيق غايتين أساسيتين هما :

- إعادة تأهيل دور البنك المركزي في التسيير المالي والنقدي .

- إنهاء عهد نظام الأوامر الإدارية .

1-1-1 إعادة تأهيل دور البنك المركزي في التسيير المالي والنقدي :

تقتضي عملية إعادة تأهيل دور البنك المركزي في التسيير المالي إسترجاع هذا الأخير لدوره كسلطة نقدية [25] وتم هذا الإسترجاع على ضوء أحكام قانون النقد والقرض من خلال الإعتراف بإستقلالية مزدوجة للبنك المركزي على المستويين العضوي والوظيفي .

1-1-1-1 الإستقلالية العضوية لبنك الجزائر :

يعد بنك الجزائر بالنظر إلى أحكام المادة 11 من قانون النقد والقرض مؤسسة وطنية مستقلة ويعود تبني هذا الشكل القانوني إلى القانون رقم 62/144 المؤرخ في 1962/12/13 المتعلق بالقانون الأساسي للبنك المركزي في نص المادة الثانية منه.

ولكن هل هذه الهيئة مستقلة فعلا عن السلطة التنفيذية ؟.

إذا أخذنا بعين الإعتبار الطابع الوطني لها نجدها رمز لسيادة الدولة[26] تحتكر عملية إصدار العملة الوطنية وهو ما يعني تبعيتها للجهاز التنفيذي[27].

أما إذا إكتفينا بإعتبارها تاجر في علاقاتها مع الغير فمعنى ذلك فصلها عن هذا الجهاز لكن هذا الإعتبار مقيد بأحكام خاصة كإعفائها من القيد في السجل التجاري أو الخضوع لنظام الإفلاس أو التسوية القضائية لكن مع ذلك فهي غير معنية بقواعد المحاسبة العمومية بل تخضع لقواعد المحاسبة التجارية كما لا تخضع لرقابة مجلس المحاسبة[28] والملاحظ أن هذين الإعتبارين يهدفان إلى التوفيق بين رهانين متضادين فمن جهة يسعى المشرع إلى تكريس الإستقلالية الشكلية للبنك والتي لا يمكن تأمينها إلا عبر آليات القانون الخاص[29] وهو ما تجسد في إعتبار البنك تاجراً في علاقاته مع الغير[30]،ومن جهة أخرى فإعمال هاته الآليات بشكل مطلق من شأنه المساس بالبعد السياسي للبنك كرمز للسيادة وهو ما دفع به إلى تحجيم هذه الآليات بما يتلاءم ومقتضيات هذا الرمز[31].

وهكذا أصبح البنك يخضع لنظام قانوني هجين[32] يتشكل من خليط من القواعد القانونية المشتقة من القانون العام وكذا القانون الخاص.

وتتمثل القواعد القانونية المشتقة من القانون العام[33] في كيفية تعيين محافظ البنك ونوابه أين يتم تعينهم بموجب مرسوم رئاسي يختارون من بين الشخصيات ذات الكفاءة في المجالين النقدي والمالي[34].

كما تبرز هاته القواعد في تركيبة مجلس النقد والقرض والذي يتشكل من ستة أعضاء ثلاثة منهم يمثلون البنك وثلاثة آخرون يعينهم رئيس الحكومة وتركيبة هذا المجلس تتشابه مع تركيبة اللجان المتساوية الأعضاء المألوفة في قانون الوظيفة العمومية والذي هو جزء لا يتجزأ من القانون العام[35].

أما بالنسبة للمراقبان فيعيّنان أيضا بمرسوم رئاسي من بين الموظفين السامين في السلك الإداري لوزارة المالية و بإقتراح من الوزير ذاته وهكذا وأمام مثل هاته القواعد تتضاءل الإستقلالية العضوية لبنك الجزائر تجاه الجهاز التنفيذي ويصبح من قبيل الخرافة الإعتقاد بوجود فصل عضوي بينهما.

1-1-1-2 ـ الإستقلالية الوظيفية لبنك الجزائر :

زود قانون النقد والقرض بنك الجزائر بثلاث سلطات :سلطة نقدية ،سلطة تنظيمية وسلطة إقتصادية .

1-1-1-2-1 السلطة النقدية لبنك الجزائر : إعترف المشرع صراحة لمجلس النقد والقرض في نص المادة 19 بالسلطة النقدية للبنك وتندرج هاته السلطة ضمن إستعادة البنك لدوره التقليدي كهيئة إصدار وبنك البنوك[36] وعلى هذا الأساس يحتكر البنك المركزي إصدار العملة الوطنية المتمثلة في الدينار الجزائري ويحدد عن طريق التنظيم إصدار الأوراق النقدية الورقية أو المعدنية[37]كما يتولى وضع إشارات التعريف المتعلقة بها لاسيما قيمتها وحجمها وشكلها وسائر مواصفاتها بالإضافة إلى كيفيات مراقبة ضع وإتلاف الأوراق النقدية والقطع المعدنية وهو بذلك يعد المصنع الوحيد لصك العملة والتي تقدر قيمتها بموجب نص قانوني[38] شريطة إحترام الإتفاقيات الدولية وتتمتع العملة الوطنية بحماية جزائية نصت عليها المادة197 من قانون العقوبات[39].

1-1-1-2-2 السلطة التنظيمية لبنك الجزائر :

خول المشرع لمجلس النقد والقرض سلطة إصدار أنظمة مصرفية تتعلق بمجالات إصدار النقد وتغطيته[40] وشروط العمليات المصرفية من خصم وإعادة خصم ووضع تحت نظام الأمانة ،وإنشاء غرف المقاصة وشروط فتح البنوك ومكاتب فتح التمثيل وكذا قواعد حماية الزبائن ومراقبة الصرف وتنظيميه.[41]

وتأسيسا على ما تقدم نجد أن بنك الجزائر إحتل مكانة المشرع فيما يخص المسائل المتعلقة بالقرض والنقد وهو ما دفع ببعض الكتاب[42] إلى إتهامه بإغتصاب إختصاصات السلطة التشريعية ،لكن يبدو أن هذا الإغتصاب تم بإرادة ورضا هاته السلطة التي صادقت على قانون النقد والقرض[43].

والملاحظ أن أنظمة بنك الجزائر عمل تشريعي يصدر في الجريدة الرسمية غير خاضع لرقابة أي جهة قضائية .[44]

1-1-1-2-3 السلطة الإقتصادية لبنك الجزائر :

تشمل السلطة الإقتصادية لبنك الجزائر جانبين هما:تقديم القروض من جهة ،ومنح الإعتماد للمستثمرين من جهة أخرى.

فبشأن تقديم القروض: يمكن لبنك الجزائر طبقا لنص المادة 72 من قانون النقد والقرض منح قروض بالحساب الجاري للبنوك لمدة سنة على الأكثر وتكون هذه القروض مضمونة بسندات صادرة عن خزينة الجزائر أو بذهب أو سندات قابلة للخصم وتمثل القروض 70%من قيمة الضمان و50%إذا كان الضمان مكون من سندات قابلة للخصم كما يتعين على المقترض أن يتعهد تجاه البنك بإلغاء قيمة القرض الذي منح له عند إستحقاقه[45] ويجب أن يتضمن التعهد إلتزاما يقضي بأن يفي المقترض للبنك المركزي جزءا من القرض يوازي قيمة الضمانة كلما بلغ هذا التدني 10%وإذا لم ينفذ هذا التعهد إستحق القرض بحكم القانون كما يمكن للبنك المركزي أن يخصم ثانية أو يقبل تحت نظام الأمانة من البنوك لمدة أقصاها ستة أشهر سندات منشأة لتشكيل قروض متوسطة الأجل ويشترط لنفاذ هذه القروض تحقيق الغايات التالية:

لكن بعد صدور قانون النقد والقرض تغيرت طبيعة هذه العلاقة إذ أدخل عليها المشرع البعد النقدي والمالي[50].

وهكذا عمد المشرع إلى وضع حدود قانونية لعملية اللجوء إلى التسبيقات كما سعى من جهة أخرى إلى وضع تدابير لتسوية ديون الخزينة العمومية تجاه البنك المركزي وعلى هذا الأساس نصت المادة 78من قانون النقد والقرض على أنه "يمكن للبنك المركزي أن يمنح الخزينة العمومية مكشوفات بالحساب الجاري لمدة أقصاها 240 يوم متتالية أو غير متتالية خلال السنة الواحدة على أن يتم ذلك على أساس تعاقدي وفي حد أقصاه 10% من الإيرادات العادية للدولة والمثبتة خلال السنة المالية السابقة"[51].

ويجب أن تسدد هذه التسبيقات قبل نهاية كل سنة مالية ،ويمكن للبنك المركزي أن يقبل تحت نظام الأمانة السندات المكفولة المكتتبة لصالح محاسبي الخزينة تستحق خلال مدة ثلاثة أشهر.[52]

وتأسيسا على ما تقدم تحولت العلاقة بين البنك المركزي والخزينة العمومية من علاقة إدارية إلى علاقة تعاقدية مبنية على تساوي الإلتزامات بين الطرفين ومزودة بضمانات تنفيذ تكفل للبنك التغطية النقدية[53].

1-1-2-2 إصلاح العلاقة التنظيمية بين البنك المركزي والبنوك التجارية:

إذا كان بنك الجزائر الجهة المؤهلة لتحديد الشروط العامة للنشاط المصرفي فإنه يكتفي بمناسبة هذا النشاط بوضع المعايير التي يجب على كل بنك تجاري إحترامها ولا سيما فيما يتعلق بنظام القرض ،وحماية أموال المودعين من المخاطر المصرفية وتكوين إحتياطي نظامي قدره القانون بنسبة 28%من رأسمال البنك[54].

والملاحظ أن هذه المعايير لا تهدف إلى تقييد حرية البنوك التجارية بقدر ما تسعى إلى حماية أصحاب الودائع أو زبائن هذه البنوك ومن ورائهم إستقرار السوق النقدية والمالية للدولة[55].

- تطوير وسائل الإنتاج قصد رفع قدرات المؤسسات الإقتصادية[46].

- تمويل الصادرات بغرض جلب العملة الصعبة وتنويع الصادرات خارج المحروقات[47].

- إنجاز السكن في إطار القضاء على الأزمة التي يعيشها هذا القطاع .

أما بشأن منح الإعتماد للمستثمرين :تحول مجلس النقد والقرض بالنظر إلى أحكام المادتين 181و184 من قانون النقد والقرض إلى ملتقى لتدفقات رؤوس الأموال الخاصة المقيمة وغير المقيمة،وأداة قانونية لتنظيم هذا التدفق أيا كان الغرض منه سواءا لإستثمار في قطاعات الإنتاج أو الإستثمار في النشاطات المصرفية لكن بعد صدور قانون ترقية الإستثمار بموجب المرسوم التشريعي 12/93 تقلصت سلطة البنك في هذا المجال وأصبحت تقتصر فقط على الإعتمادات المتعلقة بإنشاء المصارف الخاصة أو فتح مكاتب تمثيل[48].

2-1-1 إنهاء عهد الأوامر الإدراية :

ينهي قانون النقد والقرض بقوة القانون عهد الأوامر الإدارية المعمول بها في السابق لتسيير النظام المصرفي الوطني وقد أثر هذا الإجراء على علاقة البنك المركزي بالخزينة العمومية من جهة وعلى علاقة هذا البنك بالبنوك التجارية من جهة أخرى .

1-2-1-1 إنهاء الأوامر الإدارية بين الخزينة العمومية والبنك المركزي :

تعودت الخزينة العمومية لفترة من الزمن على طلب تسبيقات في شكل أوامر موجهة للتنفيذ من قبل بنك الجزائر دون أن يقابلها أي ضمان للإستيراد ،وقد تميز هذا الطلب بكونه أصبح مع الوقت إجراء إداري تلجأ إليه الخزينة لمواجهة العجز في الميزانية ،وهو ما تسبب لا حقا في إرتفاع نسبة التضخم وإنخفاض في القيمة الحقيقية للعملة الوطنية ،ولم يكن أمام البنك آنذاك غير الإستمرار في طبع العملة الوطنية نتيجة طبيعة العلاقة التي تربطه مع الخزينة العمومية والتي هي علاقة ذات طابع إداري بحت[49].

لكن كيف تم تنظيم تدخل القطاع الخاص الوطني أو الأجنبي في هذا القطاع ؟.

لتحليل هذه النقطة تتعرض أولا إلى تحديد أشكال تدخل الخواص وثانيا إلى كيفيات التدخل وثالثا إلى الإجراءات المطلوبة لتكريس هذا التدخل .

1ـ 2 ـ 1 ـ أشكال تدخل القطاع الخاص في القطاع المصرفي :

لم يعد القطاع المصرفي طبقا لأحكام النقد والقرض ،قطاعا محتكرا من قبل الدولة إذ رخّص هذا القانون للخواص المقيمين أم غير المقيمين بإمكانية الإستثمار في القطاع المصرفي ،بمقتضى المواد 127،128،129،130 من قانون النقد والقرض حيث يمكن لهم إنشاء بنوك أو مؤسسات مالية خاضعة للقانون الجزائري حسب منطوق المادة 128، كما يمكن لهم فتح مكاتب تمثيل لا ترقى إلى مستوى البنك أو فتح فروع للبنوك أو للمؤسسات المالية الأجنبية أو إنشاء بنوك مختلطة الإقتصاد ،ومثل هذه الأشكال ،وغيرها تكشف عن نية المشرع في السعي نحو تكريس حرية الإستثمار المصرفي ،كما تكشف من جهة أخرى عن رغبته في تنويع أشكال تدخل رأس المال الخاص في هذا القطاع،على النحو الذي يتبين لنا مما يلي :

1-2-1-1 إنشاء بنوك و مؤسسات مالية خاضعة للقانون الجزائري :

حيث تنص المادة 129 من قانون النقد والقرض على أنه "يرخص المجلس بتأسيس كل بنك وكل مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري؟ .

وإنطلاقا من هذا النص من حق المستثمر المقيم أو غير المقيم الإختيار بين الإستثمار في شكل بنوك تجارية لها الشخصية المعنوية وتكون مهمتها العادية و الرئيسية إجراء العمليات المصرفية والمنصوص عليها في المواد 110، 111، 112، 113 من قانون النقد و القرض، و التي تتمثل أساسا فيما يلي:

ـ تلقي الودائع من الجمهور، مع الحق في استعمالها لحساب من تلقاها بشرط إعادتها[65].

وفي سبيل ذلك تخضع البنوك لرقابة اللجنة المصرفية وهي رقابة على القيود ورقابة على المستندات[56] وعند معاينة خرق للقانون المصرفي تأمر اللجنة البنك المعني بإتخاذ أي تدبير لإزالة المخالفة وتصحيح الخلل[57] كما يجوز للجنة تعيين مدير مؤقت تخول له صلاحية إدارة وتسيير أعمال البنك إلى حين التصفية[58].

وتجدر الإشارة إلى أن صلاحيات اللجنة تهدف في الواقع إلى تهذيب العمل المصرفي ولا تشكل عائق أمام الإستقلالية التجارية للبنوك المعترف بها من طرف قانون النقد والقرض حيث أكدّ هذا الأخير الطابع التجاري للبنك ،كما كرّس الطابع التعاقدي لعلاقاته مع المؤسسات الإقتصادية أيا كان نوعها عامة أو خاصة[59].

وحسب التصور الجديد لم يعد البنك مجبرا على تمويل المؤسسات بل من حقه فرض ضمانات لمنح القرض تفاديا لمخاطر عدم التسديد[60].

وهكذا أعيد الإعتبار لفكرة الخطر المصرفي وبالمقابل فقدت المؤسسات الحق في التمويل شبه الآلي[61].

وإنطلاقا من ذلك عرف نظام القرض إنتقال نوعي من حالة القرض المصرفي التنظيمي إلى حالة القرض المصرفي التفاوضي المبني على سلطان إرادة الطرفين (البنك والمقترض) كما لم تعد هناك أي حاجة إلى مبدأ التوطين المصرفي الوحيد حيث يمكن للمؤسسة أن ترجع إلى الهيئة التي تحترم مصالحها أكثر[62].

وبالنسبة لسعر الفائدة تتمتع البنوك بحرية تحديد سعرها شريطة إحترام النسب الدنيا والقصوى المحددة من قبل بنك الجزائر[63].

1-2 - إلغاء احتكار الدولة للقطاع المصرفي :

أحدث قانون النقد والقرض ،نقلة نوعية للنظام المصرفي الجزائري الذي كان يتميز إلى عهد قريب بإحتكار الدولة له حيث قام بفتح السوق المصرفية أمام المستثمرين المقيمين ،وغير المقيمين أيا كانت جنسيتهم ،وهو بهذا وقّع شهادة وفاة احتكار الدولة للقطاع المصرفي.[64]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرّف المقصود بمصطلح مكاتب التمثيل بحيث اكتفى في النظام رقم 10/91 المؤرخ في 14 أوت 1991 بتحديد شروط فتح هذه المكاتب دون أن يتعرض للمفهوم القانوني لها.

و إذا لجأنا إلى الفقه نجد أنه يعرف هذه المكاتب على أنها مجرد بعثات تمثيلية تقوم برعاية مصالح المؤسسة الأم و دون أن تكون لديها الشخصية المعنوية ولا الإستقلال المالي، كما أن بعض الكتاب [66] يميز في هذا الإطار بين مكاتب الإرتباط de Liaison Bureau و مكاتب التمثيل بحيث أن مكاتب الارتباط ليس لديها القوة القانونية لتوقيع العمليات المصرفية و في حين أن مكاتب التمثيل قد تمارس هذه العمليات إذا تحصلت على الضوء الأخضر من الشركة الأم غير أنه بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه يشترط في هذه الحالة استصدار ترخيص من مجلس النقد و القرض، يوافق بمقتضاه على إجراء مثل هذه العمليات من طرف مكتب التمثيل.[67]

1-2-1-4 إنشاء شركات مصرفية ذات اقتصاد مختلط :

يمكن تأسيس البنوك المختلطة الإقتصاد على نص المادة 128 الفقرة الثانية التي تقضي على أنه يمكن الترخيص بالمساهمات الأجنبية في البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري شريطة أن تمنح البلاد الأجنبية المعاملة بالمثل للرعايا الجزائريين أو للشركات الجزائرية.

وانطلاقا من هذا النص يمكن للمستثمرين الأجانب إقامة بنوك مختلطة الإقتصاد مع بنوك محلية، و تخضع هذه البنوك للقانون الجزائري بمقتضى نص المادة 128 من قانون النقد و القرض.

لكن ما هي النسب المسموح بها للشريك الأجنبي في رأسمال البنك المختلط الإقتصاد أو بعبارة أخرى هل هناك نسبة دنيا أو قصوى لمساهمة الأجنبي في رأسمال هذا البنك ؟.

- تقديم قروض إلى الغير مع الحق في فرض الضمانات المصرفية المحددة في هذا الشأن كالتأمينات العينية أو الشخصية.

- وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن مع الإحتفاظ بحق إدارة هذه الوسائل و التي تمكّن الزبون من تحويل الأموال مهما كان الشكل،أو الأسلوب التقني المستعمل مثل الأوراق التجارية كالسندات،و غيرها من الإسناد المعمول بها في القانون التجاري.

كما للمستثمر الحق في الإستثمار في شكل مؤسسة مالية لها الشخصية المعنوية، و تكون مهمتها العادية،و الرئيسية القيام بالأعمال المصرفية الآنفة الذكر ماعدا تلقي الودائع من الجمهور و من الأمثلة العملية على هذه المؤسسات شركات التأمين الخاضعة للقانون الجزائري.

2-1-2-1 إنشاء فروع لبنوك أو مؤسسات مالية أجنبية:

وفي هذا الشأن رخّصت المادة 130 من قانون النقد و القرض للبنوك و المؤسسات المالية الأجنبية إمكانية فتح فروع لها بالجزائر و تخضع هذه الفروع إلى القانون الجزائري و تتمتع بالشخصية المعنوية بحيث أجاز لها المشرع القيام بنفس العمليات المصرفية التي تمارسها البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية المنشأة بصفة مستقلة كما اشترط المشرع طبقا للمادة133 الفقرة الثانية تزويد هذه الفروع برأسمال موازي على الأقل للرأسمال الأدنى المطلوب تأمينه لدى البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري وبالمقابل فمن حق الفرع استعمال الاسم أو التسمية التجارية العائدة للبنك أو المؤسسة الأم.

3-1-2-1 إنشاء مكاتب تمثيل لبنوك أو مؤسسات مالية أجنبية:

ومهمتها تمثيل و رعاية مصالح الشركة الأم، و يؤسس هذا الإنشاء على نص المادة 127 من قانون النقد والقرض والذي يقضي على أنه " لا يفتح تمثيل لمصرف أو مؤسسة مالية أجنبية إلا بترخيص يمنحه المجلس" كما أجاز لمكتب التمثيل استعمال العلامة و الاسم التجاري للشركة الأم محل التمثيل.

نشاطها على نص المادة 112 من ذات القانون رغم أن المشرع الجزائري في هذا الإطار لم يعتمد فكرة التمييز بين البنوك من حيث النشاط بل اعتمد على فكرة منح الإختصاص العام للبنوك أو المؤسسات المالية دون أن يتبنى ما يعرف في بعض الأنظمة المصرفية المقارنة بالتخصص الوظيفي[70].

أما بالنسبة للبنوك غير المقيمة أو ما يصطلح عليه ببنوك أوف شور Off Shor فإن المشرع الجزائري لم يرخص لها بالعمل طبقا لأحكام قانون النقد و القرض نظرا لطابعها الخاص حيث أنها تتميز بكونها أشخاص معنوية غير مقيمة، تقوم بإستقبال ودائع المقيمين من دون أن تخضع للسلطة النقدية للبنك المركزي، كما تقوم في الوقت ذاته بالمخاطرة القصوى بهذه الودائع[71].

ومثل هذه الخصائص دفعت بالمشرع الجزائري إلى تجنب مثل هذه البنوك و هو حذر مطلوب و لكنه في رأينا مبالغ فيه لكون أن القانون الدولي للبنوك يميز في إطار هذا الشكل بين نوعين أساسين هما:

البنوك غير المقيمة التي تهدف إلى المضاربة و التمركز في الدول ليس من أجل تنميتها و إنما من أجل التهرب الجبائي من دولها الأصلية،[72]

والبنوك غير المقيمة والتي ترمي إلى المشاركة في تمويل التنمية الوطنية، و إنتاج فوائض القيمة، و تقديم خدمات تنافسية للزبائن واعتمادا على هذه التفرقة كان على المشرع أن لا يتخذ موقف جذري من هذه البنوك و ذلك بالرفض المطلق إذ كان عليه أن يتبنى النوع الثاني من بنوك الأوف شور و التي لها أهمية حيوية في اقتصاديات بعض الدول بعد أن قامت بعمل انتقائي مسبق للمؤسسات و البنوك الدولية التي تنشط في هذا المجال و اختارت منها البنوك ذات المصداقية و الثقة الدولية و من بين هذه الدول تونس[73].

وإذا حاولنا دراسة تجربة تونس في هذا المجال نجد أنها قننت هذه البنوك في القانون رقم 85/108المؤرخ في 1985/12/06 المتعلق بالبنوك غير المقيمة حسب نص المادة

للإجابة على هذا السؤال هناك فرضيتين: فرضية أولى تنصب في إبقاء العمل بقانون الشركات ذات الاقتصاد المختلط الصادر تحت رقم 13/82 و المعدل بالقانون رقم 13/86 ذلك أن قانون النقد و القرض لم يلغ هذا القانون في أحكامه الختامية و تأسيسا على ذلك تتحدد نسبة مساهمة الأجنبي بـ 49 % من رأسمال البنك غير، أن الواقع العملي يبطل صحة هذه الفرضية إذ أن مجلس النقد و القرض ذاته رخص بإنشاء بنوك مختلطة الاقتصاد ذات مساهمة متساوية أي 50% لكل طرف و 50 %الباقية و سددها بنك الفلاحة و التنمية الريفية B.A.D.R كما هو الحال بالنسبة لبنك البركة الجزائري.

ونتيجة لهذا النقد برزت فرضية ثانية ومؤداها أن قانون النقد والقرض ألغى فكرة نسبية المساهمة الممنوحة للأجنبي إذ يمكن أن تتجاوز نصف رأسمال كما يمكن أن تنخفض حسب الحالة [68] و مثل هذه الفرضية حسب رأينا تتلاءم و المنطق العام لقانون النقد و القرض و الذي تخلى نهائيا عن معيار الجنسية لصالح معيار الإقامة وهم معيار لا يعترف بالحدود الدنيا أو القصوى للمساهمات المالية إذ يشترط فقط أن تخضع هذه المساهمات أيا كانت جنسيتها للقانون الجزائري .[69]

ومع تحديد هذه المظاهر يثور إشكال هام يتعلق بمدى تلاءم التشريع الجزائري المتعلق بالتنظيم المصرفي مع بعض الأشكال القانونية التي تعرفها بعض الدول الأجنبية، كبنوك الودائع، بنوك الأعمال، بنوك القروض المتوسطة المدى و الطويلة المدى و البنوك غير المقيمة و المسماة Banque Off Shor الملاحظ في هذا الشأن أنه إذا حاولنا إسقاط هذه الأشكال القانونية ذات الطابع الدولي على القواعد العامة للتنظيم المصرفي المنصوص عليها في الكتاب الثالث من قانون النقد و القرض، نجد أن المشرع الجزائري ينطلق من تمييز تقليدي بين البنوك المقيمة، و البنوك غير المقيمة حيث أنه بالنسبة للبنوك المقيمة فلقد رخص لها بالعمل في الجزائرعكس البنوك غير المقيمة و تأسيسا على هذا التمييز يمكن الاعتراف مبدئيا بإنسجام الأشكال القانونية المتمثلة في بنوك الودائع التي تشتغل طبقا لنص المادة 111 من قانون النقد و القرض أو بنوك الأعمال التي يمكن تأسيس

من التناقضات بين محتوى الإتفاقية و محتوى قانون النقد و القرض، الذي حصر هذا التعامل من خلال وساطة البنوك الجزائرية فقط دون غيرها إلا أن الأستاذ بوكرامي يرى في هذا الشأن أنه ليس هناك أي تناقض استنادا إلى النظـام رقم 02/91 المـؤرخ في 1991/02/20 الذي يرخص للمقيمين أو غير المقيمين من جنسية أجنبية بفتح و تسيير حسابات بالعملة الصعبة[76].

1-2- 2-كيفيات تدخل القطاع الخاص في النشاط المصرفي:

يخضع تدخل الخواص في القطاع المصرفي لشروط معينة و إجراءات خاصة نص عليها قانون النقد و القرض يمكن معالجتها كما يلي:

1-2-2-1 - شروط إنشاء المصارف الخاصة:

يتطلب إنشاء بنك خاص توفر شروط موضوعية، و أخرى شكلية.

أ - بالنسبة للشروط الموضوعية: فإنها تتمثل في الشروط المتعلقة بالمؤسس، الشروط المتعلقة بالمحل و أخيرا الشروط المرتبطة بالدوافع الكامنة من وراء إنشاء المصرف.

1-2-2-1 الشروط المتعلقة بالمؤسس:

اشترطت المادة 125 من قانون النقد و القرض، أن لا يكون المؤسس محكوم عليه من قبل محكمة أجنبية بحكم يتمتع بقوة الشيء المقضي فيه بفعل يكون حسب القانون الجزائري إحدى الجنايات، أو الجنح المنصوص عليها في الفقرة– أ – من نفس المادة والمتمثلة فيما يلي:

- ارتكاب جناية لها نفس التكييف في القانون الجزائري.
- الإختلاس أو الرشوة أو السرقة أو سحب شيك بدون رصيد .
- اغتصاب أموال عامة أو خاصة.
- الإفلاس التقصيري أو الاحتيالي.

السابعة منه التي تنص على الترخيص لغير المقيمين بإقامة مثل هذه البنوك بشرط احترام التعليمات التي يصدرها البنك المركزي التونسي و لا يمكن لهذه البنوك في أي حال من الأحوال اللجوء إلى إعادة التمويل بالإضافة إلى أنها لا تستفيد من التسهيلات التي يمنحها البنك المركزي التونسيصوعدم المجازفة بالأموال الذي بإمكانه اتخاذ أي إجراء يراه ملائما لضمان حماية حقوق أصحاب الودائع[74].

ونظر لقيام هذه البنوك على مبدأ المغامرة و المخاطرة برأس المال المشكل من أموال الودائع حدد المنشور رقم 13/86 المؤرخ في 1986/05/06 درجة المخاطر بـ 5 %من مجموع الودائع في حالة تعاملها مع وسطاء ماليين مقيمين بتونس و 100 % من حجم الإعتمادات الممنوحة للزبائن و الوسطاء الماليين المقيمين في الخارج و كذا عمليات الإيجار التمويلي و العمليات المتعلقة بمحفظة القيم المنقولة.

هذا بالنسبة لتجربة تونس، أما في الجزائر و رغم عدم اعتراف القانون الداخلي بهذه البنوك إلا أنها أقرت بها ضمنيا في إطار اتفاقياتها المتعلقة باتحاد دول المغرب العربي و من بينها اتفاقية دول الاتحاد المبرمة في 1988/01/26 والتي تتضمن إنشاء بنك مغاربي للاستثمار والتجارة حيث يتميز النظام الأساسي لهذا البنك على أنه يندرج في إطار البنوك غير المقيمة Off Shor .

ونستنتج ذلك من خلال تحليل المادة السادسة منه و التي تقضي على أنه يقبل البنك ودائع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بالعملة الصعبة القابلة للتحويل كما تنص المادة السابعة منه على أنه لا يجب أن يتجاوز تمويل المشاريع حدود 10% من رأس مال البنك و الإحتياطات النظامية له[75].

و بشأن التعهدات الإجمالية فيشترط أن لا تتجاوز 45% من كلفة المشروع و نفس الشيء بالنسبة للتسهيلات التي هي محددة بنسبة 20 % من موارد البنك المحررة بالعملة القابلة للتحويل و معلوم أن صدور هذه الاتفاقية قد تم قبل صدور قانون النقد و القرض الذي يجيز للمتعاملين حيازة و فتح حسابات بالعملة الصعبة و هو ما يعني وجود جملة

و عموما و مهما كان محل الإستثمار، فإنه يشترط فيه أن يكون مشروعا و غير مخالف للنظام العام، ومشروعية المحل لها صلة وثيقة بمشروعية الأموال التي يستخدمها المستثمر في تشكيل رأس المال البنك أو المؤسسة المالية إذ منع المشرع استعمال الأموال المهربة الناتجة عن جنايات أو جنح لتشكيل الرأسمال التأسيسي للبنوك،وذلك طبقا للفقرة ج من المادة 125 من قانون النقد والقرض[78].

والملاحظ أن المشرّع الجزائري تأثر في هذا المجال بالقانون الدولي الذي يحضر تبييض الأموال في شكل استثمارات و المتأتية من المتاجرة بالمخدرات، أو جرائم اختلاس الأموال العامة أو الخاصة [79]

1-2-2-1 : الشروط المتعلقة بالدوافع :

يشترط المشرع في المصرف محل التأسيس أن لا يكون الدافع وراءه القيام بالمضاربة المقموعة في قانون الصرف، بحيث يلتزم المستثمر في هذا الشأن القيام بالأعمال المصرفية في حدود التنظيمات، و القوانين المعمول بها في الجزائر، و تحت رقابة مجلس النقد و القرض الذي يتمتع بالسلطة التقديرية في مراقبة الدوافع الحقيقية للمستثمر و له الحق في رفض منح الترخيص، إذا ما تأكد أن نية هذا المستثمر تتجه إلى إحداث مؤسسات صورية ليس لها علاقة مع العمليات المصرفية.

بالنسبة للشروط الشكلية: نجد أن المادة 128 من قانون النقد و القرض.

اشترطت لتأسيس البنوك، أو المؤسسات المالية أن تتم في شكل مساهمة خاضعة للقانون الجزائري[80].

1-2-3- إجراءات إنشاء المصارف الخاصة :

تبدأ إجراءات التأسيس، فور تقديم الطالب المعد وفق نموذج مستخرج من بنك الجزائر، و مدوّن فيه الوثائق الضرورية للحصول على الاعتماد.

و تتعلق هذه الوثائق أساسا ببيان هوية المؤسسين، و هوية الشخص المعني الراغب في إنشاء المصرف أو المؤسسة المالية و خصوصا الشكل القانوني له، المصالح

- مخالفة قوانين الصرف.

- التزوير في المحررات أو التزوير في المحررات الخاصة المصرفية أو التجارية.

- مخالفة قوانين الشركات.

- تهريب أموال ناتجة عن إحدى هذه المخالفات.

- و يشترط لنفاذ هذا الشرط، أن يتقدم محافظ بنك الجزائر إلى النيابة العامة التي تتولى الاتصال بالمحكمة العليا الأجنبية المختصة قصد معرفة صحة الحكم، و مدى حجيته، و لا يطبق هذا الشرط إلا بعد الاستماع إلى الشخص المعني الذي بإمكانه تقديم دفوعاته بهذا الشأن، باستثناء حالة الإفلاس التي شدد فيها المشرع،بحيث يمنع مباشرة من تأسيس المصرف، و ذلك طبقا للفقرة الثالثة من المادة 125 التي تقضي على أنه "إذا أعلن إفلاسه أم ألحق بإفلاس أو حكم بمسؤولية مدنية كعضو في شخص معنوي سواء تم ذلك في الجزائر أو في الخارج و طالما لم يعد له اعتبار".

- و مفاد هذا النص، أن شرط المنع لا يرفع على المؤسس المترشح، إلا إذا تحصل على رد الاعتبار سواء من طرف القضاء الجزائري، أو من طرف قضاء الدولة التي تنتمي إليها [77].

1-2-2-1-2- الشروط المتعلقة بالمحل:

فإنها تختلف حسب الشكل الذي يريده الأطراف فإذا اختار المستثمر إنشاء بنك تجاري، فيجب أن يكون محل هذا البنك تحت طائلة البطلان القيام بالعمليات المصرفية المحددة في المواد 110 و 111 و 112 من قانون النقد و القرض التي تتشكل أساسا من جانبين جانب أول، ويتعلق بتلقي الودائع و جانب ثاني، و يتمثل في إجراء عمليات الإقتراض للغير، أما إذا اختار المستثمر إنشاء مؤسسة مالية فيجب عليه الإكتفاء بعمليات الإقتراض دون أن يسمح له بتلقي الأموال من الجمهور.

الإقتصادية الرئيسية المكونة له، توزيع رأسمال، المقر الإجتماعي، و القدرات المالية و الإقتصادية للمستثمر و تشكل هذه الوثائق في مجموعها ملف طلب الإعتماد،وفور الانتهاء من إعداده، يودع الطلب لدى بنك الجزائر، الذي يقوم بتحليله و عرضه على مجلس النقد و القرض[81].

يقوم مجلس النقد و القرض في هذه الحالة، بإجراء مطابقة بين الملف، و أحكام قانون النقد و القرض، و خاصة الباب الثالث منه و متى تبين له وجود ملائمة يرخص المجلس بتأسيس كل بنك أو مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري ويتجلى هذا الترخيص في شكل قرار إداري يتخذ طبقا لأحكام المادة 45 الفقرة الأولى من ذات القانون، و يتولى محافظ البنك نشر القرار في الجريدة الرسمية عملا بنص المادة 49 منه.

أما في حالة صدور قرار بالرفض، فلا يجوز تقديم الطلب الثاني، إلا بعد مضي أكثر من عشرة أشهر من تبليغ رفض القرار الأول وإذا ما تم رفض القرار للمرة الثانية، يمكن للمستثمر اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن فيه مع مراعاة الشروط الواردة في المادة 50 من قانون النقد و القرض، و خاصة آجال الطعن التي يجب أن تقدم تحت طائلة الرد شكلا خلال مهلة ستين يوما من تاريخ نشرها أو تبليغها[82].

والملاحظ أن المشرع قيّد منح الترخيص بجملة من الشروط أهمها:

1-2-3-1- اقتران مبدأ الترخيص بمبدأ المعاملة بالمثل:

و الذي يعني أن تمنح البلاد الأجنبية التي يتبعها المستثمر الأجنبي المعاملة بالمثل للرعايا الجزائريين أو الشركات الجزائرية، و مثل هذا المبدأ لا يمكن في الواقع استشفافه من بنود قانون النقد و القرض و إنما من الإتفاقيات الدولية التي تبرمها الجزائر مع الدول الأجنبية، رغم أن هذا القانون فوّض مجلس النقد و القرض إصدار نظام يحدد شروط التثبت من المعاملة بالمثل حسب نص المادة 131، كما فوّضه أيضا سلطة التوقيع على أي اتفاقيات دولية في هذا الشأن، و مثل هذا التفويض في رأينا يتعارض والأحكام الدستورية المنظمة له، و التي تمنح سلطة التوقيع إلى رئيس الجمهورية حسب أحكام المادة 74 الفقرة 11 من دستور 1989 أو لأعضاء الحكومة حسب ذات الدستور[83].

كما أن إقرار هذا المبدأ قد يعرقل من حرية الإستثمار الأجنبي في هذا القطاع الحساس، لأن بعض الدول الكبرى تسمح لرعاياها بالإستثمار في الخارج، بينما تمتنع عن منح المعاملة ذاتها لرعايا البلد المضيف و بما إن الجزائر في حاجة ماسة إلى رؤوس الأموال الأجنبية، فكان عليها التخفيف من حدة هذا المبدأ، و التطبيق المرن له حسب ما تقتضيه المصلحة الوطنية[84].

2-3-2-1- اقتران مبدأ الترخيص بالخضوع إلى القانون الجزائري:

بحيث يتعين على المستثمر الأجنبي الذي يرغب في ممارسة النشاط المصرفي في الجزائر، التكيف مع أحكام القانون الداخلي المتعلق بهذا النشاط، و خاصة الشكل القانوني للبنك، و الذي يجب أن يتخذ شكل شركة مساهمة تحت طائلة البطلان، تطبيقا لمحتوى نص المادة 128 من قانون النقد و القرض[85].

1-2-3-3- اقتران الترخيص بتقديم برنامج العمل:

والامكانيات التقنية المالية التي يود المستثمر الأجنبي تجنيدها لإنشاء المصرف أو المؤسسة المالية[86]

و في حالة إخلال المصرف الخاص أو المؤسسة المالية بإحدى التزاماتها، يمكن لمجلس النقد والقرض سحب الترخيص، كما يمكنه سحبه أيضا في الحالات التالية:

- بناءا على طلب من البنك أو من المؤسسة المالية المعنية.
- أو بصفة تلقائية إذا لم يتم استغلال الترخيص لمدة إثنا عشر شهرا.
- أو إذا توقف المصرف عن النشاط لمدة ستة أشهر، و أخيرا يمكن سحبه إذا لم تعد تتوفر في المصرف الشروط التي على أساسها تم منح الإعتماد كما يجوز للجنة المصرفية سحب الإعتماد كعقوبة تأديبية.

2ـ نتائج تحرير سوق القرض :

نجم عن تحرير سوق القرض والنقد إزالة القيود التنظيمية التي كانت تلازمه وترتّب عن هذا التحرير النتائج التالية :

2-1 إزالة إحتكار الدولة للنشاط المصرفي :

إذا كان الفضل في إزالة الإحتكار، يعود إلى قانون النقد و القرض، و بالتالي إلى سلطة الإستقلالية إلا أن الفضل في تطبيق هذه الإزالة يرجع بدون شك إلى سلطة التعديل الهيكلي التي تسارعت في عهدها وتيرة إنشاء البنوك الخاصة بلغ عددها إلى غاية 1999 حوالي عشرة بنوك خاصة، بدون حساب الفروع و مكاتب التمثيل، كما أن هاته السلطة هي الأولى التي بادرت بطرح النقاش حول إمكانية خوصصة البنوك العمومية من خلال فتح رساميلها أمام الإستثمار الخاص الوطني أو الأجنبي وقد إختارت السلطة في البداية الخوصصة الجزئية لبنك التنمية المحلية ثم عدلت عنه لفائدة القرض الشعبي الجزائري، و حتى هذه المحاولة الأخيرة لم تنجح في تنفيذها.

2ـ 2 ـ تحرير سعر الفائدة :

بحيث أصبح يخضع لإرادة كل مصرف على حدى شريطة احترام السقف الأدنى و الأقصى المحدد من قبل الجمعية المهنية للبنوك وقد بلغ سعر الفائدة في ظل فترة التعديل الهيكلي ما بين 10 % إلى17% مع ميل تدريجي للإنخفاض و رغم هذا الإنخفاض إلا أن سعر الفائدة المعمول به لم ينل رضا المستثمرين الذين اعتبروه أحد عوائق الإستثمار[87].

2-3- تحرير آليات إعادة تمويل البنوك :

استبدل المشرع في ظل التعديل الهيكلي اتفاقات إعادة الخصم والتراخيص المسبقة بالرقابة الخارجية التي تقوم على أساس سقف إعادة الخصم المسبق المحدد في كل مؤسسة قرض حسب أهداف المخطط الوطني للقرض وقد ارتفع معدل إعادة الخصم من 11.5 % سنة 1992 إلى 13 % سنة 1996.

2- 4 - حذف تمويل البنوك عن طريق الانكشاف :

وهذا من أجل تشجيع البنوك على تنمية موارد الزبائن و تعويدهم على الصرامة في تقرير السيولة، و تنمية تحصيل السيولة التي في حوزة الأعوان الإقتصاديين،و التي تشكل الإنشغال الأساسي للسلطة النقدية في الجزائر و الهدف الأساسي لها هو جمع الموارد الكافية لإشباع الإحتياجات و تفادي اللجوء إلى الإصدار النقدي وبالتالي التضخم، مع ما يحمله من آثار سيئة على الإقتصاد الوطني.[88]

2-5 إنفراد بنك الجزائر بالسلطة النقدية :

إنّ الإلتزامات الخارجية للحكومة، دفعت بوزيرها لإعادة الهيكلة تقديم صياغة جديدة للنظام المصرفي، تقوم على أساس ارتباط جدلي بين البنك و محيطه و ترمي هذه الصياغة إلى تحقيق ما يلي:

- خفض تكلفة الوسط المصرفي.
- تنويع دخل البنك.
- السهر على حماية أموال الزبائن.
- التحكم في تبعات الضمان.
- إنشاء بنوك متخصصة في مجالات الأعمال، العقار، و الإستثمار.
- تكثيف النسيج المصرفي من خلال تبسيط إجراءات فتح الممثليات و المكاتب و الفروع خاصة بالمصاريف الأجنبية.
- تحديد نسب تحفيزية لجذب المدخرات.
- توجيه النقد حسب متطلبات السياسة الإقتصادية للحكومةص.

لكن مثل هذه الصياغة الجديدة، و أمام هيمنة بنك الجزائر على السلطة النقدية تبقى حبر على ورق، نتيجة احتواء قانون النقد على تناقضات تتمثل في وجود تصورات للحكومة مختلفة عن تصورات البنك هذا من جهة و من جهة أخرى، يعتبر رئيس الحكومة

المسؤول الأول أمام رئيس الجمهورية و المجلس الشعبي الوطني عن تنفيذ البرنامج الإقتصادي للأمة، كما تقضي بذلك صراحة المادة 78 من الدستور.[89]

و هذا التناقض في الصلاحيات، طالما اشتكى منه رؤساء الحكومات المتعاقبة على السلطة، حيث صرح رئيس الحكومة السيد أحمد غزالي أمام المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 1991/07/09 إنه يعارض تحويل السلطة النقدية من الحكومة إلى بنك الجزائر لأنه من غير المعقول إنجاز سياسة اقتصادية دون سلطة نقدية للحكومة [90].

أما حكومة السيد بلعيد عبد السلام فإنها لم تجد جرحا في خرق أحكام قانون النقد والقرض بحجة الضرورات تبيح المحضورات حيث أنشأت لجنة خاصة، استولت فعليا على السلطة النقدية، وهمشت دور مجلس النقد و القرض

وقد برّر رئيس الحكومة هذا العمل على أنه إجراء لا مفر منه في ظل اقتصاد الحرب [91]

واستمر الصراع حول السلطة النقدية قائما في ظل حكومة رضا مالك التي حاولت احتواء النزاع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 54/95 المؤرخ في 1995/02/15 المتعلق بصلاحيات وزير التجارة حيث مررت في المادة الثانية منه نيتها في تحويل السلطة النقدية للحكومة، عندما قضت على أنه" تمارس وزارة المالية صلاحيتها في مجال السياسة الوطنية للقرض الخارجي و على هذا الأساس تحدد السياسات، الكيفيات و التسيير و المتابعة و الضبط و المساهمة في المفاوضات مع الدائنين "، و هذه الصلاحيات المختلفة تعتبر في الواقع خرق لأحكام قانون النقد والقرض، لكونها مندمجة ضمن السلطة النقدية المعترف بها لمجلس النقد والقرض[92].

والملاحظ أنّ هذا الصراع، حول السلطة النقدية لم ينل رضا المؤسسات المالية الدولية التي ناصرت علنا بنك الجزائر، وهو الموقف الذي إزداد صلابة بعد نجاح البنك في تخفيض نسبة التضخم، و التحكم في سعر الفائدة و الاتجاه نحو تحرير سوق القرض[93].

3 ـ الإتجاه نحو إصلاح قانون القرض والنقد :

توّجت السلطة التنفيذية إنتقاداتها لقانون النقد والقرض من زاوية كونه عائق أمام تجسيد برنامج الإنعاش الإقتصادي بإصدارها للأمر رقم 2003/11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض[94] ، وكان من بين الأسباب التي إعتمدتها السلطة لتبني هذا القانون ما يلي :

* سبب سياسي : حيث أن التشريع الجديد يحقق الإنسجام المطلوب بين تصورات الحكومة وتصورات السلطة النقدية ممثلة في بنك الجزائر وهذا الإنسجام شرط ضروري لتكريس التضامن داخل الجهاز التنفيذي عكس ما أحدثه القانون السابق من تنازع في الإختصاص وتداخل في الصلاحيات وإحتكار أرثوذكسي للسلطة النقدية من مجلس النقد والقرض الأمر الذي جعل الحكومة مجرد تابع له وهذا الإحتكار هو تطبيق سيئ للإستقلالية لكونه لا يراعي متطلبات برنامج الحكومة ، ويفرغ الإصلاحات الإقتصادية من جدواها .

* سبب إقتصادي : إن القانون الجديد للنقد والقرض يجعل من السياسة النقدية جزء مندمج في السياسة الإقتصادية للدولة وهذا الإندماج لا يعني فقدان السلطة النقدية لإستقلاليتها بل على العكس يدعمها من ناحية إعتبارها كأداة للتحكم في التوازنات الكبرى للإقتصاد الكلي .

* سبب تقني : إن قانون النقد والقرض السابق خلاف التشريع الحالي إحتوى على عدة ثغرات خاصة في مجال الصرف ، إعتماد البنوك الخاصة ، والرقابة عليهاصوهو ما أثّر على مصداقية النظام المصرفي الوطني والذي جعله عرضة لمخاطر لا تمس فقط أموال المودعين ولكنها تشكل أيضا خطرا على الأمن والسلم الإجتماعي ويستدلون في ذلك بمضاعفات قضية بنك الخليفة كما عبر عنها رئيس الحكومة (بإحتيال القرن) وهذه الأسباب مجتمعة كافية في نظر السلطة للتخلي عن القانون رقم90 /10 المؤرخ في : 1990/04/14 واستبداله بالأمر رقم 11/ 03 المؤرخ في 2003/08/26 .

ومن هنا يتبادر إلى أذهاننا سؤال مشروع حول مظاهر التجديد التي جلبها النص ؟ .

تكشف لنا القراءة المعمقة للقانون الجديد للنقد والقرض عن تركيزه على فكرتين أساسيتين هما :

- فكرة إخضاع سلطة النقد والقرض لمعتقدات الجهاز التنفيذي من جهة .

- وفكرة تقوية الطابع الردعي لقانون النقد والقرض من جهة أخرى وكأنه قانون عقوبات مكرر.

3-1- فكرة إخضاع سلطة النقد والقرض لمعتقدات الجهاز التنفيذي :

تتجلى هيمنة الجهاز التنفيذي على سلطة النقد والقرض من جانبين : جانب عضوي وآخر وظيفي .

3-1-1 من حيث الجانب العضوي :

قام المشرع بمقتضى الأمر رقم 03/11 المؤرخ في 2003/08/26 بإحداث تمييز شكلي بين مجلس إدارة البنك ومجلس النقد والقرض والمراقبان واللجنة المصرفية.

- فبالنسبة لمجلس إدارة البنك فإنه يتشكل من المحافظ رئيسا والنواب الثلاثة له ، وثلاثة موظفين من الدرجات العليا يعينون بمرسوم رئاسي والغاية من التعيين بهاته الطريقة تقوية المركز القانوني للمجلس من جهة واستعادة للصلاحيات الدستورية لرئيس الجمهورية من جهة أخرى والملاحظ على هذه التركيبة تبعيتها المطلقة الجهاز التنفيذي.

- أما بالنسبة لمجلس النقد والقرض فإنه يتشكل إضافة إلى أعضاء مجلس الإدارة من عضوين يختاران لمؤهلاتهما في مجال النقد والمال من قبل رئيس الجهورية وتجدر الإشارة في هذا الشأن أن القانون السابق اكتفى في نص المادة 32 منه بتعيين الأعضاء بموجب مرسوم تنفيذي موقّع من قبل رئيس الحكومة بينما قضى القانون الجديد في نص المادة 58 منه بتعينهم بموجب مرسوم رئاسي .

- في حين أنه بالنسبة للمراقبان فإنهما يعينان أيضا بمرسوم رئاسي حيث احتفظ الأمر رقم 03/11 بنفس الشروط المتبناة في المادة 51 من القانون رقم 10/90 بإستثناء كون هذه المهمة أصبحت بمقابل بعد أن كانت حسب نص الماد 52 من القانون رقم 10/90 مجانية ،كما أن هذا القانون الأخير يقيد إختيار المراقبان بإقتراح من وزير المالية بينما أصبح إختيارها بالنظر إلى أحكام المادة 26 من الأمر رقم 03/11 حرا من قيد الإقتراح .

- وأخيرا بالنسبة للجنة المصرفية فإنها تتشكل من محافظ البنك رئيسا ومن ثلاثة أعضاء يختارون لكفاءتهم المصرفية والمالية والمحاسبية ومن قاضيين مختارين من قبل الرئيس الأول للمحكمة العليا وبعد إشعار للمجلس الأعلى للقضاء ويعين أعضاء اللجنة بموجب مرسوم رئاسي وما يلاحظ على هاته التركيبة استحواذ الجهاز التنفيذي عليها ، كما أن إختيار قاضيين من قضاة المحكمة العليا أمر في غير محله وكان يجب إختيارهما من بين قضاة مجلس المحاسبة لكونهم أكثر إلماما بالشؤون المالية والمحاسبية أو على الأقل إختيارهما من بين قضاة مجلس الدولة.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن التركيبة المختلطة للجنة أثارت تساؤلات حول طبيعتها القانونية حيث يعتقد بنك الجزائر على أنها هيئة قضائية متخصصة وهذا الإدعاء حسم فيه مجلس الدولة الذي كيّف اللجنة في قراره المؤرخ في 2000/05/08 على أنها سلطة إدارية مستقلة .

هكذا وإذا ما حللنا التركيبة العضوية لهيئات النقد والقرض نجد أن هناك تبعية عضوية واضحة إلى الجهاز التنفيذي ليس فقط من حيث التعيين ولكن أيضا من حيث السلطة السلمية .

لكن هل يعني ذلك خضوع هاته الهيئات لوصاية الجهاز التنفيذي بالمعنى القانوني المتعارف عليه في القانون الإداري أم أنها تخضع إلى أبعد من ذلك ونعني بها السلطة الرئاسية ؟ .

في هذا الإطار ودون مبالغة وما دامت سلطة التعيين هي سلطة العزل فإن المسار المهني لموظفي هاته الهيئات مرتبط وجودا وعدما برضى السلطة التنفيذية ، وهكذا فمن الخرافة القول بوجود استقلالية عضوية لهيئات البنك بل هي تبعية تقترب من السلطة الرئاسية أكثر منها إلى السلطة الوصائية وتكريس مثل هاته التبعية كان نتيجة صراع شاق بين مقاربتين مقاربة تناصر الإستقلالية بأبعادها العضوية والوظيفية ومقاربة تعمل على ربط هيئات البنك بالجهاز التنفيذي وجاء الأمر الجديد للنقد والقرض ليستجيب لمطالب المقاربة الأخيرة .

3-1-2 من حيث الجانب الوظيفي :

رغم أن القانون الجديد للنقد والقرض يعتبر بنك الجزائر هيئة وطنية مستقلة تاجرة في علاقاتها مع الغير متمتعة بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي إلا أن هاته الإستقلالية بالمفهوم الذي أراده لها الأمر رقم 03/11 وهمية لأكثر من سبب:

- فمن حيث إضفاء الطابع التجاري على البنك نجد أن المشرع لم يحدد الشكل التجاري له ومدى إمكانية إعتباره شركة تجارية مساهمة وفي هذا الشأن ما يستنتج من نص المادة التاسعة من الأمر رقم 03/11 أن المشرع فضل استعمال مصطلح - المؤسسة الوطنية المستقلة - وهو مصطلح غريب عن القانون التجاري ويقترب بكيفية واضحة من مصطلحات القانون العام Droit Public ويمكن تفسير هذا الشكل الخاص بما يلي :

- إرتباط البنك بمبدأ السيادة لكونه المكلف بإصدار العملة وتسيير شؤون النقد والقرض

- إرتباط البنك بمبدأ الإستقلالية والذي يتيح له فرصة التحكم القانوني في المسائل النقدية

- تملك الدولة لكامل رأس مال البنك حسب نص المادة العاشرة من الأمر رقم : 03/11 لكن مثل هاته المسائل تجعله شبيه بالمؤسسة العمومية الإقتصادية

فهل يعني هذا التشابه خضوع البنك للأمر رقم 01/04المؤرخ في: 2001/08/20 المتعلق بالمؤسسات العمومية الإقتصادية ؟ .

من دون شك أن الإجابة على هذا الإستفهام تكون بالنفي ، حيث لا يخضع البنك لنطاق تطبيق هذا النص .

والملاحظ أن هاته الإرتباطات تفضح الطابع الوهمي للإستقلالية التي يتمتع بها البنك ليس فقط من حيث التسيير ولكن أيضا من حيث الذمة المالية حيث تخضع ميزانية البنك لموافقة رئيس الجمهورية ، كما أن مرتبات المحافظ ونوابه تحدد بموجب مرسوم كما تقضي بذلك المادة 15 من الأمر رقم 03/11 ، كما أنه لا يمكنه التصرف شراءا أو بيعا للعقارات إلا بعد ترخيص بذلك ، بالإضافة إلى ذلك يخضع البنك لمراقبة المرقبان المعينان من قبل رئيس الجمهورية واللذان يمارسان رقابة عامة على كافة شؤون البنك ، ورقابة خاصة على مصلحة مركزية المخاطر ومركزية عدم التسديد وكذلك على تنظيم سير السوق النقدية .

ـ أما من حيث صلاحيات هيئات البنك فلم تعد هاته الصلاحيات واسعة مثلما نص عليه قانون النقد والقرض السابق في المادة 42 منه بل أصبحت محصورة كما يستنتج من نص المادة 19 من الأمر رقم 03/11 أو بتعبير آخر أصبحت هاته الصلاحيات على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال .

3-1-2-1 فمن صلاحيات المحافظ :

يعتبر المحافظ عون تنفيذي كما تقضي بذلك المادة 16 فقرة أولى يتكفل بوضع السياسة النقدية للدولة قيد التنفيذ وفي سبيل ذلك حددت هاته المادة صلاحيات المحافظ عكس ما ورد في نص المادة 28 د من القانون رقم90/10 الذي كلفه بالقيام بجميع الأعمال دون تحديد نوعها أو مجالها .

ـ كما أن القانون الجديد للنقد والقرض ألغى الإستشارة الوجوبية لمحافظ البنك في المسائل المتعلقة بالنقد والقرض أو مسائل تكر ن لها انعكاسات على الوضع النقدي كما

كان معمولا به إبان سريان القانون رقم 10/90 في نص المادة 28 الفقرة الأخيرة منه وهكذا لم يعد المحافظ مستشار وجوبي للحكومة ولا حتى مستشار إختياري بل أصبحت الحكومة حرة في مناقشة هاته المسائل دون الرجوع إلى محافظ البنك ومن زاوية أخرى يمكن للمحافظ الإستعانة بخبراء خارج موظفي البنك دون تحديد لمدة العمل وطبيعة العمل خلاف ما نصت عليه المادة 31 من القانون رقم 10/90 التي تشترط للإستعانة بهم أن تكون المدة معينة والأعمال محددة .

3-1-2-2 ومن حيث صلاحيات مجلس الإدارة :

ألغى المشرع بموجب المادة 19 حرية أعضاء المجلس في التداول وهي الحرية التي كانت مقررة في نص المادة 35 من القانون رقم 10/90 ويمكن تفسير هذا الإلغاء على أنه تراجع عن هاته الحرية الغرض منها تكريس التبعية الوظيفية تجاه السلطة التنفيذية ، كما عددت المادة 19 صلاحيات المجلس على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال ويفسر هذا الحصر على أنه تقليص للسلطة التقديرية للمجلس والتي يظهر وكأنها إختفت من قاموس القانون رقم 11/ 03 المتعلق بالقرض والنقد كما نزع من صلاحيات المجلس بعض الإختصاصات التي استحوذ عليها بموجب القانون رقم 10/90 أين كان مجلس النقد والقرض هو نفسه مجلس إدارة البنك .

3-1-2-3 ومن حيث صلاحيات مجلس النقد والقرض :

حصر الأمر رقم 11/03 في المادة 62 منه صلاحيات المجلس في شؤون النقد فقط أي كسلطة نقدية ليس لها أي دور في مجال الإستثمار وتم هذا الحصر في الواقع بعد إلغاء نص المادة 183 من القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض .

كما أصبحت أنظمة المجلس خاضعة لرقابة مجلس الدولة بموجب دعوى إلغاء ترفع فقط من قبل وزير المالية ، والملاحظ أن أنظمة البنك المنشورة في الجريدة الرسمية هي أعمال تشريعية أكثر منها تنظيمية وإخضاعها لرقابة مجلس الدولة يفقدها الطابع

التشريعي ، كما يعتبر المجلس حسب نص المادة 62 الفقرة الأخيرة المستشار الوجوبي للحكومة في المسائل النقدية دون المسائل الإقتصادية عكس ما هو منصوص عليه في القانون رقم 10/90 السالف ذكره.

3-1-2-4- وأخيرا من حيث صلاحيات اللجنة المصرفية :

أصبحت اللجنة المصرفية المنشأة بموجب المادة 105 منم الأمر رقم 03/11 عين السلطة التنفيذية على كل ما يحدث في شؤون النقد والقرض والذراع القمعي لها وفي سبيل ذلك زودها المشرع بصلاحيات واسعة وبوسائل مادية وبشرية تكفل لها أداء هاته الصلاحيات والمتمثلة فيمايلي :

- مراقبة مدى إحترام البنوك والهيئات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليهم .

- معاقبة أي تقصير مثبت .

- فحص وتحليل شروط إستغلال المصارف والهيئات المالية وتسهر على مراقبة نوعية الوضعية المالية لهم.

- تسهر على احترام قواعد حسن سير المهنة المصرفية .

- تعاين المخالفات المرتكبة من قبل أشخاص غير مرخصين بالعمل المصرفي وتنزل بهم العقوبات الملائمة .

ويرأس اللجنة المحافظ شخصيا عكس ما ورد في نص المادة 143 من القانون رقم 10/90 أين أجاز هذا النص لأحد نواب المحافظ رئاسة اللجنة ، واشتراط حضور المحافظ شخصيا لا يكون في محله لكثرة مهام المحافظ وصعوبة تأكيد حضوره.

وعموما يهدف المشرع من وراء تقوية المركز القانوني للجنة إلى محاولته جعلها كأداة لتطهير النظام المصرفي الوطني الذي يشكو من الفساد والفوضى وندرة الإحترافية .

وهكذا وتأسيسا على ما تقدم يتبين لنا حجم التبعية الوظيفية للبنك تجاه السلطة التنفيذية .

3-2- تقوية الطابع الردعي لقانون النقد والقرض :

ما يلاحظ على القانون الجديد للنقد والقرض وكأنه قانون عقوبات مكرر حيث احتوى على أكثر من 11 مادة لها بعد جزائي بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة ويتجسد الطابع الردعي بصفة خاصة فيما يلي :

3-2-1- قمع جريمة تبييض الأموال :

حيث ألزم المشرع في نص المادة 80 من الأمر رقم 03/11 مجلس النقد والقرض بضرورة إجراء تحقيق حول مصدر أموال الشخص المترشح لإنشاء بنك وفي هذا الإطار لا يجوز منح الإعتماد لهذا المترشح إذا ارتكب جرائم متصلة بتجارة المخدرات أو تبييض الأموال ، كما ألزمت المادة 91 من نفس القانون هذا الشخص بتبرير مصدر المال وهي إشارة إلى تبني المشرع لفكرة محاربة تبييض الأموال خلاف القانون رقم 110/90 الذي لم ينص على هذا الشرط .

ومعلوم أن هذا الشرط جاء كإستجابة للتعهدات الدولية للحكومة الجزائرية والتي صادقت على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في : 2004/04/19 ، كما قننت آليات مكافحة تبييض الأموال بمقتضى القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات والذي نص في المادة 389 مكرر منه على جريمة تبييض الأموال والتي عرفها على أنها :

أ ـ تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في إرتكاب الجريمة الأصلية التي تأتت منه هذه الممتلكات على الإفلات من الآثار القانونية لفعلته .

ب ـ إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيف التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية .

ج ـ إكتساب الممتلكات أو حيازتها أو إستخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها أنها تشكل عائدات إجرامية

د ـ المشاركة في إرتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على إرتكابها ومحاولة إرتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه .

ويعاقب المرتكب للجريمة بعقوبات تتراوح ما بين خمس سنوات إلى خمسة عشر سنة في حالة العودة مع مصادرة الأملاك موضوع الجريمة .

بَيْدَ أن الصعوبة العملية تكمن في كيفية التحقق من وقوع عملية التبييض خاصة بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي ؟.

ربما يكتفي مجلس النقد والقرض في هاته الحالة بطلب وثائق محاسبية تؤكد مشروعية المال المملوك لشخص المترشح .

2-2-3 قمع جريمة إفشاء السر المصرفي :

ألزمت المادة 177 موظفي البنك بضرورة الحفاظ على السر المصرفي تحت طائلة المتابعة الجزائية المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات نظرت لما قد يحدثه إفشاء السر من مخاطر على عنصر الإئتمان والثقة الذي يعد الركيزة الأساسية لأي نظام مصرفي غير أنه لا يمكن الإحتجاج بهذا السر في مواجهة الهيئات التالية :

ـ الهيئات العمومية المكلفة بتعيين إدارة البنك والهيئة المالية .

ـ السلطات القضائية التي تتحرك في إطار متابعة جزائية .

ـ السلطات العمومية الملزمة بتقديم معلومات إلى الهيئات الدولية المؤهلة في إطار مكافحة الرشوة ، تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب .

- اللجنة المصرفية .

- بنك الجزائر في تعامله مع بنوك أجنبية شريطة إحترام مبدأ المعاملة بالمثل .

3-2-3 - قمع جريمة النصب والإحتيال وخيانة الأمانة :

وهذه الجرائم تخضع لأحكام المواد 134 إلى 135 من الأمر رقم 03/11 كما تقع هاته الجرائم تحت طائلة قانون العقوبات .

3-2- 4 - عرقلة أعمال اللجنة المصرفية :

نصت على هاته الجريمة المواد 136 و 137 من الأمر رقم 03/11 وتمثل العرقلة كل إمتناع عن تقديم معلومات إلى اللجنة أو يقدم لها معلومات خاطئة قصد تضليلها يعاقب بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 5 مليون دينار إلى10 مليون دينار .

3-2-5 - جريمة إستغلال أموال البنك لأغراض شخصية :

نصت على هاته الجريمة المادة 131 من الأمر رقم 03/11 وتشترط لقيامها توافر سوء النية في المرتكب لها ويعاقب الفاعل بعقوبات تتراوح بين السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من خمس ملايين إلى عشر ملايين دينار .

3-2-6 - جريمة إختلاس وتبديد أموال البنك :

ويعاقب الفاعل حسب نص المادة 132 بالسجن لمدة سنة إلى عشر سنوات وبغرامة مالية ما بين خمسة ملايين إلى عشرة ملايين دينار .

وما يمكن أن نخلص إليه بعد سرد هاته الجرائم إصرار المشرع على تقوية الطابع الردعي للنشاط المصرفي ولعل السبب في ذلك يعود إلى رغبته في حماية أموال المودعين خاصة مع الآثار السلبية التي ظهرت في فترة ما قبل صدور القانون الجديد للنقد والقرض (95)

ثانيا : تزويد سوق القرض بالضمانات المصرفية :

اقتضت عملية تحرير سوق القرض تزويد هذا الأخير بضمانات مصرفية ملائمة و متنوعة قادرة على حماية الائتمان المصرفي من الأخطار التجارية المحدقة به.

وفي هذا الشأن لم يكتف المشرع بالضمانات الشخصية، و العينية المعتاد عليها بل أضاف إليها أشكال جديدة للضمان بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93/08 المؤرخ في 1993/04/25 في المواد 543 منه و ما يليها، و تتمثل هذه الضمانات في سند الخزن سند الذقل وعقد تحويل الفاتورة.

1 - سند المخزن :

عرفت المادة 543 مكرر من القانون التجاري سند الخزن على أنه" استمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بالمخازن العامة" و انطلاقا من هذا التعريف يمثل السند ضمان يؤكد و جود البضاعة ووصولها إلى المخزن ويرفق هذا السند بوصل إيداع السلع و يعتبر هذا الوصل بمثابة تأكيد على وصول البضاعة و يتميز سند الخزن بقابليته للتحويل عن طريق التظهير، و يحتوي السند على اسم الشخص الطبيعي أو المعنوي المعني بالأمر أو اسم شركته و مهنته أو غرض شركته مقر سكناه، أو عنوان شركته و طبيعة المواد المودعة و البيانات الخاصة التي تسمح بالتعرف على البضاعة وقيمتها [96].

وتأسيسا على هاته المواصفات، يكتسب السند صفة الضمان، و من هذه الناحية يسمح هذا السند للمودع بالاقتراض على قيمة البضائع المودعة بالمخزن العام، و قيمة البضائع هي القيمة المحددة وقت الإيداع إلا إذا تعلق الأمر بإختيار عمليات لأجل و في هذه الحالة فإن القيمة التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار تصبح القيمة المحددة بالنسبة لإختيار عمليات لأجل على البضائع أو المنتوجات.

و لا يظهر المودع الذي اقترض البضاعة إلا الوصل و يعتبر منذ ذلك الوقت ملزما بتسديد سند الخزن مسبقا، أو بإيداع المبلغ لدى إدارة المخزن العام المعني و يمكن لحائز السند في أي وقت أن يفصل سند الخزن و يحوله لإذن الحامل و تشكل البضاعة حينئذ

ضمان تسديد المبلغ المقترض عند الاستحقاق، و يظهر سند الخزن بنفس شروط السندات التجارية الأخرى.

و على حامل السند أن يطالب عند الإستحقاق بالتسديد بمقر إقامة المودع و في حالة عدم التسديد يمكنه خلال الأيام الثمانية الموالية للإحتجاج، بيع البضائع المخزونة في المزاد العلني و استعمال حق امتيازه على السعر و إذا كان السعر غير كاف للتسديد فيمكنه أن يطعن ضد المودع و المظهرين المتتاليين بصفته حاملا لسند تجاري[97].

2- سند النقل :

عرفت المادة 543 مكرر 8 عن القانون التجاري سند النقل على أنه وثيقة ملكية البضائع و يكتسب صفة السند التجاري عندما يصدر أو يظهر للحامل أو لأمر و يحتوي السند على نفس بيانات السندات التجارية، ويأخذ السند هذه الصفة الأخيرة سواء كانت البضاعة في طريق النقل أو وصلت إلى الجهة المقصودة ويعتبر السند الصادر لشخص مسمى سند إسمي تسلم بمقتضاه البضاعة للشخص المعين ويتمتع السند بالقابلية للتحويل من صاحبه عن طريق التظهير حتى و إن كان له شكل السند الإسمي، و يتم التظهير إذا كان للحامل بنفس شروط السندات التجارية ويعد هذا السند هو الآخر ورقة ضمان تتيح لصاحبها حق الاقتراض[98].

3 ـ عقد تحويل الفاتورة :

يمثل عقد تحويل الفاتورة من الناحية التاريخية تقنية أمريكية لممارسة بعض العمليات التجارية وقد انتقل إلى فرنسا في بداية الستينات، و انتشر فيما بعد في باقي دول العالم و أصبح حاليا أحد أدوات التجارة الدولية[99].

وبالنسبة للجزائر فلقد تم تنظيم هذا العقد بموجب المرسوم التشريعي رقم 93/08 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للقانون التجاري حيث عرفته المادة 543 مكرر 14 على أنه " عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى الوسيط محل زبونها المسمى

المنتمي عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد و تتكفل بتبعية عدم التسديد و ذلك مقابل أجر".

وبناءا على هذا التعريف يتشكل العقد من طرفين أساسين هما الوسيط الذي هو عبارة عن شركة متخصصة في مجال الفاتورة ذات طابع مالي مؤهلة لممارسة تحويل الفاتورة حسب الشروط المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 95/331 المؤرخ في 1995/10/25 المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفاتورة و الجدير بالذكر أن الساحة الإقتصادية لم تشهد إلى حد الآن ظهور أي شركة تمارس هذا النوع من النشاط ما عدا هيئات القرض المعتادة و إضافة إلى الوسيط يتمثل الطرف الثاني في المنتمي و الذي هو بمثابة زبون للشركة المتخصصة و هو في مرتبة الدائن حيث تلتزم إزاء المبلغ التام للفاتورة المحددة في العقد و عند عدم التسديد تحل محل المدين و تقدم خدماتها مقابل أجر يحدد عن طريق الإتفاق مع المنتمي و يقع على عائق المدين تبليغ الشركة فورا بنقل الحقوق التجارية إليها بواسطة كتاب موصى عليه بعلم الوصول، و يترتب عن هذا التحويل نقل كل الضمانات إلى الشركة و من بينها ضمانات تنفيذ الإلتزامات.[100]

وينظم الوسيط و المنتمي بكل حرية و عن طريق الإتفاق الكيفيات العملية لتحويل الدفعات المطابقة لحواصل التنازل و يترتب عن الحلول عدة نتائج من بينها:

- قدرة الوسيط على اللجوء للقضاء ضد المدين قصد إلزامه على الوفاء له.

- اعتبار الوسيط الدائن الوحيد للمدين ويمكن مواجهته بجميع الدفوع بإستثناء المقاصة إذا كانت بعد الحلول أما إذا كانت الفواتير غير مصادق عليها فيتدخل الوسيط كوكيل فقط، وهنا يستطيع المدين الامتناع عن الوفاء، و استخدام كافة الدفوع التي يخولها له القانون ضد الموكل[101].

- وإلى جانب هاته الضمانات هناك ضمانات أخرى موجودة في سوق القرض فرضتها الممارسة و هي كالتالي:

4 ـ عقد للزينغ أو الإيجار التمويلي :

وهي تقنية قانونية و مالية من أصل أمريكي بدا استعمالها في فرنسا منذ 1960 تسمح للمؤسسة بإكتساب تجهيزات بعد فترة تأجيرو في ظل شروط متغيرة حسب طبيعة المال منقولا أم عقارا تنتقل الملكية إلى المستأجر عند دفع آخر قسط، استعملتها شركة الخطوط الجوية قصد شراء الطائرات لتدعيم الأسطول الجوي و لتنظيم هذا العقد أصدر بنك الجزائر النظام رقم 06/96 المؤرخ في 1996/07/03 المتعلق بكيفيات تشكيل شركات الإيجار التمويلي و اعتمادها ويخضع للأمر رقم 09/96 و لقانون المالية لسنة 1996.

5ـ إصدار خطاب الاعتماد :

إنّ هذا الإعتماد ليس ورقة تجارية،و لكن وثيقة مصرفية و يكون على شكل رسالة، أو خطاب بواسطة تلكس، و يتضمن هذا الخطاب تعهد البنك في مقابل المستفيد و ذلك بواسطة بنك وسيط [102].

6ـ بطاقة الائتمان:

ظهرت في سنة 1950 في الولايات المتحدة و في فرنسا سنة 1960 و هناك ثلاثة أنواع من البطاقات بطاقة الدفع المؤجل، بطاقات الضمانات بشيك، بطاقة الإئتمان [103]

7 ـ بطاقة الدفع المؤجل :

بطاقة إعتمادية تسمح للمنتمي بالإستفادة من بعض القروض لأن مصدر البطاقة لا يغطي مبلغ فاتورة إلا عند نهاية الشهر [104].

8 ـ البطاقة المضمونة بشيك :

و تضمن للتجار دفع الصكوك المسحوبة من طرف الحائزين عليها إلى غاية مبلغ معين و سحب الأموال من البنوك المنتمية لهذا النظام .[105]

9- بطاقة الائتمان :

تسمح لحاملها من الإستفادة بأجل للتسديد إلى المصدر و أما في الجزائر، تبنى القرض الشعبي الجزائري ثلاثة أنواع من البطاقات.[106]

10- البطاقات السائلة :

تخول لصاحبها حق السحب النقدي عن طريق آلة توزيع الأوراق النقدية.

11- البطاقات المضمونة بشيك :

و تسمح للمنتمي بالدفع عن طريق شيك مضمون في حدود 5000 دج.

12- بطاقة التأشيرة الدولية :

تسمح لصاحب حساب بالعملة الصعبة مفتوح لدى القرض الشعبي الجزائري بالقيام بالدفع في الخارج و سحب الأوراق المالية لدى البنوك التابعة لهذا النظام [107].

ثالثا : تهذيب سوق الصرف :

أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 22/96 المؤرخ في 1996/07/09 المتعلق بقمع مخالفة التشريع وتنظيمات الصرف، و يتميز النص الجديد بالوضوح، ولكنه يتناقص مع الإجتهادات القضائية، و يتجاهل المحيط التشريعي حيث أن الأمر السالف ذكره يجعل من جريمة الصرف مخالفة للقانون العادي و عند هذه النقطة لم يبدع المشرع بل تبنى فقط نفس موقف الأمر رقم 47/75 في المادة السادسة منه، المتمثل في اعتبار مخالفة الصرف مخالفة مستقلة، و هكذا فقدت المخالفة طابعها المختلط و حددت موقعها بالنسبة القانون الجمركي خاصة بعد إلغاء المادة 340 من القانون رقم 10/98 المؤرخ في 1998/08/22 أو بالنظر إلى أحكام المادة 523 من قانون الضرائب غير المباشرة و الملاحظ أن الاجتهاد القضائي كان يميز بين حالتين هما:

- إذا كانت قيمة الجنحة لا يتجاوز الثلاثين ألف دينار فإن الطابع المختلط لا يعتد به[108].

- أما إذا كانت القيمة أعلى من ثلاثين ألف فإن القضاء يأخذ بالطابع المختلط و على مستوى آخر فلقد و سع الأمر رقم 22/96 من نطاق محل المخالفة، حيث يمتد إلى كافة العملات كما لا يقتصر فقط على مخالفات تشريعات و تنظيمات الصرف، ولكن أيضا إلى تشريعات و تنظيمات حركة رؤوس الأموال من وإلي الجزائر، و الملاحظ أن مصطلح حركة رؤوس الأموال أوسع من مصطلح الصرف، حيث يغطي المصطلح الأول العملات الأجنبية المحولة بحرية، و العملات الأجنبية الأخرى، و كذلك العملة الوطنية على أن تطبيق الأمر لا يسري سوى على العملات محل التصدير أو الإستيراد.

و يتمثل الركن المادي لمخالفة الصرف في ارتكاب فعل التصريح الكاذب، أو عدم معاينة التزامات، أو التصريح الكاذب بتحويل رؤوس الأموال، أو عدم ذكر البيانات الجوهرية للتحويل أو غياب التصحيح.[109]

أما الركن المعنوي للجريمة فتجدر الإشارة، إلى أنه قبل صدور الأمر رقم 22/96 لم يكن يشترط القصد الجنائي تماشيا مع أحكام المادة 281 الفقرة الأولى من قانون الجمارك، لكن بعد صدور الأمر المذكور أعلاه تم الأخذ بالركن المعنوي بالنظر إلى أحكام المادة الرابعة الثانية و لو أن هذا النص لا يضع على عاتق النيابة تقديم الدليل بوجود نية غش، لكنه بمفهوم المخالفة يسمح للمخالف بتبرير حسن نيته.

ويؤهل للمعاينة ضباط الشرطة القضائية، و أعوان الجمارك،ومفتشي وزارة الماليةوالأعوان المنصوص لبنك الجزائر و أعوان مفتشيات التحقيقات الإقتصادية وقمع الغش و تسوى المخالفة إما عن طريق القضاء و إما عن طريق المصالحة [110].

1 - فبالنسبة للتسوية القضائية: تتم المتابعة بموجب شكوى من وزارة المالية أو ممثليها المؤهلين و يعود للوزير سلطة تقدير خطورة المخالفة و جدوى تحريك الدعوى العمومية ويمكنه سحب الشكوى في حالة القيام بالمصالحة حسب تدابير المادة السادسة من الأمر رقم 22/96.

ويكتسب صفة الطرف المدني كل من ممثل الجزائر حسب النظام رقم 07/95 المؤرخ في 1995/12/23 المتعلق بالرقابة على صرف كما يمكن لإدارة الضرائب و الجمارك اكتساب هذه الصفة و الجدير بالملاحظة أن هذا الأمر أغفل الإشارة إلى ممثل بنك الجزائر وهذا الإخلال لا يعني فقدان صفة الطرف المدني إذ ما أخذنا بعين الاعتبار النظام رقم 07/95 السالف ذكره.

و يتعرض المخالف في إطار التسوية القضائية لعقوبات سالبة للحرية و أخرى مالية كما يسري العقاب على الأشخاص المعنوية حسب المادة الخامسة من الأمر المشار إليه التي أقرت بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي حيث يتعرّض هذا الأخير إلى عقوبات و المصادرة و المنع من ممارسة التجارة الخارجية و الحرمان من إبرام الصفقات العمومية و المنع من الدعوة إلى الإدخار[111].

2 ـ أما بالنسبة للتسوية عن طريق المصالحة: فقد يترتب عنها سقوط الدعوى العمومية و تتم المصالحة بعد ترخيص من وزير المالية أو ممثليه المؤهلين قانونا و تشمل المصالحة كافة المخالفات المتعلقة بنظام الصرف و هذا خلاف ما كان معمول به في السابق، و الذي كان يحصر المصالحة في المخالفات البسيطة بالنظر إلى أحكام المادة 425 مكرر من قانون العقوبات.

كما و حد الأمر رقم 22/96 شروط قبول المصالحة بعد أن كانت في السابق غير موحدة و تخضع لعدة قوانين من بينها القانون رقم 15/86 المؤرخ في 1996/12/29 المتعلق بقانون المالية لسنة 1987 فيما يخص تداول العملة الأجنبية حيث تكون محل مصالحة حسب أحكام المادة 103 منه، في حين أن القانون رقم 25/91 المؤرخ في 1991/12/18 المتعلق بقانون المالية لسنة 1992 فلقد مدد المصالحة إلى المخالفات الجمركية ومع مجيء الأمر رقم 22/96 تم توحيد شروط قبول المصالحة المتعلقة بمخالفات الصرف وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- إيداع طلب بالمصالحة و لا يخضع هذا الطلب لشكل معين أو شروط خاصة و قد يكون مكتوبا أو غير مكتوب و عادة ما يكون على شكل خطاب بسيط موقع من المعني بالأمر و يجب أن يعبر الخطاب عن إرادة المعني باللجوء إلى المصالحة.

ويمكن للإدارة رفض الطلب أو قبوله لأن المصالحة ليست حق للمخالف أو إجراء مسبق قبل التقاضي، و إنما مجرد إمكانية ممنوحة للتسوية، كما يفهم ذلك من عبارة "يمكن الوزير" و كلمة يمكن تفيد الاختيار و ليس الإجبار.[112]

- إيداع الطلب في مهلة ثلاثة أشهر من معاينة المخالفة تحت طائلة إحالتها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا و تتم المعاينة في شكل محضر يحرر حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97/257 المؤرخ في 1997/07/14.

و يوجه الطلب إلى وزير المالية أو أحد ممثليه المؤهلين، و تقوم الإدارة المعنية بفحص الطلب و التحقيق فيه، و إذا كان مبلغ المخالفة يتجاوز العشرين مليون دينار فيجب إعلام لجنة المصالحة، لإبداء رأيها و تتشكل حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97/259 المؤرخ في 1997/07/14 من المدير العام للخزينة رئيسا و من مدير الوكالة القضائية للخزينة، و مفتش عن المفتشية العامة المالية له رتبة مدير و ممثل عن المديرية العامة للميزانية و الضرائب،و المحاسبة و المفتشية المركزية للتحقيقات الاقتصادية و قمع الغش و ممثل عن بنك الجزائر.

والملاحظ على تركيبة اللجنة أنها مكونة من إداريين فقط الأمر الذي يجعل منها الخصم و الحكم و كان يجب على المشرع لضمان حيدتها تكليف قاض يرأسها و تصدر اللجنة قراراتها بأغلبية الأصوات و يترتب عن قبول المصالحة سقوط الدعوى العمومية كما هي مكرسة في المادة السادسة من قانون الإجراءات الجزائية رغم أن الأمر رقم 22/96 لم يشر إلى ذلك و في حالة عدم تنفيذ قرار المصالحة تسقط هذه الأخيرة بقوة القانون لأن المصالحة ليست سند تنفيذي، و عند سقوطها يحال الملف إلى المتابعة القضائية[113].

ولسد الثغرات القانونية للأمر رقم 22/96 المؤرخ في 1996/07/09 قام المشرع بتعديله بموجب الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2003/02/19 [114] أين حدّد بدقة في نص المادة الأولى منه تعريف جريمة مخالفة الصرف ، حيث تعد مخالفة كل تصريح مزيف وكل إخلال بإلتزامات التصريح وكذلك غياب التحويل وعدم الإلتزام بإجراءات التحويل وشكلياته وكذلك إنعدام الترخيص ، كما حددت المادة الأولى مكرر منه العقوبات المترتبة عنها والمتمثلة في السجن من سنتين إلى سبع سنوات وغرامة تقدر بضعف المبلغ المحجوز .

والملاحظ أن المشرع قد شدّد في هاته العقوبات قصد وضع حد لظاهرة المعاملات غير المشروعة لعمليات الصرف كذلك إعتبر المشرع في المادة الثانية عمليات البيع والشراء ، التصدير والإستيراد أو الحيازة لسبائك الذهب وعملات التي تتم خرقا لقوانين الصرف مخالفات مقموعة من طرف المشرع ، وإلى جانب العقوبات المذكورة سالفا يمنع الشخص المرتكب للمخالفة من ممارسة الأعمال التجارية أو البورصية لمدة تصل إلى خمس سنوات كما حددت المادة السابعة منه الأعوان المؤهلين لمعاينة جرائم الصرف والمتمثلين في ضباط الشرطة القضائية وأعوان الجمارك ومفتشي المفتشية العامة للمالية والأعوان المحلفون للبنك المركزي وأخيرا الأعوان المكلفون بالتحقيقات الإقتصادية وقمع الغش وبشأن المصالحة أنشأ الأمر رقم 03/01 لجنة وطنية بمقتضى نص المادة التاسعة منه تشكل من ممثل عن رئيس الجمهورية ، ممثل عن رئيس الحكومة ، وزير المالية ومحافظ بنك الجزائر وتتدخل اللجنة عندما يكون حجم المخالفة أقل من خمسون مليون دينار وإذا كان المبلغ يتجاوز هذا المقدار فإن رأي اللجنة استشاري ويتعين عليها إحالة الملف إلى الحكومة التي تتخذ قرار بشأنه عقب إجتماع لمجلس الوزراء .

وإلى جانب اللجنة الوطنية أنشأ الأمر المذكور أعلاه لجان محلية تتشكل من أمين الخزينة ومسؤول الجمارك ومدير الوكالة التابعة لبنك الجزائر وتتدخل اللجنة إذا كان

مبلغ المخالفة أقل من 500 ألف دينار وليس له علاقة بالتجارة الخارجية وتجدر الإشارة إلى أن طلب المصالحة لا يُوقف المتابعة الجزائية .

الخاتمة

ساهمت الإصلاحات المصرفية التي باشرتها السلطة في إحداث نقلة نوعية للنظام المصرفي أين تمكن هذا النظام من الإنتقال من وضعية الجمود الإداري إلى حالة الحركية الإقتصادية أو بعبارة أخرى تخلصّت البنوك نسبيا من التنظيمات المعيقة حريتها لفائدة تنظيمات ذات بعد لبيرالي .

وقد كانت هذه الإصلاحات مدفوعة في الواقع برغبة المحيط الإقتصادي في إستبدال التسيير الإداري لشؤون النقد والقرض بأسلوب التسيير الإقتصادي لها.

وكان من نتائج هذا الإستبدال ما يلي:

1 ـ التسيير الصارم لشؤون النقد والمال وتجلت هذه الصرامة في المعطيات التالية :

أ ـ خفض نسبة التضخم وتم هذا التخفيض بموجب عدة إجراءات تذكر منها :

ـ مراجعة قيمة العملة الوطنية بالمقارنة مع العملات القابلة للتحويل والغرض من هاته المراجعة تحديد القيمة الحقيقية للعملة الوطنية وتسخير هاته القيمة لأغراض التصدير والإستيراد ،كما تساعد هذه المراجعة على إمتصاص الكتلة النقدية الموجودة في السوق الموازية .

ـ عقلنة طلبات التسبيقات من الخزينة العمومية أين قيد المشرع هذا الطلب بتوافر تغطية نقدية له.

ـ تجميد رفع أجور العمال والموظفين وتم هذا التجميد بموجب المادة 87 مكرر من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل ويسعى المشرع من وراء هذا التعديل إلى مكافحة التضخم خاصة بعد أن أصبحت كتلة الأجور تستهلك ما يقارب 4/3 ميزانية الدولة وهو أمر غير مقبول حتى في النظم الإجتماعية[115].

ب ـ تحرير سوق القرض بما يتناسب وقواعد العرض والطلب وشمل هذا التحرير أساسا إخضاع إبرام العقد لسلطان إرادة الأطراف من جهة و تحرير سعر الفائدة من جهة أخرى.

ج ـ تزويد سوق القرض بالضمانات المصرفية الحديثة قصد القضاء على ظاهرة عدم تسديد القروض ،والمخاطر المترتبة من ذلك .

د ـ تهذيب سوق الصرف عن طريق وضع نظام ردعي يقمع المخالفات المتصلة بحركة رؤوس الأموال من وإلى الجزائر .

و ـ ترشيد القرض الخارجي والعمل على إزالة المديونية حيث إنخفض مخزون الدين الخارجي من 33 مليار دولار سنة 1993 إلى 22 مليار دولار أي ما يعادل نصف المبلغ الإجمالي لإحتياطات الدولة من الصرف الأجنبي.

بيد أن هاته النتائج لم تكن كافية لتحقيق نجاعة النظام المصرفي الوطني والذي لا يزال يشكو من عدة أعراض نذكر منها:

1 ـ غياب إستراتيجية وطنية شاملة للإصلاح الإقتصادي حيث أن كل قطاع له إستراتيجيته الخاصة به و من ذلك مثلا إستراتيجية الحكومة في مجال السياسة الإقتصادية تتعارض في الكثير من النقاط مع إستراتيجية بنك الجزائر في مجال السياسة النقدية، وهذا التعارض أحدث نزاعا سلبيا بينهما بسبب رغبة كل طرف في عدم التخلي عن إختصاصاته وهو ما أدى لا حقا إلى إصدار قانون جديد للنقد والقرض يتيح للحكومة الإستحواذ على عناصر السياسة النقدية .

2 ـ ضعف الرقابة المصرفية ونتج عن هذا الضعف إنتشار ظاهرة الفساد في القطاع المصرفي والتي برزت في شكل تحويلات غير مشروعية للأموال المصرفية ومس هذا الفساد البنوك الخاصة كقضية بنك الخليفة التي أدت إلى تصفية البنك أو قضية البنك التجاري والصناعي والذي تم سحب الإعتماد منه وتقررت تصفيته وأخيرا وليس آخرا قضية يوذين بنك "Unionbank" ويمكن تفسير ضعف الرقابة بثلاث عوامل :

أ- عامل شكلي يتعلق بوجود ثغرات قانونية في النصوص المعمول بها وهو ما يتطلب إعادة صياغتها على نحو يتفق وتقوية آليات الرقابة .

ب - عامل مادي ويتمثل في غياب الموارد البشرية المؤهلة والمختصة في الرقابة المصرفية ويقتضي مثل هذا العامل تكوين مدققين للحسابات في مستوى التحديات المفروضة على النظام المصرفي .

ج - عامل هيكلي ويخص هذا العامل التنظيم الهيكلي لبنك الجزائر بإعتباره بنك البنوك،ومن هذه الناحية كان يجدر بهذا البنك تبني سياسة وقائية تجاه الأخطار المصرفية حيث أن تفاعلات قضية بنك الخليفة يثبت وجود إهمال أو تقصير من قبل هيئات بنك الجزائر في مراقبة عمليات بنك الخليفة ،فلو كانت هناك رقابة ناجعة لما حدثت تلك الفضيحة ،وغياب هذه الرقابة يضع على عاتق بنك الجزائر مسؤولية التعويض عن الأضرار التي لحقت بأموال زبائن البنك التجاري .

وقد حاول مسؤولوا بنك الجزائر التنصل من المسؤولية بحجة أن القانون القديم للقرض والنقد حدد نسبة ضعيفة كإحتياطي نظامي لتغطية أي تصفية أو إفلاس محتمل نظرا لكون الرأسمال المطلوب آنذاك لإنشاء بنك لم يكن يتعدى 500 مليون دينار بينما نسبة الإحتياطي 28% منه فقط وتجنبا لأي إشكالية في المستقبل تم رفع الرأسمالي إلى حدود 2.5 مليار دينار .

ولمعالجة مثل هاته النقائص وغيرها يمكن لنا إقتراح الوصفة التالية :

1 - وضع إستراتيجية متكاملة للتنمية والنمو تدمج ضمنها السياسة المصرفية والنقدية للدولة بإعتبارها قاسم مشترك لكل إقلاع إقتصادي .

2 - التخلي عن فكرة التخصص المصرفي لفائدة فكرة التنويع المصرفي ومفاد فكرة التخصص أن ينشط كل بنك في مجال إقتصادي معين كبنك الفلاحة في قطاع الفلاحة وبنك التنمية المحلية في مجال التنمية المحلية بينما فكرة التنويع المصرفي فالقصد منها إمتداد نشاطات البنك إلى قطاعات متنوعة وبتقنيات مصرفية مختلطة الأمر المفقود في النظام المصرفي الوطني .

وهكذا فكل إنهيار في النشاط الإقتصادي قد يلحق أضرار فادحة بالبنك المتخصص في هذا المجال وهو ما حدث لبنك التنمية المحلية بعد حل وإفلاس المؤسسات العمومية المحلية أو بنك الفلاحة نتيجة ركود الفلاحة وعدم تسديد ديونهم مما دفع بالسلطة إلى إقرار عملية مسح الديون.

وبالمقابل ففكرة التنويع تسمح للبنك بتغطية خسائره الناتجة عن تدهور قطاع ما من إيرادات قطاع آخر تموله ويسوده الإزدهار .

3 ـ الخطأ في إعتبار البنك أداة لتمويل الإستثمار:بينت التجربة المقارنة في أمريكا بعد إنهيار النظام المصرفي الناتج عن أزمة 1929 أنّ تكليف البنك بالإستثمار مخاطرة بأموال الزبائن وخروج عن المهمة الأصلية للبنك من حيث كونه أولا وأخيرا مؤسسة إيداع وإقراض .

والملاحظ أنّ هناك أطراف لم تتعظ بنتائج هاته التجربة بل هناك خطابات إقتصادية تلوم البنوك على عدم إهتمامها بالإستثمار دون أن ينشغلوا بكيفية حماية أموال المودعين.

وكما هو معلوم فقضايا الإستثمار تتكفل بها شركات من نوع خاص تدعى شركات الإستثمار ذات الرأسمال المغلق أو شركات الإستثمار ذات الرأسمال المتغير ومثل هاته الشركات قادرة على تحمل مخاطر تمويل الإستثمار .

4 ـ عدم وجود نظام لتأمين الودائع المصرفية :

يتميز نظام الودائع المصرفية في الجزائر بتعايشه مع أخطار متعددة ذات مستويات مرتفعة تزداد حدة مع عدم وجود نظام لتأمين هذه الودائع وهذا النظام ليس إبتكار محلي بل مألوف في معظم الدول المتطورة ، ويشترط لنفاذه تكليف مؤسسات التأمين وتعوديها على تأمين الأخطار المترتبة عن الودائع المصرفية ويتخذه هذا التكليف بوليصة تأمين تضمن للمودع لديه أو للمودع إمكانية إسترداد الوديعة في حال ضياعها أو هلاكها أو عدم تسديدها من قبل الغير.

5 ـ ضعف إستخدام التقنيات المصرفية الحديثة :

تعودت المصارف الجزائرية على إستخدام التقنيات المصرفية التقليدية كالحسابات الجارية أو حسابات الإدخار وتستعمل هذه الحسابات تقنية الشيكات أو التحويلات ما بين الحسابات أو تقنية السندات لأمر أو تقنيات التجارة الخارجية المتمثلة في إعتماد المورد أو المشتري والإعتماد المستندي في حين تشهد السوق المصرفية الدولية تقنيات جديدة أملتها الطفرة التكنولوجية التي عرفتها هاته السوق وتتمثل خصوصا فيمايلي:

أ- بطاقات الإعتماد: والتي ظهرت في الواقع منذ سنة 1920 بالولايات المتحدة الأمريكية وهي تحل حاليا محل الشيكات في معظم المصارف الدولية وتعتمد هذه التقنية على السحب الآلي للنقود عبر أجهزة إليكترونية مكيفة لهذا الغرض.

ب ـ إستغلال شبكة الأنترنيت للقيام بالتحويلات النقدية الإلكترونية وقد أدى تزايد إستخدام هاته الشبكة في ظهور ما يسمى بالعملة الإلكترونية .

6 - بطء معالجة المنازعات البنكية :

تتميز المنازعة البنكية في الجزائر بالبطئ الشديد بالمقارنة مع خصوصية العمل المصرفي المتميز بالسرعة والمرونة وفي هذا الإطار قدّر خبراء البنك العالمي أجال تسوية منازعة بنكية تتعلق بتحصيل قرض بثلاثة أشهر في حين أن المدة القصوى لهاته الآجال في القانون الدولي التجاري لا تتعدى الأسبوع ورغم أن المشرع حاول في نص المادة 124 من قانون النقد والقرض تقليص أمد النزاع إلى ما يعادل 23 يوما إلا أن الواقع العملي أثبت عدم تطبيق هذا النص من قبل الجهات القضائية ويعود ذلك إلى عدم تخصص أغلب القضاة في المنازعات البنكية والتي تتطلب تكوين أولى في علم الإقتصاد البنكي.

هكذا وتأسيسا على هاته الملاحظات هناك عمل جاّد ينتظر السلطة لإحداث إصلاح حقيقي لشؤون النقد والقرض ولكن هل الوسائل متوفرة لتحقيق هذا الإصلاح هذا هو الإشكال؟

الهوامش

1ـ تم إبرام الإتفاق في أفريل 1994 مع صندوق النقد الدولي يتضمن البرنامج بالتعديل الهيكلي لمزيد من التفصيل أنظر د. هادي الخالدي المرآة الكاشفة لصندوق النقد الدولي ، دار هومة الجزائر 1996 ص 202.

2ـ حيث تم حل أكثر من 1200 مؤسسة عمومية محلية وتسريح نصف مليون عامل.

3ـ أنظر برنامج حكومة مقداد سيفي.

4ـ أنظر برنامج القانون رقم 90/10 المؤرخ في 1990/04/14.

5ـ أنظر تسريح رئيس الحكومة سيد أحمد غزالي مارس 1992.

6ـ تقرير صندوق النقد الدولي ماي 1996 مجلة التمويل والتنمية العدد 39 سنة 1996.

7- Amour Benhlima : Le système bancaire algérien teste et réalité édition Dahlab Alger 1996 p 11

8 - Youcef Deboube : Le nouveau mÈcanisme Economique en AlgÈrie Èdition OPU Alger p 34

9 - Hadj Nacer : Les cahiers de réforme édition ENAG Alger 1989 p 15

10 - Hocine Benissad : La reforme Economique en AlgÈrie 2 eme Èdition OPU Alger 1994 p 73

11- Rachid Zouimia : L'autorité de régulation indépendante en Algérie édition Houma Alger 2005 p 18

12 - Sid Ali Boukrami : La question financiËre revue IEDF Kolea Alger p 81

13- Sid Ali Boukkrami : Opcit P 83

14 - Sid Ali Boukkrami : Opcit P 83

15 - Rachid Zouimia : Opcit P 21

16ـ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الخامس منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 1998

17ـ أنظر القانون رقم 88/01 المؤرخ في 1988/01/12 لمزيد من التفصيل أنظر مؤلفنا المؤسسة العمومية الإقتصادية ، تحت الطبع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر

18ـ تم إنشاء هذا المجلس بموجب القانون رقم 86/12 المؤرخ في 1986/08/19 في نص المادة 26 منه.

19ـ ومن بين هذه الهيئات البنك الجزائري للتنمية والذي هو هيئة إقراض وليس هيئة إيداع

20ـ أنظر نص المادة 03 من القانون رقم 88/06 المؤرخ في 1988/01/12

21 - Farid Taiba : Introduction au droit bancaire édition IEDF Kolea Alger 1993 p 37

22 - Code de la banque et l'assurance édition BERTI Alger 2004

23 - Ahmed Benbitour :L'Algérie au troisième millénaire défies et potentialités Edition Marinoor Alger 1998 p 21

24- منحت هاته الإستقلالية بموجب القانون رقم 10/90 المؤرخ في1990/10/14 المتعلق بالنقد والقرض

25 - Jean Louis Rives lange Monique contamine Raynaud : Droit bancaire Èdition Dalloz Paris 1990 p 71.

26 - Jean Louis et Autre : Opcit p 73 .

27- أنظر المادة 02 من القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض

28- عمر الزاهي : آليات مراقبة المؤسسات العمومية ومجلس المحاسبة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية العدد 03 سنة 1985 ص 07.

29- يقصد بالقانون الخاص القانون المدني والقانون التجاري لمزيد من التفصيل أنظر على فلالي مقدمة في القانون ، دار هومة الجزائر 2003 .

30- أنظر المادة 11 من قانون النقد والقرض

31- نعني بذلك إحتكار البنك لوظيفة الإصدار النقدي

32- بمعنى مختلط

33- للتعرف أكثر على قواعد القانون العام أنظر بلا نشر مدخل إلقانون تعريف أرزقي نسيب ، دار القصبة الجزائر 2001 ص 32

34- ويخضع تقديراته للسلطة التقديرية لوزارة المالية .

35- أنظر الأستاذ بلعروسي أحمد ووابل رسيد ، قانون الوظيفة العمومية ، دار هومة الجزائر 2003 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 90/416 المؤرخ في 1990/12/22 ص 217.

36- علي بارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية ، المطبوعات الجامعية الأسكندرية مصر 2001 ص47.

37- أنظر المادة 19 من قانون النقد والقرض

38- والملاحظ أن هذا النص لم يصدر إطلاقا طيلة سريان قانون النقد والقرض

39- لمزيد من التفصيل حول هذه الجريمة أنظر احمد أحسن بوسقية القانون الجنائي الخاص دار هومة الجزائر 2003 ص 134.

40 - للإطلاع على هاته الأنظمة أنظر مبروك حسين المدونة النقدية والمالية للجزائر ، دار هومة الجزائر2005 ص 71 ومايليها

41- رشيد زوايمية : محاضرات في القانون الإقتصادي ، جامعة تيزي وزو 1990 ص 34.

42- رشدي زوايمية نفس المرجع ص 37

43- أنظر مداولات المجلس الشعبي الوطني أفريل 1990.

44- أنظر المادة 44 من قانون النقد والقرض

45- أنظر المادة 78 من قانون النقد والقرض

46- ويفتح هذا الإجراء الباب أمام الإعتراف بمشروعية الأموال المخصصة لتطهير المؤسسات العمومية الإقتصادية

47 - أنظر النظام رقم 03/90 المؤرخ في 1990/09/08 المتعلق بشروط تحويل الرساميل إلى الجزائر ، جريدة رسيمة رقم 45 مؤرخة في 1990/10/24 .

48- وتم ذلك بموجب نص المادة 49 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار

49 - Sid Ali Boukrami : Opcit P 91

50 - Sid Ali Boukrami : Ibid P 92

51- ويضع هذا الإجراء حد فاصل لظاهرة التسبيقات غير المقترنة بتغطية نقدية أو مالية

52- ويعد هذا الأجل طويل نسبيا بالمقارنة مع الآجال المعارف عليها في القانون الدولي والمقارن والمقارن البنوك ، كما هو الحال في القانون الفرنسي لسنة 1986 .

53- والملاحظ أن المشرع لم يحدد أشكال هاته الضمانات .

54- وهذه النسبة ضعيفة بالنظر إلى راسمال البنك المقدر ب 500 مليون دينار في ظل القانون رقم 10/90 وهي نسبة غير كافية لتأمين لحماية أموال المودعين.

55 - Amour Benhlima : Opcit P 64

56- محفوظ لعشب : القانون المصرفي ، نشر المطبعة الحديثة للفنون المطبعية الجزائر 2001 ص 27 .

57- محفوظ لعشب : نفس المرجع ص 31

58- أنظر قرار مجلس الدولة بخصوص قضية يونين بنك منشور بمجلة مجلس الدولة العدد الأول 2001 ص48 .

59- أنظر المادة 60 من قانون النقد والقرض

60- أنظر حسين مبروك : نفس المرجع ص 220 .

61 - وكانت هذه الطريقة معمول بها قبل صدور القانون رقم 10/90 أين كانت البنوك تتلقى أوامر من السلطة المتوقفة عن الدفع .

62- تم تكريس التوطين المصرفي الوحيد غداة إقرار القانون رقم 02/78 المتعلق بإحتكار الدولة للتجارة الخارجية

63- أنظر النظام رقم 08/91 المؤرخ في 1991/08/14 المتعلق بتنظيم السوق النقدية ، جريدة رسمية رقم 24 مؤرخة في 1992/03/29 .

64 - Hocine Benissad : Opcit P 83

65- أنظر المواد 110 إلى 113 من قانون النقد والقرض.

66 - Sid Ali Boukrami : Opcit P 193

67 - Sid Ali Boukrami :Ibid P 194

68 ـ عجة الجيلالي : المصارف الإسلامية ، دار الخلدونية للنشر ، تحت الطبع ص 74.

69 ـ أنظر المادة 183 من قانون النقد والقرض وكذلك النظام رقم 03/90 مرجع سابق.

70 ـ ونقصد بالتخصص الوظيفي تكليف البنوك بوظيفة معينة كبنوك الأعمال أو بنوك الإدخار أو بنوك الإستثمار.

71 ـ والملاحظ أم المشرع لم يعتمد مثل هاته البنوك خشية تحمل مخاطرها المرتفعة .

72 - Jean Louis :Opcit P 197

73 - Sid Ali Boukrami :Opcit P 213.

74 - Sid Ali Boukrami :Ibid P 214 .

75 ـ أنظر المادة 06 من إتفاقية إنشاء البنك المغاربي للإستثمار والتنمية .

76 - Sid Ali Boukrami :Opcit P 217 .

77 ـ أنظر المادة 08 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

78 ـ أنظر المادة 125 فقرة ج من قانون النقد والقرض 10/90.

79 ـ أحسن بوسقيعة : نفس المرجع ص 138.

80 ـ أنظر المادة 395 من القانون التجاري المعدل بالمرسوم التشريعي 08/93.

81 ـ بإعتبار المجلس هيئة تداولية تبت في طالبات الإعتماد.

82 ـ ويعد هذا الإجراء إستثناء على نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.

83 ـ المعدل بموجب دستور1996.

84 ـ ويخضع تقدير هذا المبدأ للسياسة الإقتصادية للحكومة.

85 ـ أنظر المادة 128 من قانون النقد والقرض.

86 ـ يخضع تحديد هذه الإمكانيات لنظام خاص يصدره مجلس النقد والقرض.

87 ـ أنظر الملتقى الوطني حول الإستثمار نزل الأوراسي ماي 2001 مداخلة وزير المالية عبد اللطيف بن أشنهو.

88 ـ مداخلة أحمد بن بيتور ، جامعة بومرداس الجزائر 02/09/2002.

89 ـ أنظر المادة 78 من دستور 1996.

90 ـ بن اشنهو : نفس المرجع

91-Dahmani Mohamed :L'Alg'rie a l'épreuve des reformes économiques édition économica paris 1999 p 183.

92 -Amer Belhimer : Le dette extérieur de l'Algérie édition ENAG Alger 1996 P 274

93 - Dahmani Mohamed : Opcit p 191

94 ـ حسين مبروك: نفس المرجع ص 10.

95 ـ أحسن بوسقيعة : نفس المرجع ص 143 .

96 ـ نادية فوضيل : الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، دار هومة الجزائر 1998 ص 79 .

97 ـ نادية فوضيل : نفس المرجع ص 81

98 ـ نادية فوضيل : نفس المرجع ص 83

99 ـ إلياس ناصيف :الكامل في قانون التجارة عويدات للطبع بيروت لبنان 1999 ص 482 .

100 ـ إلياس ناصيف : نفس المرجع 482.

101 ـ إلياس ناصيف : نفس المرجع 482.

102ـ أحمد هني : النقد والعملة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1991.

103ـ أحمد هني : نفس المرجع ص 48.

104ـ أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني لعقد القرض الدولي مؤسسة شباب الجامعة السكندرية مصر 2003 ص413.

105ـ أحمد عبد الحميد عشوش : نفس المرجع ص 415.

106 ـ أحمد عبد الحميد عشوش : نفس المرجع ص 416.

107ـ أحمد عبد الحميد عشوش : نفس المرجع ص 417.

108 - Ahcen Bouskia : Introduction de change en droit algÈrien Èdition hikma Alger 1999 p 28

109 - Ahcen Bouskia : Opcit p 34

110 ـ الأمر رقم 96/222 المؤرخ في 1996/07/09.

111 -Ahcen Bouskia : Opcit P 98

112ـ أنظر القانون رقم 98/10 المتعلق بالقانون الجمركي

113ـ أنظر المادة 103 من الأمر رقم 96/22 المؤرخ في 1996/07/09.

114 ـ أنظر المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية

115ـ أنظر مؤلفنا الوجيز في قانون العمل ن دار الخلدونية للنشر الجزائر2005.

مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04 / 02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية

شوقي بنّاسي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق ـ ابن عكنون ـ جامعة الجزائر

في زمن سيادة المذهب الفردي، القائم على تقديس الفرد على حساب الجماعة، برز للوجود مبدأ سلطان الإرادة، وخلاصته أن الشخص لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، ومن ثم كانت الإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات[1]، وفي ظل هذا المبدإ ساد الاعتقاد أن العقد يمثل قانون المتعاقدين، وهو يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالحهما[2].

لكن مع بروز الثورة الصناعية ظهر جليا أن التوازن المزعوم بين مصالح المتعاقدين لا وجود له إلا على المستوى النظري، أما على المستوى الاقتصادي فالهوة أصبحت واسعة بين الأطراف المتعاقدة، بين أرباب العمل والعمال، ثم بين المحترفين والمستهلكين، وفي مثل هذه الظروف ظهرت فكرة عقود الإذعان، وأصبح الطرف القوي يملي شروطه على الطرف الضعيف، وليس أمام هذا الأخير إلا قبول هذه الشروط جملة وتفصيلا وإما رفضها دون أدنى حرية في مناقشتها[3].

وأمام هذه الوضعية المؤسفة لم يقف رجال الفقه مكتوفي الأيدي، بل حاولوا، جاهدين، البحث، في إطار المبادئ التقليدية العامة للعقد، عن إيجاد الحلول المناسبة لإعادة التوازن المفقود بين المتعاقدين، وكذلك اجتهد رجال القضاء في تفسير البنود التعاقدية بما يخدم مصالح الطرف الضعيف.

لكن هذه المحاولات بدت قاصرة عن بلوغ أهدافها بصورة كاملة، ومن ثم اتجهت الأنظار تترقب تدخل المشرع للحسم في هذه المسألة المهمة، وهذا ما تم فعلا في عدد من البلدان المتقدمة، بدءا بالولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1962 في قانون التجارة الموحد الذي سمح للقاضي بإبطال كل شرط يظهر أنه تعسفي، ثم انتقل الأمر إلى البلاد الأوروبية سنة 1970 بهدف حماية المستهلكين، حيث صدرت عدة تشريعات أبرزها التشريع السويدي (1971)، والتشريع البريطاني (1973، 1977)، والتشريعي الدانماركي (1974)، والتشريع الألماني (1976)، والتشريع الفرنسي (1978)[4].

ولا يزال اهتمام الدول الأوروبية قائما إلى وقتنا الحاضر بمشكلة معالجة الشروط التعسفية في العقود، وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى التعليمة الأوروبية المؤرخة في 5 أبريل 1993 والتي بادرت دول الاتحاد الأوروبي إلى إدخالها في تشريعاتها الداخلية، ومنها التشريع الفرنسي، حيث قام المشرع الفرنسي بتعديل قانون الاستهلاك بموجب قانون 01 فبراير 1995.

والحمد لله بادر المشرع الجزائري إلى مواكبة هذا التطور القانوني فأصدر القانون رقم 04 ـ 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تناول فيه تحديد المفهوم القانوني للشرط التعسفي، وعقد الإذعان، والمستهلك، والعون الاقتصادي (المحترف)، كما حدّد ما أسماه بالممارسات التعاقدية التعسفية، فهل وُفق المشرع في مبادرته هذه؟ وما مدى استفادته من التشريعات الأوروبية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

المطلب الأول: المفهوم القانوني للشرط التعسفي.

المطلب الثاني: نطاق الحماية من حيث الأشخاص.

المطلب الثالث: نطاق الحماية من حيث العقود.

المبحث الثاني: أساليب مواجهة الشروط التعسفية والجزاء المقرر لها.

المطلب الأول: أساليب مواجهة الشروط التعسفية.

المطلب الثاني: الجزاء المقرر للشروط التعسفية.

المبحث الأول: نطاق الحماية من الشروط التعسفية

إن تحديد نطاق الحماية القانونية من الشروط التعسفية، في إطار القانون رقم 04-02، يستلزم البحث في ثلاث مسائل مهمة. أولها: ما هو المفهوم القانوني للشرط التعسفي؟ (1) وثانيها: من هم أطراف العقود المحمية من الشروط التعسفية، هل الأمر يقتصر على تلك العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، أم يشمل أيضا تلك المبرمة بين المحترفين أنفسهم؟ (2). وثالثها: ما هي طبيعة العقود التي أولاها المشرع حمايته في مواجهة الشروط التعسفية، هل يقتصر الأمر على عقود الإذعان أم يشمل أيضا عقود المساومة؟ (3).

المطلب الأول: المفهوم القانوني للشرط التعسفي:

بداهة لا يعتبر أي شرط يرد في العقود شرطا تعسفيا، لهذا لا بد من اللجوء إلى معيار دقيق لتحديد الشرط التعسفي، ومنعا من الاختلاف في هذه المسألة الدقيقة وجب وضع تعريف له (أ) يُحدّد من خلاله معيار الشرط التعسفي (ب).

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي:

كان المشرع الفرنسي، في إطار قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بالمنتجات والخدمات، يعرّف الشروط التعسفية بصورة غير مباشرة في المادة

35 بأنها تلك الشروط التي: "تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"[5].

فمن خلال هذا النص يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يُفرض على غير المحترف أو المستهلك من قبل المحترف نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لنفوذه الاقتصادي بغرض الحصول على ميزة فاحشة [6].

بينما عرّفته المادة 3 من التعليمة الأوروبية لسنة 1993 بأنه ذلك الشرط: "ورغم تطلب حسن النية، يؤدي إلى إيجاد عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والتزاماتها الناجمة عن العقد"[7].

وفي نفس الاتجاه تقريبا سار المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995، حيث عرّف الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة في المادة L. 132-1 الفقرة الأولى بأنها: "تلك التي يكون موضوعها أو من أثرها أن تُوجد، على حساب غير المحترف أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[8].

فباستثناء عدم الإشارة إلى حسن النية، يبدو أن تعريف المشرع الفرنسي للشرط التعسفي مطابق لتعريف التعليمية الأوروبية، وهذا أمر طبيعي، إذ أن الهدف من تعديل قانون الاستهلاك في فرنسا كان من أجل توحيد التشريعات الأوروبية.

ومن خلال هذين النصين يظهر أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرضه المحترف على المستهلك، فيؤدي ذلك إلى إخلال واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

وبالرجوع إلى قانون 04 - 02 المشار إليه أعلاه نجد المشرع الجزائري لم يفوت الفرصة، وبادر من أول وهلة إلى وضع تعريف مباشر للشرط التعسفي في المادة 3 الفقرة 5 على النحو الآتي: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ومن الواضح أن هذا التعريف منقول عن التشريع الفرنسي، وهو بصورة مبسطة كل بند أو شرط ورد بصورة منفردة أو مشتركة مع بنود أو شروط أخرى يؤدي إلى إيجاد إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

ويلاحظ من جهة، أن المشرع لم يشر إلى حسن النية الذي جاء ذكره في المادة 3 من التعليمة الأوروبية، وفي اعتقادنا حسنا ما فعل المشرع، لأنه لا يضيف شيئا جديدا في الحماية القانونية، بل إنه قد يؤدي إلى بعض الغموض غير المحبذ في مثل هذه المجالات التي تتطلّب تعريفا واضحا يقوم على مبادئ واضحة المعالم سهلة التحديد نظريا وعمليا.

ويلاحظ من جهة أخرى أن المشرع لم يساير التعريف الذي كان واردا في قانون 10 جانفي 1978، بحيث أدخل عليه تعديلا جوهريا، تماما مثلما فعل المشرع الفرنسي والأوروبي، فبعدما كان التعريف السابق يقوم في تحديده للشرط التعسفي على معيارين: اقتصادي، وهو التعسف في النفوذ الاقتصادي، وقانوني، وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليه المحترف، أصبح يعتمد على معيار واحد هو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهذا ما يدفعنا إلى الكلام عن معايير الشرط التعسفي.

الفرع الثاني: معيار الشرط التعسفي:

قدمنا أن المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 كانت تعرّف الشروط التعسفية بأنها تلك التي: "تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة". ويستفاد من هذا التعريف أن هناك معيارين لاعتبار الشرط تعسفيا: أولهما اقتصادي، وهو تعسف النفوذ الاقتصادي L'abus de puissance économique. وثانيهما قانوني، وهو الميزة الفاحشة التي يتحصل عليها المحترف L'avantage excessif donné au professionnel à l'effet .

ولقد اعتبر الفقهاء هذين المعيارين مترابطين ارتباط السبب بالنتيجة، بمعنى أن أحدهما يعد نتيجة للآخر.

ويبدو أن الفقه كان ينتقد المعيار الاقتصادي على الأقل لسببين: أولا: لغموضه وعدم دقته. وثانيا: لأنه ليس من الضروري أن يكون المحترف قويا، من الناحية الاقتصادية، حتى يفرض إرادته على المستهلك، فقد نجد من الناحية العملية محترفا بسيطا يفرض شروطه مستخدما نفوذه، في حين قد نجد مشروعا كبيرا لا يفعل ذلك حفاظا على سمعته المالية[9].

ويظهر أن مثل هذه الانتقادات جعلت واضعي التعليمية الأوروبية لسنة 1993 يقررون معيارا آخر للشرط التعسفي، وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو ذات المعيار الذي قننه المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995.

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي مجرد ترديد لمعيار الميزة الفاحشة؟

ذهب عموم الشراح في فرنسا إلى التقليل من أهمية التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي، بحيث اعتبروا أن إلغاء المعيار الأول (تعسف النفوذ الاقتصادي) لا يؤدي إلا إلى إثبات حالة شيء كانت موجودة من قبل، فمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي ما هو إلا تعبير بعبارة مختلفة عن معيار الميزة الفاحشة[10]. في حين رأى بعض الفقه أنه لا يمكن التقليل من أهمية التعديل الاصطلاحي الذي جاء به قانون 1995، ذلك أن واضعي قانون 10 جانفي 1978 صرحوا بأن معيار الميزة الفاحشة لم يكن موضوعه تصحيح عيب في التوازن بين الالتزامات والحقوق، وإنما إقصاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد، وهذا الهدف كان واضحا في الأعمال البرلمانية، وهو الذي قاد إلى إبعاد الاعتماد على معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، الذي كان موجودا في المشروع الحكومي[11].

وعلى أية حال، فإن المعيار المعتمد اليوم للشرط التعسفي على المستوى الأوروبي هو الإخلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد، ولا شك أنه معيار قانوني موضوعي،

لا يعتمد على رقم معين يحسب به عدم التوازن، مثلما هو الشأن بالنسبة للغبن، وهو المعيار تبناه المشرع الجزائري صراحة في المادة 5/3 من قانون 04-02.

ويلاحظ أن هذا المعيار يطرح تساؤلا مهما يتعلق بكيفية تقدير عدم التوازن العقدي، فهل يجب أن يتم هذا التقدير بالنظر إلى الشرط في حد ذاته أم من خلال النظر إلى مجموع شروط وبنود العقد؟

بالرجوع إلى المادة L. 132-1 الفقرة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي نجدها تقرر جوابا صريحا مضمونه أن الطابع التعسفي للشرط: "يقدر بالرجوع، وقت إبرام العقد، إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة لكل الشروط الأخرى للعقد. ويقدر أيضا بالرجوع إلى تلك الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يرتبط فيه أحدهما قانونا بالآخر"[12].

ويستفاد من هذا النص الواضح أن المشرع الفرنسي اختار الحل الثاني، وهو وجوب النظر إلى مجموع العقد، فقد يكون أحد الشروط ظاهره الإخلال بالتوازن العقدي، لأنه يعطي ميزة لطرف ما، لكن بالرجوع إلى شروط العقد الأخرى نجد من بينها شرطا يعيد التوازن إلى العقد، فمثلا قد يظهر شرط ما قاسيا بالنسبة للمستهلك، لكن يمكن تبريره عندما يكون الثمن المشترط من قبل الأطراف ضعيفا. ويلاحظ أن هذا الحل يتم إعماله أيضا حتى ولو كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو الشأن إذا وُجد شرط يحدد من مسؤولية المحترف، لكن في نفس الوقت وجد شرط آخر يمنح الطرف الثاني الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة[13].

وحسب نفس المادة يتم أيضا التقدير بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين مرتبطا فيه أحدهما بالآخر ارتباطا قانونيا، كما هو الأمر بالنسبة لعقد القرض المرتبط بعقد البيع.

ودائما في إطار تقدير الطابع التعسفي للشرط نصت المادة L. 132-1 الفقرة 7 على أن هذا التقدير: "لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن مع المال المبيع أو الخدمة المقدمة"[14].

ويعتقد الفقه الفرنسي أن الغرض من هذا النص هو التأكيد على أن مواجهة الشروط التعسفية لا تعني الوسيلة التي بمقتضاها يتم، بطريقة غير مباشرة، إعادة إعمال قاعدة الغبن التي هي في الأصل غير معاقب عليها في القانون الفرنسي[15]. وبعبارة أخرى أراد المشرع الفرنسي التأكيد على أن الهدف من نظام الشروط التعسفية هو مواجهة الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وليس هو تحقيق التناسب الكلي بين الأداءات الاقتصادية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري يلاحظ أنه تناول مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة محتشمة، واكتفى بعبارات عامة جدا، أثناء تعريفه للشرط التعسفي في المادة 5/3، حيث يفهم منها أن هذا التقدير لا يتم بصورة منعزلة، وإنما في إطار مجموع الشروط والبنود التي يتضمنها العقد[16].

ولاشك أن صنيع المشرع معيب، إذ ما فائدة إيراد تعريف للشرط التعسفي دون بيان كيفية تقديره؟ ففي مثل هذه الحالات قد تتعدد الأفهام، ومن ثم تختلف الأحكام، ولا شك أن ذلك لا يخدم مصلحة أطراف العقد، لاسيما الطرف الضعيف، ولا يمكن القول في هذا الإطار أن المشرع اكتفى بقواعد تفسير العقود المذكورة في القانون المدني (المادتان 111 و 112) ذلك أن لموضوع الشروط التعسفية خصوصياته المميزة التي تتطلب إفراده بقواعد خاصة تزيل كل غموض يكتنفه.

المطلب الثاني: نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث الأشخاص:

لقد تباينت التشريعات الحديثة في تحديدها للأشخاص الذين يستفيدون من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية، فمن التشريعات من حصرت ذلك في طائفة المستهلكين فحسب، ومنها من توسعت في ذلك فمدت حمايتها لكل طرف في عقد إذعان، سواء كان مستهلكا أم لا. ولما كان هذا الموضوع ذا صلة وطيدة بمفهوم المستهلك، فلا بد

أولا من تحديد المقصود بالمستهلك (أ)، ثم بيان من يستفيد من حماية المشرع ضد الشروط التعسفية (ب).

الفرع الأول: تحديد المقصود بالمستهلك:

إذا كانت الثورة الصناعية قد أدت إلى بروز طائفة العمال كطرف ضعيف يقابل طائفة أرباب العمل، فإنها أيضا أدت مع مرور الوقت إلى بروز طائفة المستهلكين كطرف عديم أو قليل الخبرة الفنية يقابل طائفة المحترفين، الأمر الذي عجّل بظهور قانون يحمي مصالحهم اصطلح على تسميته "قانون الاستهلاك" أو "قانون حماية المستهلك"، ومن الواضح أن المحور الرئيسي لهذا الفرع القانوني الجديد هو المستهلك ذاته، فمن هو إذن المستهلك في الفقه والتشريع والقضاء؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من هذا المصطلح الحديث؟

أ- **المستهلك في الفقه والتشريع والقضاء:** يتنازع مفهوم المستهلك، في الفقه، تياران: أحدهما ضيق، والآخر واسع، وقد زاد قانون 10 جانفي 1978 الأمور تعقيدا حينما استعمل مصطلح المستهلك وغير المحترف كمقابل لمصطلح المحترف، الأمر الذي جعل أحكام القضاء تتضارب فيما بينهما.

أ١- **مدلول المستهلك في الفقه:** يمكن للباحث وهو يطالع مصنفات الفقه أن يسجل وجود تيارين كبيرين يتنازعان مفهوم المستهلك، أحدهما ضيق، والآخر واسع.

فعند أصحاب الاتجاه الضيق- وهم يمثلون غالبية الفقه- المستهلك هو الشخص الذي من أجل إشباع حاجاته الشخصية غير المهنية، يصبح طرفا في عقد للحصول على أموال أو خدمات[17]. وبعبارة بسيطة، وأكثر دقة، هو الشخص المقتني لأموال أو خدمات من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية [18]. ومن الواضح أن أصحاب هذا الاتجاه يخرجون من مفهوم المستهلك كل من يقتني أموالا أو خدمات موجهة لأغراض مهنية حتى ولو كانت خارجة مجال تخصصه. فمثلا لا يعد مستهلكا المحامي الذي يشتري جهاز حاسوب ليضعه في مكتبه، ولا الطبيب الذي يشتري أثاثا لمكتبه.

أما عند أصحاب الاتجاه الواسع، فيعتبر مستهلكا كل من يقتني بغرض الاستهلاك، أي كل من يقتني من أجل استخدام الأموال أو الخدمات، سواء من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو المهنية[19]. ففي المثال السابق يعد كلا من المحامي والطبيب مستهلكا، لأنهما تصرفا خارج مجال تخصصهما، فمركزهم يطابق مركز المستهلك العادي الضعيف فنيا أمام المحترف المتخصص.

ومن خلال هذا العرض الوجيز لمفهوم المستهلك في الفقه يظهر أن الفقهاء اتفقوا جميعا على أن من يقتني سلعا أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية يعد مستهلكا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اتفقوا أيضا على أنه لا يعد مستهلكا من يتصرف في مجال تخصصه أو بغية المضاربة، ولكنهم اختلفوا حول ما إذا كان من الممكن اعتبار المحترف مستهلكا إذا تصرف خارج مجال تخصصه.

وللفصل في هذه المسألة المهمة، لا بد من الرجوع - حسب اعتقادنا - إلى الحكمة المتوخاة من حماية المستهلك في التشريعات الحديثة، وهي في اعتقادنا تكمن في حماية الطرف الضعيف فنيا واقتصاديا في عقد الاستهلاك، وإذا كان الأمر كذلك فلا نعتقد استفادة المحترف من وصف المستهلك إذا تعامل خارج مجال تخصصه، ذلك أن عدم تخصصه فنيا لا يعني أبدا ضعفه اقتصاديا، فهو يملك من الأسلحة ما يمكنه من مواجهة المحترف المتخصص، في حين أن المستهلك أعزل من كل سلاح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، شتان بين مستهلك عادي ومحترف متعامل خارج مجال اختصاصه، فهذا الأخير نجده حريصا على حفظ مصالحه، ويقظا في تعاملاته، لأن الأمر يتعلق بمهنته، بينما الأول لا تتوافر فيه مثل هذه الصفات، ومن ثم كان في حاجة ماسة للحماية القانونية[20].

أ2- مدلول المستهلك في التشريع الفرنسي: لم يضع المشرع الفرنسي إلى يومنا هذا - في حدود علمي - تعريفا قانونيا للمستهلك، تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء، لكن للأسف الشديد استعمل مصطلحا غامضا أدى إلى جدل فقهي حول مدلول المستهلك، حيث أن المادة 35 من قانون 10جانفي 1978 نصت محددة نطاق الحماية من الشروط التعسفية

على أنه: "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين..."، وهنا ثار التساؤل الآتي: هل يعتبر مصطلح "غير المحترف" مرادفا لمصطلح "المستهلك" أم لا؟ إجابة عن هذا التساؤل ذهب أصحاب الاتجاه الضيق إلى القول بأنهما مصطلحان مترادفان، واستدلوا على ذلك بجملة من الأدلة لا يسع المقام لذكرها. في حين رأى أصحاب الاتجاه الواسع أن استعمال المشرع لمصطلح "غير المحترف" دليل على أنه يريد أن يمد حمايته للأشخاص المحترفين الذين يتعاملون خارج مجال تخصصهم.

ونحن من جهتنا، نعتقد صحة الاتجاه الأول بدليل أن المادة 35 وردت تحت الفصل الرابع وعنوانه: "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية"، فلو كانت في نية المشرع الفرنسي التمييز بين المستهلك وغير المحترف لجاء عنوان الفصل معبرًا عن ذلك[21].

ومن الغريب أن المشرع الفرنسي أعاد، نفس الصياغة المذكورة في المادة 35، عند تعديله لقانون الاستهلاك بموجب قانون 1 فبراير 1995، وذلك في المادة L. 132-1 الفقرة الأولى، الأمر الذي تأسف له الفقه الفرنسي، فبدل حسم الأمور بصورة نهائية، ترك المشرع الفرنسي المجال مفتوحا "للدوران القضائي"[22].

أ3ـ مدلول المستهلك في القضاء الفرنسي: أمام اختلاف الفقه في تحديد مدلول المستهلك، وغموض النصوص التشريعية، تضاربت أحكام القضاء الفرنسي. ففي بادئ الأمر أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمفهوم الضيق[23]، لكن بعد مدة يسيرة عادت وأخذت بالمفهوم الواسع عندما أجازت لشركة تجارية الاستفادة من الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية، ذلك أنها بصدد العقد، محل النزاع، توجد في نفس حالة الجهل مثلها في ذلك مثل أي مستهلك آخر[24].

لكن وبعد صدور التعليمة الأوروبية لسنة 1993 وتنبيها صراحة في المادة 2،ب للمفهوم الضيق للمستهلك[25]، يبدو أن محكمة النقض الفرنسية رجعت إلى رأيها الأول وهو اعتماد المفهوم الضيق، حيث أصبحت اليوم تقرر أن شخصا لا يمكنه الاستفادة من تشريع الشروط التعسفية إذا كان العقد الذي يبرمه له "علاقة مباشرة" مع نشاطه

المهني[26]. ويبدو أن القضاء الفرنسي يعتبر أن مثل هذه العلاقة توجد بمجرد أن العقد قد تم لأغراض مهنية[27].

ب ـ المستهلك في التشريع الجزائري: على خلاف المشرع الفرنسي بادر المشرع الجزائري إلى وضع تعريف للمستهلك، جاء ذلك على التوالي في المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، والقانون رقم 04ـ 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ب1 ـ تعريف المستهلك في ظل المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 39: نصت المادة 2/3 من المرسوم المذكور على أن المستهلك هو: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

هذا التعريف غير الدقيق جعل الفقه الجزائري لا يتفق على رأي واحد بخصوص موقف المشرع من مدلول اصطلاح المستهلك، فقد رأى البعض أن المشرع قد تبنى المفهوم الضيق، ذلك أنه "ظاهر من هذا التعريف أن المهني لا يدخل في مفهوم المستهلك إذا كان يتعامل لأغراض مهنية، ويقتصر الأمر على من يقتني منتوجا أو خدمة لتلبية رغبة خاصة به شخصيا أو خاصة بشخص آخر كأفراد عائلته أو خاصة بحيوان"[28]. في حين رأى البعض الآخر أن المشرع قد "أخذ بمدلول واسع لمفهوم المستهلك، فهو لم يشمل فقط محض المستهلك، أو ما يُعرف بالمستهلك النهائي consommateur final بل إن المادة السالفة قد أدخلت المستهلك الوسيطي consommateur intermédiaire ضمن ما تشمله الحماية"[29]. وأمام هذا الغموض طالب البعض بحذف عبارة "معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي" لأنها "جاءت مناقضة لما يليها من عبارة "لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به" فكيف يمكن التوفيق بين نقيضين لا يجتمعان وهما: الاستعمال لأغراض استثمارية مهنية وبين الاقتناء أو الاستعمال لسد الحاجات الشخصية أو العائلية؟"[30].

ونحن من جانبنا نرى أن التعريف السابق جاء بلغة ركيكة مما جعله غامضا مع أن المقام يتطلب التوضيح، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى أن المشرع مال إلى تبني المفهوم الواسع للمستهلك، بدليل عبارة "معدين للاستعمال الوسيطي"، إذ المقصود بها "المستهلك الوسيطي" وهو الشخص الذي يقتني سلعا من أجل استعمالها في أغراض مهنية.

ويبدو أن المشرع الجزائري كان متأثرا في هذه الفترة بأحكام محكمة النقض الفرنسية التي كانت - كما رأينا - تتبنى المفهوم الواسع لاصطلاح المستهلك.

ب2 - تعريف المستهلك في ظل القانون رقم 04-02: نصت المادة 2/3 من القانون المذكور على أن المستهلك هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

ومن الواضح أن هذا التعريف تقنين صريح للمفهوم الضيق لاصطلاح المستهلك، إذ هو يعتمد على معيار الغرض من التصرف، فلا يعد مستهلكا إلا من تصرف لسد حاجاته الشخصية أو العائلية، أي تصرف لأغراض غير مهنية، وهو ما أشارت إليها المادة المذكورة أعلاه صراحة عندما ختمت التعريف بعبارة: "ومجردة من كل طابع مهني". ويبدو جليا أن المشرع قد ساير الاتجاه الراجح فقها وتشريعا وقضاء في تحديد المقصود بالمستهلك.

وهكذا نجد أنفسنا في التشريع الجزائري أمام مفهومين مختلفين لاصطلاح المستهلك، أولهما واسع، وثانيهما ضيق[31]، مع ما يترتب على ذلك من نتائج جد مختلفة بينهما، لذلك فإن السؤال المطروح: بأي المفهومين يُعتد؟ وفي انتظار إجابة واضحة من القضاء الجزائري نرى وجوب الاعتداد بالمفهوم الثاني، أي الضيق، إذ من المقرر فقها أنه إذا تعذر الجمع بين نصين، فلا مناص من اللجوء إلى قاعدة الإلغاء، ومن ثم فإن النص اللاحق يلغي النص السابق، بمعنى أن نص المادة 2/3 من قانون 04-02 يكون قد ألغى نص المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي09-39.

الفرع الثاني: تحديد الأشخاص المستفيدين من الحماية ضد الشروط التعسفية:

لقد اختلفت التشريعات الحديثة اختلافا بيّنا في تحديد الأشخاص الذين يستفيدون من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية (أ) الأمر الذي يتوجب معه بيان موقف المشرع الجزائري (ب).

أ- **موقف التشريعات الحديثة:** بعد الإطلاع على نصوص بعض التشريعات الحديثة يمكننا أن نسجل وجود اتجاهين بارزين، أولهما يمثل التوجه الجرماني ودائرته واسعة، وثانيهما يمثل التوجه اللاتيني، ودائرته ضيقة، وهذا على النحو الآتي:

أ1- الاتجاه الواسع: يتزعم هذا الاتجاه القانون الألماني المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد، وهو يقرر حماية كل من كان طرفا في عقد إذعان مستهلكا كان أم محترفا، لأنه لم يكن في مقدوره مناقشة شروط العقد بصورة حرة. وفي نفس الاتجاه يسير القانون المدني لمقاطعة الكيباك في مادته 1437. فهذا الاتجاه ينظر بالدرجة الأولى إلى طبيعة العقد، هل هو عقد إذعان أم عقد مساومة، ولا يولي أهمية لأطراف العقد، فإذا كان العقد المبرم بين الطرفين عقد إذعان توجب عندئذ حماية الطرف الذي لم يستطع مناقشة مضمون العقد بشكل حر، ولا يهم بعد ذلك مركزه القانوني، هل هو مستهلك أم محترف. وعلى ذلك فوفق هذا الاتجاه لا تقتصر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، بل تشمل أيضا العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم[32].

أ2- الاتجاه الضيّق: أخذت بهذا الاتجاه التعليمية الأوروبية لسنة 1993، فهي تقصر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين فقط (المادة 1)، ولإزالة الغموض الذي يكتنف اصطلاح المستهلك وضعت تعريفا محددا له في المادة 2. وفي نفس الاتجاه سار المشرع الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995، غير أنه لم يردد العبارة التي استعملتها التعليمية الأوروبية، أي "العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين"، وإنما أبقى على العبارة التي كانت واردة في قانون 10 جانفي

1978، وهي العقود المبرمة "بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين". ومع ذلك يمكن القول أن كلا العبارتين تؤديان نفس المعنى على أساس أن غير المحترف يعتبر في نظر الفقه الفرنسي الراجح مرادفا للمستهلك.

ب ـ موقف المشرع الجزائري: بعد الإطلاع على نصوص القانون رقم 04ـ02 يظهر أن موقف المشرع جاء مضطربا، يجعل الباحث في حيرة من أمره، متسائلا: بأي الاتجاهين أخذ المشرع الجزائري؟ فمن الوهلة الأولى يظهر أن المشرع أخذ بالاتجاه الواسع بدليل أن المادة الأولى حدّدت الهدف من القانون المذكور والمتمثل في: "تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه". ثم جاءت المادة 4/3 تحدّد المقصود بعبارة "عقد"، فعرّفته بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". ويستفاد من مجموع هذين النصين أن كل من كان طرفا في عقد إذعان حسب مفهوم المادة 4/3 يستفيد من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية، تستوي في ذلك، حسب المادة الأولى، العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، والعقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، فالعبرة بطبيعة العقد لا بأطرافه، وهذا هو عين ما يأخذ بالقانون الألماني.

لكن بالرجوع إلى المادة 29 من نفس القانون، المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية نجدها تنص على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع..." فهذه المادة تقصر، بصريح العبارة، الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف (البائع)، ولم تشر مطلقا العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، ولاشك أن في مثل هذه العبارة تقنينا واضحا للاتجاه الضيق الذي يقصر الحماية على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين.

كما تجدر الإشارة أن المشرع اهتم بوضع تعريف لاصطلاح "مستهلك"، ومن المعلوم أن التشريعات التي تأخذ بالاتجاه الواسع لا تحتاج إلى مثل هذا التعريف، على أساس أن الحماية مقررة لكل من كان طرفا في عقد إذعان، بغض النظر عن صفته القانونية، يستوي في ذلك المستهلك والمحترف.

كل هذا يجعلنا نقول: إن موقف المشرع جاء مضطربا، فلم يحسن الاستفادة من التشريعات الحديثة، حيث جمع بين الاتجاهين، الواسع والضيق، في تقنين واحد، أو على الأقل نقول: إنه أخذ بالاتجاه الواسع في المادة الأولى، لكن أخذه هذا لم يكن بشكل دقيق، إذ بقي متأثرا بالاتجاه الضيق، خاصة وأن التقنينات اللاتينية كثيرا ما كانت مصدرا من مصادر التشريع في الجزائر.

بقي لنا أن نتساءل: أي الاتجاهين أفضل، من الناحية القانونية؟ هل الأفضل قصر الحماية على المستهلكين، أم مدّها لكل شخص، مستهلكا كان أم محترفا، يكون طرفا في عقد إذعان؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل المهم لن تكون دقيقة إلا بعد الإجابة عن تساؤل آخر، هو: هل المهم، في إطار الحماية ضد الشروط التعسفية، النظر إلى أطراف العقد أم إلى طبيعة العقد؟ وبعبارة أخرى أكثر دقة: هل المقصود من تقرير حماية قانونية ضد الشروط التعسفية يكمن في حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، أم أنه يكمن في إعادة التوازن المفقود في عقود الإذعان؟

إن من قال بالجواب الأول نجده يحتج عادة بحجتين: الأولى: إن المستهلك طرف ضعيف بدون سلاح في مواجهة محترف يملي عليه شروطه. والثانية: إن المستهلك رجل عادي في مواجهة محترف هو بالضرورة شخص متبصر. أما من قال بالجواب الثاني فيحتج بحقيقة عقد الإذعان، فهو عقد يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون أن يكون لهذا الأخير فرصة المناقشة والمفاوضة، إما القبول أو الرفض جملة وتفصيلا، ففي هذا النوع من العقود اختلال واضح في التوازن العقدي، فلأحد المتعاقدين سيطرة كبيرة على الطرف الآخر، الأمر الذي يجعل هذا الأخير في وضعية المستسلم،

وهذه السيطرة ترجع عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي.

وفي اعتقادنا إن الجواب الثاني هو الأقرب للمنطق القانوني، ويتماشى مع الفكرة الأساسية التي شغلت بال رجال القانون، قضاة كانوا أم فقهاء، خلال القرن الماضي إلى يومنا الحاضر، وهي معالجة ظاهرة اختلال التوازن العقدي، ولاشك أن هذه الظاهرة استفحل أمرها في عقود الإذعان المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وبين المحترفين أنفسهم على حد سواء، فكما يجد المستهلك نفسه ضعيفا أمام محترف يملي عليه شروطه، يجد المحترف البسيط نفسه أيضا ضعيفا أمام محترف قوي، ومن ثم فلا معنى لحرمان المحترفين من حماية القانون ضد الشروط التعسفية في مثل هذه الأحوال. وأكبر دليل على صحة كلامنا هو المعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي، فهو كما رأينا يتمثل في وجود اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فهذا المعيار، كما هو واضح، يركز على ظاهرة عدم التوازن العقدي، وهي بلا ريب موجودة في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وأيضا في العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم.

أما بالنسبة للحجج التي اعتمدها أصحاب الجواب الأول، فيبدو أنها غير مقنعة، فالحجة الأولى لا يقتصر وجودها على العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، بل هي - كما رأينا- موجودة أيضا في العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم، فكثيرا ما يجد المحترفون أنفسهم دون سلاح أمام محترف أقوى منهم محتكر لسلع وخدمات ما. أمام الحجة الثانية فليس لها كبير علاقة بالحماية ضد الشروط التعسفية، إذ هي تتطلب إلزام المحترفين بإعلام ونصح المستهلكين، وهو ما نصت عليه كل تشريعات حماية المستهلكين[33].

وعلى ذلك نرى أن المشرع قد أحسن الفعل عندما مال إلى الأخذ بالنموذج الألماني، بحيث مد حمايته ضد الشروط التعسفية إلى المحترفين والمستهلكين على حد سواء في عقود الإذعان، من أجل إعادة التوازن المفقود، لكن مع ذلك تبقى علامات الاستفهام قائمة

حول تخصيص تعريف للمستهلك، واعتناق المفهوم الضيق له، وقصر الممارسات التعسفية في المادة 29 على العقود المبرمة بين المستهلك والبائع، لذا نطالب المشرع بإلغاء المادة 2/3 الخاصة بتعريف المستهلك، وإعادة صياغة المادة 29.

المطلب الثالث: نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث العقود:

إن بحث موضوع الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث العقود يستلزم، من جهة، النظر في الطبيعة القانونية لهذه العقود، فهل الأمر يقتصر على عقود الإذعان أم يمتد إلى عقود المساومة أيضا؟ (أ)، ومن جهة أخرى يستلزم البحث في شكل وموضوع العقد، فهل يعتد بمعيار الشكل أم لا؟ وهل الأمر يقتصر على العقود التي يكون موضوعها عقد البيع أم يمتد إلى كافة العقود؟ (ب).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد:

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد في إطار الحماية ضد الشروط التعسفية عرفت، هي الأخرى، تباينا تشريعيا من حيث التنظيم، ففي حين تقصر بعض التشريعات هذه الحماية على عقود الإذعان، نجد بعض التشريعات الأخرى تمدها أيضا إلى عقود المساومة، وعلى ذلك يتوجب الأمر تحديد المقصود بعقد الإذعان (أ)، ثم بيان اتجاهات التشريعات الحديثة وموقف المشرع الجزائري منها (ب).

أ- تحديد المقصود بعقد الإذعان: من المعلوم فقها أن للعقود تقسيمات عدة تختلف بحسب المعيار المعتمد عليه في التصنيف، ومن أهم هذه التقسيمات في وقتنا المعاصر تقسيم العقود إلى عقود إذعان وعقود مساومة، حيث غزت عقود الإذعان كافة مناحي الحياة نتيجة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي يعرفها العالم اليوم، ولما كان الأمر كذلك تعيّن تحديد المقصود بعقد الإذعان، وهو ليس بالأمر السهل الهين، خاصة مع عزوف أغلب التشريعات عن إيراد تعريف له، وبروز اتجاهين فقهيين يتنازعان تحديد نطاقه، مما يدفع الباحث إلى محاولة معرفة موقف المشرع الجزائري.

أ1- الاتجاهات الفقهية في تعريف عقد الإذعان: يتنازع تعريف عقد الإذعان اتجاهان فقهيان، أولهما تقليدي يضيق من نطاقه، وثانيهما حديث يوسع من نطاقه.

أ1-1- الاتجاه التقليدي: في غياب نص تشريعي يحدد مداول عقد الإذعان اتجه جمهور الفقه إلى تعريفه بأنه: "هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[34].

ومن خلال هذا التعريف حدّد الفقه التقليدي نطاق عقود الإذعان بثلاثة شروط أساسية وهي:[35]

* أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

* احتكار لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدودة النطاق.

* أن يكون الإيجاب موجها إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

*وهكذا وفق هذا الاتجاه انحصرت عقود الإذعان في دائرة ضيقة شملت بعض العقود التقليدية كعقود الاشتراك في الكهرباء والغاز والمياه، دون أن تشمل العقود الجديدة التي أفرزها الواقع كالعقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق.

أ1-2- الاتجاه الحديث: بغية توسيع دائرة عقود الإذعان في سبيل توفير حماية أكبر للطرف الضعيف، تخلى الفقه الحديث عن التعريف السابق لعقد الإذعان، وأصبح يعرّفه على أنه: "انضمام لعقد نموذج يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"[36].

وهكذا أصبح المهم عند الفقه الحديث هو أن يعرض الموجب شروطا معدة من قبل لا تقبل المناقشة والتعديل ممن يرغب في التعاقد معه، بمعنى أن جوهر عقد الإذعان هو عدم القابلية للتفاوض بشأنه. وعلى ذلك أصبح الفقه الحديث لا يشترط أن يتعلق العقد بسلعة

أو خدمة ضرورية، أو أن يكون الموجب محتكرا لهذه السلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو أن يكون الإيجاب موجها للجمهور ولمدة غير محددة، وهذا ما سمح باتساع دائرة عقود الإذعان لتشمل كثيرا من العقود الحديثة "من ذلك عقود البيع بثمن محدد في المحلات العامة، مثل محلات السوبر ماركت وبيوت الأزياء، ومحلات بيع الأحذية والأجهزة الكهربائية والكتب، ووكالات بيع السيارات، وكذلك العقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق والمطاعم والمقاهي ودور السينما والمسارح والملاهي إلى غير ذلك من العقود غير القابلة للتفاوض"[37].

وفي اعتقادنا أن هذا الاتجاه جدير بالتأييد بالنظر لما يحققه من حماية للطرف الضعيف من جهة، ومن جهة أخرى لاتفاقه - كما سنرى - مع النصوص القانونية المنظمة لعقد الإذعان، التي لا تشير لا من قريب ولا من بعيد للشروط التي كان الفقه التقليدي يحدد بها نطاق عقود الإذعان.

أ2- مدلول عقد الإذعان في التشريع الجزائري: بعدما كان المشرع الجزائري يقتصر على تحديد خصائص عقد الإذعان في القانون المدني، لجأ بعد ذلك بموجب القانون رقم 04-02 إلى وضع تعريف له لإزالة كل لبس.

أ2-1- عقد الإذعان في القانون المدني: تنص المادة 70 ق م على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

يستفاد من هذا النص أن خصائص عقد الإذعان تتمثل فيما يلي[38]:

* تضمّنه "لشروط مقررة"، أي معدة سلفا من قبل الموجب.
* وأن هذه الشروط لا تقبل "مناقشة فيها"، أي لا تخضع للمفاوضة.
* وأن يتمثل القبول فيها في مجرد "التسليم"، أي الرضوخ لها جملة وتفصيلا.

ومن خلال هذه الخصائص يظهر أنه لا أثر للشروط التي كان الفقه التقليدي يحدد من خلالها نطاق عقود الإذعان متأثرا بالواقع الاقتصادي السائد آنذاك، الشيء الذي يسمح لنا أن نقول بأن المشرع منذ صدور القانون المدني يكون قد تبنى الاتجاه الفقهي الحديث

في تحديد خصائص عقد الإذعان، وجوهرها قيامه على شروط مقررة مسبقا من قبل الموجب لا تقبل المناقشة والتعديل.

أ2-2- عقد الإذعان في قانون 04-02: تنص المادة 3/ 4 من القانون المذكور على ما يلي: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

يستخلص من هذا النص أن المشرع، وعلى خلاف صنيعه في القانون المدني، عمد إلى وضع تعريف لعقد الإذعان، ركز فيه على بيان جوهره والمتمثل في تضمنه لشروط محددة مسبقا من قبل الموجب، يتعلق ببيع سلعة أو تأدية خدمة، بحيث لا يستطيع الموجب له تعديل تلك الشروط، فهو إذن اتفاق محرر مسبقا من الموجب موضوعه بيع سلعة أو تأدية خدمة، لا يمكن للموجب له مناقشته لإحداث تعديل فيه.

ويلاحظ أن المشرع ركّز على عقد الإذعان المكتوب، بدليل استعماله عبارة "حرر مسبقا" مع أنه من الممكن تصور عقود إذعان شفوية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى اقتصر على عقد الإذعان الذي يكون موضوعه بيع سلعة، مع أنه عقود الإذعان تتعدد بتعدد عقود الاستهلاك.

وخلاصة الكلام أن المشرع الجزائري اعتنق الاتجاه الفقهي الحديث في تعريف عقد الإذعان وتحديد نطاقه، سواء في القانون المدني أو في قانون 04-02، وهو اتجاه جدير بالتأييد يزيد من فرص حماية الطرف الضعيف، لولا أن المشرع ضيّق من موضوعه عندما حصره في بيع السلع، وكان من الأفضل استعمال عبارة جامعة شاملة لعقود الاستهلاك كالعرض أو الاقتناء.

ب ـ بيان الاتجاهات الحديثة في تحديد طبيعة العقد وموقف المشرع الجزائري منها: إن السؤال المطروح في هذا المقام هو: هل تقتصر الحماية ضد الشروط التعسفية في عقود الإذعان أم تمتد إلى عقود المساومة؟ ومرد هذا السؤال المهم هو أنه إذا كانت عقود الإذعان هي المجال الخصب لبروز الشروط التعسفية، فإنه ليس من الضروري أن يتضمن

كل عقد إذعان شروطا من هذا النوع، فقد توجد عقود إذعان خالية من هذه الشروط، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا تم مد الحماية إلى عقود المساومة أيضا، ففي ذلك توفير حماية أكبر للطرف الضعيف. كل هذه الاعتبارات جعلت التشريعات الحديثة تختلف في تحديد نطاق الحماية من حيث العقود بين ضيق وواسع (1)، الأمر الذي يتعيّن معه تحديد موقف المشرع الجزائري (2).

ب1- بيان الاتجاهات الحديثة في تحديد طبيعة العقد: يمكن في هذا المجال أن نرصد اتجاهين بارزين أحدهما ضيق، والآخر واسع، فالأول يحصر الحماية في نطاق عقود الإذعان، والثاني يمدها إلى عقود المساومة.

ب1-1- الاتجاه الضيق: هذا الاتجاه لا يتردّد في حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان باعتبارها المجال الخصب لبروز الشروط التعسفية، ولقيامها على ظاهرة عدم التوازن العقدي. ويظهر من خلال البحث أن هذا الاتجاه على مستويين، ضيق وأضيق. فالأول يمثله التشريع الألماني لسنة 1976، وهو التشريع الذي يحصر الحماية في عقود الإذعان، لكنه في مقابل ذلك يوسع من نطاقها من حيث الأطراف، بحيث يسوّي - كما رأينا - بين المحترفين والمستهلكين. بينما الثاني تمثله التعليمية الأوروبية لسنة 1993، والتي تحصر نطاق الحماية في عقود الإذعان، كما أنها تحصرها من حيث الأطراف في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين فحسب، دون تلك المبرمة بين المحترفين أنفسهم.

ب1-2- الاتجاه الواسع: هذا الاتجاه يمثله التشريع الفرنسي، وهو يمد نطاق الحماية إلى عقود المساومة أيضا، ظهر ذلك في قانون 10 جانفي 1978 وتأكد بصورة واضحة في قانون 1 فبراير 1995. ففي ظل التشريع الأول كان مشروع القانون في مادته 28 المقابلة للمادة 35 تستهدف عقود الإذعان فحسب، حيث كانت الحماية تقتصر على العقود "المبرمة بين مستهلك ومحترف على نموذج معروض عادة من قبل الأخير وأن المستهلك لا يستطيع إدخال تعديل عليه". ولما كان هذا النص قد ألغي ولم يعتمد في الصياغة النهائية اتجه الفقه الفرنسي إلى القول بمد نطاق الحماية إلى كل العقود ولو لم تكن من عقود

الإذعان. أما في ظل قانون 1 فبراير 1995 فإن مد نطاق الحماية إلى عقود المساومة جاء بشكل واضح لا لبس فيه، حيث نصت المادة L.132-1 في فقرتها الرابعة على أن نصوص هذا القانون تطبق حتى في حالة الاشتراطات التي تم التفاوض فيها بصورة حرة. وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خالف التعليمية الأوروبية التي خصت الحماية بالشروط التي لم تكن موضوع مفاوضة فردية.

ب2- موقف المشرع الجزائري: لقد جاء موقف المشرع الجزائري واضحا بخصوص هذه النقطة، فقد حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان دون أن يمدها إلى عقود المساومة، بدليل أنه بادر منذ الوهلة الأولى إلى تحديد المقصود بعبارة "عقد" الواردة في قانون 04-02، وبيّن من خلال المادة 4/3 أن معناها هو عقد الإذعان. وبهذا الصنيع يكون المشرع قد وافق المشرعين الألماني والأوروبي في تحديد نطاق الحماية من حيث العقود، لكنه كان أكثر موافقة للمشرع الألماني عندما مدّ الحماية إلى المحترفين والمستهلكين على السواء، على خلاف التعليمية الأوروبية. وفي مقابل هذا تبدو مخالفة المشرع الجزائري للمشرع الفرنسي واضحة إن على مستوى نطاق الحماية من حيث العقود، وإن على مستوى نطاقها من حيث الأشخاص.

وتعقيبا على موقف المشرع الجزائري رأى بعض الفقه أنه كان ينبغي على المشرع مد تطبيق نصوص قانون 04-02 "إلى عقود المساومة، مما يؤدي إلى توسيع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية"[39].

وفي اعتقادنا أن هذا الرأي محل نظر، فمن ناحية أولى يجب ألا يغيب عن أذهاننا أن المشرع قد تبنى الاتجاه الواسع في نطاق الحماية من حيث الأشخاص، فإذا أضفنا إلى هذا المناداة بتبني الاتجاه الواسع أيضا من حيث العقود، فسنكون أمام اتجاه موسع جدا من حيث الأشخاص والعقود في آن واحد، وهو اتجاه لم تأخذ بهذه التشريعات الأوروبية المقارنة، فهذه الأخيرة - كما رأينا - تقصر التوسع إما من حيث الأشخاص، وإما من حيث العقود. ومن ناحية ثانية يجب كذلك ألا يغيب أيضا عن أذهاننا أن المشرع قد أخذ بالاتجاه

الحديث في تعريف عقد الإذعان، وهو اتجاه واسع شمل كثيرا من العقود الجديدة، بما يغني عن التوسع أكثر. ومن ناحية ثالثة يجب ألا ننسى أن المقصد الأساسي من حماية المتعاقد من الشروط التعسفية ؟ كما رأينا ؟ هو محاولة معالجة ظاهرة عدم التوازن العقدي، ومن ثم فلا مبرر لهذه الحماية إذا استطاع المتعاقد التفاوض بشكل حر بخصوص شروط العقد، على الأقل بالنسبة للشرط الذي يراه تعسفيا[40].

الفرع الثاني: شكل وموضوع العقد:

إذا كان المشرع قد قصر نطاق الحماية على عقود الإذعان، فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الأذهان هو: هل اشترط المشرع شكلا معينا يجب توافره في عقد الإذعان أم لا؟ (أ) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، هل لابد أن يتعلق العقد بعمليات عقدية معينة كالبيع أم يشمل جميع عقود الاستهلاك؟ (ب).

أ- **شكل العقد:** قدمنا أن جوهر عقد الإذعان، حسب الاتجاه الفقهي الحديث، الذي تبناه المشرع، هو عدم قابلية شروطه للمفاوضة. هذه الخاصية كما هي موجودة في عقود الإذعان المكتوبة، من المتصور جدا وجودها في عقد الإذعان الشفوية، لكن بالرجوع إلى المادة 4/3 التي عرّفت عقد الإذعان نجدها تستعمل عبارة "حرر مسبقا" مما يعني أن المشرع قد أقصى عقود الإذعان الشفوية من الحماية، واقتصر على عقود الإذعان المكتوبة، مراعاة منه، ربما، لرواجها في الحياة العملية، ولسهولة إثباتها.

ويلاحظ أن المشرع بعد أن اشترط الكتابة في عقود الإذعان، بيّن في الفقرة الثانية من المادة 4/3 عدم أهمية الشكل الذي تتخذه هذه الكتابة أو السند الذي ترتكز عليه، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو بسند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة مسبقا".

وهكذا لم يعتد المشرع بالشكل كمعيار للحماية من الشروط التعسفية، مكتفيا بضرورة توافر عقد مكتوب مسبقا من قبل المحترف يستهدف إذعان الطرف الآخر، محترفا كان أم مستهلكا، بحيث لا يمكن لهؤلاء إحداث تعديل حقيقي فيه.

وبهذا الصنيع يكون المشرع قد وافق المشرع الفرنسي في عدم اعتداده بمعيار الشكل، حيث قضت المادة L. 132-1 في فقرتها الرابعة من قانون الاستهلاك بأن نصوص هذا القانون قابلة للتطبيق مهما كان شكل أو سند العقد، سواء تعلق الأمر بوصلات طلب الشراء، أو الفواتير، ووصلات الضمان، أو وصلات التسليم، أو التذاكر.

ب ـ موضوع العقد: بينما لم يهتم المشرع الفرنسي بموضوع العقد، فقد يتعلق الأمر بعقد بيع أو أداء خدمة أو عقد وكالة أو عقد وديعة، باستثناء الشروط المنصوص عليها في المواد R. 132-1 و R. 211-4 المتعلقة بالبيع، نجد المشرع الجزائري، من خلال المادة 4/3 اشترط أن يتعلق موضوع العقد ببيع سلعة أو تأدية خدمة.

ب1- عملية البيع: البيع حسب المادة 351 ق م هو: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". وهو من العقود الرائجة في المجتمع، لا يكاد فرد أن يستغني عنه، لكن مع ذلك لا يعتبر العقد الوحيد الذي يباشره الأشخاص في حياتهم اليومية إشباعا لرغباتهم الشخصية أو العائلية، فما هو إلا عقد من عقود الاستهلاك المتعددة، إذ أن هذه الأخيرة تشمل أيضا عقودا أخرى بعضها تقليدي كالإيجار والتأمين والوديعة، وبعضها حديث كعقد الإشهار وفتح الحساب الجاري والبطاقة البنكية، فلا معنى لاقتصار المشرع على عقد البيع دون غيره من العقود، خاصة وأن الشروط التعسفية بدأت تعرف رواجا كبيرا في غير عقد البيع، لهذا نرى من الخطإ الفادح الاقتصار على بيع السلع، لذا يجب حذف عبارة "بيع" واستبدالها بعبارة جامعة كالاقتناء لتوفير حماية أكبر للأطراف المذعنة.

ب2 ـ السلع والخدمات: اشترط المشرع، من خلال المادة 4/3، أن ينصب البيع على السلع أو تأدية الخدمات حتى يستفيد الطرف المذعن من الحماية المقررة قانونا، في إطار القانون 02/04، فما المقصود بالسلعة والخدمة؟

ب2-1- السلعة: لم يورد المشرع، في إطار قانون 02/04، تعريفا للسلعة، بل ولم نجد، في حدود علمنا، تعريفا لها في القوانين والمراسيم المتعلقة بحماية المستهلك، وانصب اهتمام المشرع باصطلاح آخر وهو "المنتوج"، فما المقصود بالمنتوج وهل هو مرادف للسلعة؟

يبدو أن المشرع لم يستقر على تعريف موحّد للمنتوج، فقد اعتبره بموجب المادة 2 من قانون 89 ـ 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، شاملا للشيء المادي والخدمة، حيث نصت المادة المذكورة على أن: "كل منتوج، سواء كان شيئا ماديا أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/ أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية". ولكن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش اعتبره بنص المادة 2/2 شاملا للشيء المنقول المادي فحسب دون الخدمة، حيث نصت المادة المذكورة على أن المنتوج هو: "كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية". لكن سرعان ما عاد المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم90 ـ 266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، بنص المادة 2/2 واعتبره شاملا للمنتوج المادي والخدمة، حيث نصت المادة المذكورة على أن المنتوج: "هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة".

وأمام هذا التضارب في التعريف رأى البعض أن مفهوم المنتوج "في التشريع والتنظيم المتعلقين بحماية المستهلك يشمل كل المنتوجات المادية والخدمات المعروضة للاستهلاك"[41]. في حين رأى البعض أن المنتوج والخدمة مصطلحان مختلفان ومن غير المتصور إدخالهما تحت تسمية واحدة، فالمنتوج يشمل المنقول المادي دون الخدمة[42].

وفي تطور تشريعي آخر، وعلى أثر تعديل القانون المدني، بموجب القانون05ـ10، نص المشرع على مسؤولية المنتج، وقضت المادة 140 مكرر في فقرتها الثانية على أنه يعتبر منتوجا: "كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة

الكهربائية". ويستفاد من هذا النص أن المنتوج في إطار مسؤولية المنتج يشمل المال المنقول دون الخدمة من جهة، ومن جهة أخرى يشمل المنقول المادي والمعنوي.

وهكذا نجد أنفسنا أمام مفاهيم مختلفة للمنتوج في التشريع الجزائري، فتارة هو المنقول المادي والخدمة، وتارة أخرى هو المنقول المادي فحسب، وتارة هو المنقول المادي والمعنوي معا. وللتوفيق بين كل هذه المفاهيم، نرى أن للمنتوج مفهومين: **أولهما** في إطار تشريعات حماية المستهلك، ويُقصد به المنقول المادي دون الخدمة، رغم تضارب التعريفات التي أوردها المشرع، بدليل أن المشرع اهتم بوضع تعريف للخدمة، فلو كانت هذه الأخيرة مجرد منتوج لما احتاج إلى ذلك. **وثانيهما** في إطار مسؤولية المنتج، ويُقصد به المال المنقول، ماديا كان أم معنويا، وقد لجأ المشرع إلى هذا التوسع تقليدا منه للمشرع الفرنسي في المادة1386 ـ 3 ق م ف من أجل توسعة نطاق المسؤولية.

وعودة للسؤال الأول هل السلعة مصطلح مرادف للمنتوج؟ نرى أن السلعة هي الأخرى مال منقول، لكنه مال مادي، ولا يتصور أن يكون معنويا، بينما المنتوج كما قد يكون ماديا، قد يكون معنويا، وعلى ذلك فكل سلعة هي منتوج، ولكن ليس كل منتوج هو سلعة.

والسؤال المهم الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: إذا كانت السلعة تعني المنقول المادي، فهل هذا يعني أن العقار محروم من الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية؟

إن ظاهر نصوص قانون 04 ـ 02، بل ونصوص التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك يسير في هذا الاتجاه، إذ أنها اقتصرت على عبارتي المنتوج والسلعة، وكلاهما مال منقول، مما يعني أن نطاق الحماية منحصر في الأموال المنقولة دون الأموال العقارية. ويبرر البعض ذلك بأن "التعامل في العقار يخضع إلى أحكام خاصة تتمثل على الأخص في إفراغه في شكل رسمي، وفي وجوب شهره في السجل العقاري، وفي ذلك حماية كافية للتعامل فيه بالشراء أو غير ذلك"[43].

وهذه النتيجة في الحقيقة غير منطقية لسببين على الأقل:

أولا : لأنها تتنافى مع تعريف عقد الاستهلاك في حد ذاته، حيث يعرّفه الفقه بأنه "العقد

الذي بمقتضاه يتحصل المستهلك من المحترف على مال ? منتوج أو عقار ? أو خدمة لأغراض غير مهنية"، فيعتبر، إذن، مستهلكا من يحصل على عقار لغرض غير مهني، ومن ثم كان العقد الذي أبرمه عقد استهلاك، لأنه ربط بين مستهلك تصرف في إطار عملية الاستهلاك ومحترف يمارس نشاطه المهني، وعلى هذا الأساس لابد أن نتقبل بأن محل العقد كما يمكن أن يكون منقولا (منتوجا) يمكن أيضا أن يكون عقارا[44].

ثانيا: لأن العمليات الواردة على العقار، اليوم، خاصة البيع والإيجار، أصبح يشرف عليها محترفون متخصصون يتفوقون على المتعاقد العادي أو المستهلك، وأصبح هذا الأخير أمامهم في وضعية الطرف الضعيف المحتاج إلى حماية القانون، ومن ثم كان في إقصاء العقارات من أحكام حماية المستهلك حرمانا لطائفة كبيرة من المستهلكين الضعفاء[45].

وفي اعتقادنا أنه كان يتوجب على المشرع استعمال مصطلح "مال" بدل مصطلح "سلعة" فالمال مصطلح قانوني يشمل العقار والمنقول، خاصة وأن المشرع استعمل مصطلح Bien في النص الفرنسي ولاشك أن ترجمته الصحيحة إلى اللغة العربية هي (مال)، وهو المطلب الذي نادت به لجنة تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي.

ب2-2- الخدمة: وهو مصطلح لا يعرفه القانون المدني، في حين أنه كثير الاستعمال في القانون الاقتصادي، وهو يغطي كل الأداءات التي تقبل التقدير بالنقود، ما عدا توريد المنتوج[46]، وقريب من هذا التعريف ما أورده المشرع الجزائري في المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي 90-39 حيث نصت على أن الخدمة هي: "كل مجهود يقدّم، ما عدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له".

ويلاحظ أن بعض الخدمات قد تكون ذات طبيعة مادية، مثال ذلك الإصلاح والتنظيف، وقد تكون ذات طبيعة ذهنية كالعلاج الطبي والاستشارات القانونية، وقد تكون ذات طبيعة مالية كالتأمين والائتمان[47].

المبحث الثاني

أساليب مواجهة الشروط التعسفية والجزاء المقرر لها

بعد الرواج الكبير للشروط التعسفية في العقود، لاسيما في عقود الإذعان، كطريقة يعتمدها الأقوياء في فرض سيطرتهم على الضعفاء تحقيقا لمصالحهم الاقتصادية، بات من الأكيد التفكير في إيجاد سبل قانونية تمكّن من التصدي لهذه الظاهرة بحيث يتم من خلالها إعداد أساليب لمواجهة الشروط التعسفية من جهة(1)، وتقرير جزاء مناسب لها يخدم بالدرجة الأولى مصلحة الطرف الضعيف من جهة أخرى(2).

المطلب الأول: أساليب مواجهة الشروط التعسفية:

تكمن أساليب مواجهة الشروط التعسفية في استحداث أساليب يتم بواسطتها تعيين الشروط التعسفية من ناحية(أ)، وابتداع أساليب يتم من خلالها إقصاء هذه الشروط من ناحية أخرى(ب).

الفرع الأول: أساليب تعيين الشروط التعسفية:

بالرجوع إلى القانون المقارن يمكن القول أنه توجد ثلاثة أساليب لتعيين الشروط التعسفية هي على التوالي: الأسلوب التشريعي، الأسلوب التنظيمي، والأسلوب القضائي، وقد تباينت التشريعات في الأخذ بواحد أو أكثر من هذه الأساليب، فبينما القانون الألماني يفضل الأسلوب التشريعي كأصل عام، نجد القانون الفرنسي يميل إلى الجمع بين الأسلوبين التشريعي والتنظيمي، في حين تفضل الولايات المتحدة الأمريكية الأسلوب القضائي، الأمر الذي ينبغي معه بيان حقيقة هذه الأساليب وموقف المشرع الجزائري منها.

أولا: الأسلوب التشريعي: يقصد بهذا الأسلوب أن يتدخل المشرع ويعد قائمة بالشروط التعسفية، وهو الأسلوب الذي سلكه المشرع الألماني كأصل عام، حيث وضع

قائمتين بالشروط التعسفية، الأولى سوداء (liste noire)، وهي تضم ثمانية أنواع من الشروط تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية (liste grise)، وهي تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي، ويقع على المحترف عبء إثبات أنها لا تحقق له أية ميزة مفرطة[48].

هذا الأسلوب الألماني القائم على إعداد قائمتين تمنى البعض إتباعه في فرنسا بمناسبة تعديل قانون الاستهلاك، وهو ما لم يتحقق، حيث فضل المشرع الفرنسي سنة 1995 إتباع منهج التعليمة الأوروبية، ملحقا بقانون الاستهلاك قائمة بالشروط التعسفية[49]، وهي بموجب الفقرة الثالثة من المادة L. 132-1 قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن النظر إليها على أنها تعسفية إذا توافرت الشروط المذكورة في الفقرة الأولى من ذات المادة وهي التي حددت معنى الشرط التعسفي.

ويلاحظ أن بعض الفقه الفرنسي اعتبر القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك قائمة رمادية، رمادها شاحب جدا (une liste grise et d'un gris tres pale)

على أساس أن المستهلك، عند وجود نزاع، يتحمل عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط كما جاء به مصرحا في المادة L. 132-1 الفقرة الثالثة[50]. في حين اعتبرها البعض الآخر قائمة بيضاء[51].

المهم في كل هذا أنها قائمة بيانية غير حصرية، فهي بيانية لأنها تسمح بتوجيه المحترفين والقضاة، لكن ليس لها قوة ملزمة على أساس أن شرطا ما ورد فيها يمكن عدم اعتباره، في حالة خاصة، شرطا تعسفيا. وهي غير حصرية، بحيث يمكن الحكم على شرط ما أنه تعسفي، مع أنه لا يوجد ضمن القائمة المذكورة، ذلك أن المعيار المتبع لتحديد الطابع التعسفي للشرط هو "عدم التوازن الظاهر" وليس هو تواجد الشرط ضمن القائمة[52].

وبالرجوع إلى المادة 29 من القانون 04-02 نجدها تنص على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

للمستهلك. 2 ـ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد. 3 ـ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك. 4 ـ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية. 5 ـ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها. 6 ـ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته. 7ـ التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة. 8ـ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة". وفي هذا النص دلالة واضحة على أن المشرع الجزائري قد أخذ بالأسلوب التشريعي على غرار التشريعات الأوروبية حيث أورد قائمة بالشروط التعسفية ضمن قانون 04ـ 02، والسؤال المطروح هنا، ما هو لون هذه القائمة؟ هل هي سوداء أم رمادية أم بيضاء؟ وبعبارة أخرى هل سلك المشرع الجزائري منهج القانون الألماني أم الفرنسي؟

يبدو من قراءة مطلع المادة 29 أن لون القائمة المذكورة أسود، بمعنى أنها قائمة سوداء، لونها لون القائمه التي أوردها المشرع الألماني، بدليل أنها تعتبر الشروط المذكورة شروطا تعسفية بقوة القانون، فلا يحتاج المدعى، عند النزاع، إلى إثبات طابعها التعسفي، ويستنتج من عبارة "لاسيما" أنها قائمة غير حصرية، فمن الممكن جدا وجود شروط تعسفية خارج هذه القائمة عند إعمال معيار الشرط التعسفي المذكور في المادة 3 الفقرة5 [53]. فكأن المشرع أخذ من القانون الألماني فكرة القائمة السوداء، وأخذ من القانون الفرنسي فكرة عدم حصر الشروط فيما هو مذكور في القائمة.

ومن هنا يمكننا أن نتساءل، هل كان منهج المشرع الجزائري موفقا عندما تبنى فكرة القائمة السوداء غير الحصرية؟

في اعتقادنا أن هناك تعارضا بين تبني المشرع لتعريف واسع للشروط التعسفية التي يتم تقدير طابعها حالة بحالة بالنظر إلى مضمون العقد ككل، والقائمة السوداء المحددة

للشروط التعسفية بصورة جامدة. فمثل هذا الأسلوب لا يظهر أنه متصور إلا بالنسبة للشروط التي طابعها التعسفي قوي إلى درجة أنه يمس الفائدة الاقتصادية للعقد. وعلى هذا الأساس فإن القائمة الرمادية هي وحدها التي يبدو أنها تتماشى بصورة جيدة مع تعريف الشرط التعسفي، لأن افتراض أن شرطا ما يمثل طابعا تعسفيا، يسمح باستبعاده بالنظر إلى مجموع بنود العقد التي ورد مكتوبا فيها[54].

وبناء على ما تقدم نرى أنه كان من الأجدر على المشرع أن يتبنى أسلوب القائمة الرمادية، أي تلك التي تضم شروطا يفترض فيها الطابع التعسفي، لكن على أساس أن يكون رمادها أشد من رماد القائمة المذكورة كملحق في قانون الاستهلاك الفرنسي، بمعنى أن يعفي المدعى، عند النزاع، من إثبات الطابع التعسفي للشرط، فيقيم المشرع قرينة لصالحه على الطابع التعسفي، وعلى المدعي عليه إثبات عكس ذلك، أي أن هذا الشرط لا يحقق له أية ميزة مفرطة بالنظر إلى مجموع بنود العقد، وبهذا الأسلوب يمكننا أن نوفق بصورة جيدة بين التعريف الواسع للشرط التعسفي المذكور في المادة 3 الفقرة 5، وبين القائمة المحددة للشروط التعسفية.

ثانيا: الأسلوب التنظيمي: ويقصد به تدخل السلطة التنظيمية لإعداد قائمة بالشروط التعسفية، وهو الأسلوب الذي لا يعرفه القانون الألماني لسنة 1976، في حين أخذ به القانون الفرنسي منذ سنة 1978 في قانون 10 جانفي 1978، حيث كانت المادة 35 منه تسمح للحكومة بتحريم أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، وقد أوردت عدة شروط، على سبيل الحصر، تتعلق بما يلي:- طابع تحديد أو قابلية التحديد للثمن ودفعه.- جوهر الشيء أو تسليمه.- تبعة الهلاك.- نطاق المسؤوليات والضمانات.- شروط تنفيذ العقد.- شروط إنهاء أو فسخ أو تجديد العقد. وفي ظل هذا القانون لم يصدر عن الحكومة سوى مرسومان الأول بتاريخ 24 مارس 1978، وقد نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية، ألغى مجلس الدولة واحدا منها على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا توجد في التعداد الحصري المذكور في المادة 35، وهي اليوم مقننة في المادتين 1-132

R. و 2-132 .R من قانون الاستهلاك. والثاني بتاريخ 25 نوفمبر 2005، وهو اليوم مقنن في المادة 1-2-132 .R.

وعلى ذلك فالشروط المحظورة اليوم عن طريق المرسوم هي ثلاثة: 1 ـ في عقد البيع: الشرط الذي موضوعه أو أثره استبعاد أو إنقاص حق غير المحترف أو المستهلك في التعويض في حالة إخلال المحترف بأي من التزاماته. 2 ـ في كل العقود: الشرط الذي يسمح للمحترف بتعديل من جانب واحد لخصائص المنتوج أو الخدمة التي سيقدمها، إلا إذا تعلق الأمر بتغير مرتبط بالتقدم التقني دون أن يكون له انعكاس على الثمن وعلى تلف النوعية[55]. 3ـ في عقود توريد الخدمات المالية عن بعد، الشرط الذي موضوعه أو أثره النص الذي يفرض على المستهلك عبء إثبات احترام المورد للالتزامات المتولدة عن التشريع الجديد في المادة.

وقد أعاد قانون 1 فبراير 1995 الأخذ بهذا الأسلوب، حيث نصت المادة 1-132 .L في فقرتها الثانية أن لمجلس الدولة، عن طريق المراسيم، بعد أخذ رأي اللجنة المنشئة بموجب المادة 2-132 .L تحديد نماذج الشروط التي يجب النظر إليها كشروط تعسفية في مفهوم الفقرة الأولى[56].

فمن حيث الإجراءات لا يمكن اتخاذ هذا المرسوم إلا بعد توصية من لجنة الشروط التعسفية، فمبدئيا، وانطلاقا من توصيات متنوعة للجنة تستطيع الحكومة بقدر ذلك صياغة المراسيم، ومع ذلك يلاحظ أن الحكومات المتتابعة لم تستعمل هذا الإجراء بدليل أنه لم يصدر إلى غاية اليوم سوى مرسومان، وتفسير ذلك بدون شك أن الإرادة السياسية تريد منح السلطة القضائية إمكانية التصريح باعتبار جملة من الشروط أنها تعسفية، ويمكن اعتبار ذلك نوعا من الاحترام للحرية التعاقدية، وفي نفس الوقت نوعا من الاحترام للسلطة القضائية التي من مهامها مراقبة مشروعية العقود. أما من ناحية الرقابة، وبما أن الأمر يتعلق بتصرف تنظيمي، فإن المرسوم المتعلق بالشروط التعسفية يوضع تحت رقابة مجلس الدولة[57].

وبمقارنة بسيطة بين صياغة المادتين L. 132-1 في فقرتها الثانية و L. 132-1 في فقرتها الثالثة يلاحظ أن هذه الأخيرة استعملت بخصوص قائمة الشروط عبارة: « qui peuvent» في حين أن الأولى استعملت عبارة « qui doivent » وهذا يعني أن الملحق ليس له نفس قوة المراسيم، وبعبارة أدق فإن الملحق يشكل قائمة من الشروط لونها رمادي شاحب، في حين أن المراسيم تفرض على المحترفين والقضاة قوائم لونها أسود.

وبمناسبة الكلام عن لجنة الشروط التعسفية نشير إلى أنها لجنة أنشئت بموجب قانون 10 جانفي 1978، وتنظم أحكامها، اليوم، المواد من L. 132-2 إلى L. 132-5 ومن R. 132-3 إلى R. 132-6، وهي لجنة موضوعة لدى الوزير المكلف بالاستهلاك، وتتكون من 13 عضو: 4 ممثلين للمحترفين، و4 ممثلين للمستهلكين، و3 قضاة منهم رئيس اللجنة، وشخصين مؤهلين في قانون العقود. وعلى ذلك فإن التوصيات الصادرة عنها يتم تبنيها بعد مقابلة وجهات نظر المحترفين والمستهلكين بتحكيم من القضاة والأشخاص المؤهلة.

ويتم رفع الأمر إليها، إما من قبل الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما من قبل الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما من قبل المحترفين المهتمين، وإما من تلقاء نفسها. والمهم في كل هذا أنها توصي بإلغاء أو تعديل الشروط التي تمثل طابعا تعسفيا، لكن يلاحظ أن هذه التوصيات ليست لها أية قوة ملزمة، ومع ذلك فهي تمارس على المحترفين ضغطا معنويا بسيطا، كما أنها قد تكون دليلا للقاضي، فقد يرجع إليها لتقدير الطابع التعسفي لشرط ما، بل إن لها تأثيرا على المشرع نفسه، يظهر ذلك في جملة من القوانين، منها: قانون 23 جوان 1989، وقانون 31 ديسمبر 1989، وقانون 19 ديسمبر 1990[58].

وبالرجوع إلى المادة 30 من قانون 04 ـ 02 نجدها تنص على ما يلي: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". وفي هذه دلالة على أن المشرع قد أخذ بالأسلوب التنظيمي، فهو يجيز للسلطة التنظيمية التدخل من طريقين: **أولهما:** لتحديد العناصر الأساسية للعقود. **وثانيهما:** لمنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود.

وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

فمن حيث العناصر الأساسية حددت المادة 2 من المرسوم المذكور أعلاه المقصود بها، حيث اعتبرتها تلك: "العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع". وبيّنت المادة 3 أن العناصر الأساسية تتعلق بما يلي: "- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها- الأسعار والتعريفات. - كيفيات الدفع. - شروط التسليم وآجاله. - عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم. - كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.- شروط تعديل البنود التعاقدية.- شروط تسوية النزاعات.- إجراءات فسخ العقد".

أما من حيث البنود التي تعتبر تعسفية، فقد حددتها المادة 5 بقولها: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: "- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و3 أعلاه. - الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك. - عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض. - التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته. -النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده. - فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد. - الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه. - تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا

يقوم بتنفيذ واجباته. - فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك. - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق. - يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته. - يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

وأهم ما يلاحظ في هذا الشأن يمكن تلخيصه في النقاط الآتية:

فمن ناحية أولى: إن المشرع من خلال عنوان المرسوم 06-306 حصر نطاق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، مخالفا بذلك المادة الأولى من القانون 04 - 02 التي اعتبرت الهدف من هذا الأخير هو: "تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين".

ومن ناحية ثانية: إن الشروط التي اعتبرها المشرع تعسفية هي نفسها تقريبا الشروط التي نص عليها المشرع الفرنسي في ملحق قانون الاستهلاك.

ومن ناحية ثالثة: لقد اعتبر المشرع الشروط التي ذكرتها المادة 5 شروطا تعسفية بقوة القانون، بمعنى أن لون القائمة المذكوة أعلاه هو الأسود، ومن ثم يكون المدعي معفيا من إثبات طابعها التعسفي.

ومن ناحية رابعة: إذا كان المشرع الفرنسي قد ميز بين لون القائمة المذكورة في الملحق والقائمة المذكورة في المراسيم، فجعل الأولى ذات لون رمادي شاحب، والثانية ذات لون أسود، فإن المشرع الجزائري وحّد في اللون بين القائمتين وجعله أسودا.

ومن هنا فإن نفس الملاحظة التي وجّهناه للقائمة السوداء المذكورة في المادة 29 من قانون 04 - 02 نوجّهها هنا للقائمة المذكورة في المرسوم التنفيذي06 - 306 فهناك عيب في الملائمة Un defaut d'adéquationبين تعريف الشرط التعسفي الذي جاءت به المادة 5/3 من قانون04 - 02 ونظام القوائم الموضوعة من قبل الإدارة: فكيف يُطلب من السلطة التنظيمية تعريف وإقصاء شروط ما، عن طريق نصوص عامة، طابعها التعسفي يتم

تقديره بالنظر إلى مجموع بنود العقد؟ فمثال هذه الطريق يرتكز على عيب في المنهجun vice de méthode فلا يظهر أنه يمكن إعماله، دون مشاكل، إلا في العقود isés-standard بالنسبة للشروط التي، تحمل اعتداءً على الالتزام الرئيسي في العقد، فتجرّده من قيمته الاقتصادية[59].

ومن ناحية خامسة إذا كانت المراسيم الصادرة عن الحكومة في فرنسا بخصوص الشروط التعسفية تخضع لرقابة مجلس الدولة، فإن الأمر عندنا قد يختلف، إذا لا يوجد نص صريح يقضي بذلك، مما قد يفسح المجال لتسلط السلطة التنظيمية وتحكمها[60].

وأخيرا يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قلّد نظيره الفرنسي في النص على إنشاء لجنة للشروط التعسفية، حيث نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06 ـ 306 على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري..."، وحدّدت المادة 7 من نفس المرسوم مهام اللجنة فيما يلي: "ـ تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.ـ يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين. ـ يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها".

ثالثا: الأسلوب القضائي:

وهو الأسلوب المعتمد، أساسا، في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نصت المادة 2/302 من مدونة قانون التجارة الموحّد على ما يلي: "1 ـ إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية منافيا للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد، أو تنفيذ باقي بنوده ماعدا ما هو مناف للضمير، ولها كذلك تعديل أي شرط مناف للضمير، وذلك اتفادي الآثار المجحفة. 2 ـ عندما يدّعى أو يتضح للمحكمة أن العقد أو أحد بنوده مناف للضمير، فإن المحكمة تمنح أطراف العقد فرصة معقولة لتقديم الدليل حول ملاءمته التجارية، غرضه وآثاره، وذلك لإعانة المحكمة لاتخاذ قرارها".

فهذه المادة منحت للقاضي سلطة واسعة، فله الحق في رفض تنفيذ العقد أو الشرط، كما له الحق في تعديل مضمونهما لرفع الإجحاف عن الطرف الضعيف، غير أنه لا يتأتى له ذلك إلا إذا ادّعى أحد المتعاقدين ذلك، أو ظهر للقاضي أن العقد أو الشرط مناف للضمير وقت الإبرام، وهو في بحثه هذا يستعين بالملاءمة التجارية من حيث الغرض والآثار[61].

ويلاحظ أن المادة السابقة غير مقصورة على التعاقد بمقتضى نموذج عقد، بل تعتبر وسيلة لمواجهة أي إجحاف يرد في العقد، وقد جاء في التعليمات الرسمية على هذه المادة أن سبب إصدارها يكمن في تفادي التعسف والمفاجآت غير العادلة، ويظهر من دواعي إصدارها أن الغاية منها هي تجنب الشروط المجحفة التي تؤدي إلى عدم التوازن العقدي، ومكافحة ما ينتج عن عدم التروي والخلل في إجراءات إبرام العقد[62].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فقد كان قانون 10 جانفي 1978 يحصر القاضي في مهمة تطبيق، شبه ميكانيكية، للنصوص، ذلك أن الشروط التي تدخل في تقديرات المرسوم، هي وحدها التي يمكن اعتبارها غير مكتوبة. وأمام قصور السلطة التنظيمية، نشأ نقاش فقهي: هل لابد من صدور مرسوم أم أنه بإمكان القاضي أن يؤسس إدانته للشروط على أساس القانون؟ يبدو أن هذا التساؤل، اليوم، قد تجاوزه الزمان، فقد فصل فيه القضاء، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه بإمكان القاضي أن يعلن الطابع التعسفي لشرط ما، في غياب أي مرسوم، حيث يكفي الاستناد على أحكام المادة 35 من قانون 1978، وهذا القضاء لم يأت دفعة واحدة، بل مرّ بمراحل متتابعة[63]، فقد جاء تلميحا[64]، ثم ضمنيا[65]، ثم صراحة[66].

ومن الملف للنظر أن قانون 1 فبراير 1995 لم يتخذ موقفا واضحا من سلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية، مع أن تعريف الشرط التعسفي الذي جاء به يقضي بمثل هذا التدخل القضائي، وعلى ذلك فإن قانون 1 فبراير 1995 لم يكرس قضاء محكمة النقض إلا بصورة ضمنية، إذ يمكن استخلاص ذلك من الفقرة الثانية من المادة L. 132-1 التي قضت بأن السلطة الممنوحة للحكومة لتعيين الشروط التعسفية هي اختيارية محضة، ومن

المادة L. 132-1 الفقرة الثالثة التي قضت بأن القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك هي قائمة بيانية غير حصرية، وهذا ما يمهد للقضاء بالتدخل[67].

وإذا كان القاضي، في بحثه عن الطابع التعسفي لشرط ما، يعود إلى التعريف الذي جاء به مطلع المادة L. 132-1 فإنه زيادة على ذلك يكون مقودا بالقائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، وبتوصيات لجنة الشروط التعسفية، وبإمكانه أيضا أن يطلب رأي اللجنة (R. 132-6) ولكنه لا يكون مقيدا لا بالقائمة الملحقة ولا بالتوصيات ولا بالآراء[68].

نخلص من كل هذا أن القاضي الفرنسي يجد نفسه أمام ثلاثة أصناف من الشروط التعسفية: الأولى: الشروط المصرح بأنها تعسفية بواسطة المرسوم الصادر عن الحكومة، وهي بذلك تعد شروطا غير مكتوبة. الثانية: الشروط المعتبرة تعسفية، وهي المذكورة في القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، أو تلك التي اعتبرت كذلك عن طريق اللجنة، ولكن ليس عن طريق المرسوم الصادر عن الحكومة. الثالثة: الشروط المقدر بأنها تعسفية التي تستجيب للمعيار المادي الذي جاءت به المادة L. 132-1، ولكنها غير مذكورة لا في القائمة الملحقة، ولا في توصيات اللجنة. ففي الحالتين الأخيرتين يمكن للقاضي أن يصرح بأن الشروط تعسفية ومن ثم يعتبرها غير مكتوبة[69].

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد اعتبر أحكام المادة L. 132-1 من النظام العام، ومن ثم رأى الفقه أنه يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه، أي ولو في حالة سكوت الطرف الضعيف، ليقرر الطابع التعسفي لشرط ما ورد في العقد[70].

وبالرجوع إلى قانون 04-02 نجد أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي لم يتخذ موقفا واضحا من مسألة سلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية، مع أن المادة 5/3 المتعلقة بتعريف الشرط التعسفي تقتضي تدخل القاضي، ذلك أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يتم بالنظر إلى مجموع بنود العقد، وهذا التقدير هو من صميم عمل القاضي. ومع ذلك يمكن القول إن دور القاضي لا يمكن إنكاره في ظل قانون 04 - 02 بدليل أن قائمة الشروط التعسفية المذكورة في المادة 29 جاءت على سبيل المثال، مما يعني أنه بإمكان القاضي أن يحكم باعتبار شرط ما تعسفيا رغم أنه لم يرد في القائمة المذكورة.

وعلى ذلك سيجد القاضي الجزائري نفسه أمام ثلاثة أصناف من الشروط التعسفية وهي على التوالي: الأولى: الشروط المصرح بأنها تعسفية طبقا للمادة 29 من قانون 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306. والثانية: الشروط المعتبرة تعسفية عن طريق ما ستنشره مستقبلا لجنة البنود التعسفية من توصيات. والثالثة: الشروط المقدر بأنها تعسفية استجابة للمعيار المادي الذي جاءت به المادة 5/3 من قانون 04-02دون أن تكون مذكورة في المادتين 29و5 وفي توصيات اللجنة. ففي الحالة الأولى ليست للقاضي أية سلطة تقديرية، في حين أنه في الحالتين الأخيرتين يمكنه أن يصرح بأن الشروط تحمل طابعا تعسفيا.

وللأسف الشديد لم يأت المشرع الجزائري بنص شبيه بنص المادة L. 132-1 الفقرة التاسعة الذي قضى بأن أحكام هذه المادة من النظام العام، مما يجعل السؤال يثور، هل بإمكان القاضي الجزائري التدخل من تلقاء نفسه؟ في اعتقادنا أن هذا الأمر ممكن، ذلك أن نصوص قانون 04 - 02 والمرسوم التنفيذي 06 - 306 يمكن إدراجهما ضمن ما يعبر عنه بالنظام العام التوجيهي، إذ أنها نصوص لا تهدف فقط إلى حماية الطرف الضعيف، حتى يقال أنها تتعلق بالنظام العام الحمائي، بل هي تهدف أيضا إلى تهذيب مجموع العلاقات العقدية، ومما يعزز هذا الطرح أن المشرع نفسه، أجاز، بمقتضى المادة 65 من قانون 04-02، لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المنشأة طبقا للقانون، ولكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل محترف قام بمخالفة أحكام قانون 04-02.

الفرع الثاني: أساليب إقصاء الشروط التعسفية:

يتم إقصاء الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي بطريقتين، الأولى تتمثل في الحكم ببطلان هذه الشروط في العقود التي سبق إبرامها، والثانية تتمثل في حذفها من نماذج العقود قبل إبرامها.

أولا : بطلان الشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها : تنص المادة L. 132-1 في فقرتها السادسة على أن: "الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة"[71]، وفي فقرتها الثامنة تنص على أن: "العقد يبقى قابلا للتطبيق في كل أحكامه إلا بالنسبة لتلك التي قضي بأنها تعسفية إذا كان العقد من الممكن أن يبقى قائما دون هذه الشروط"[72].

فمن خلال هذين النصين يظهر واضحا أن البطلان يلحق الشرط لا العقد، وهذا ما يتماشى، في حقيقة الأمر، مع مصلحة المستهلك، ذلك أن هذا الأخير يرغب عموما في بقاء العقد مطهرا من الشروط التعسفية. ومن الناحية العملية يتم إعمال جزاء البطلان بمناسبة رفع دعوى أمام القضاء من قبل أحد أطراف العقد، إما من قبل المحترف للمطالبة بالثمن، وإما من قبل المستهلك للمطالبة بالأداء، وعلى هذا الأخير في التشريع الفرنسي يقع عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط، على أنه يمكن للقاضي إثارة الموضوع من تلقاء نفسه، إذ الأمر يتعلق بالنظام العام. ويبدو أن إقصاء الشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها يعتمد على افتراض قانوني، فرغم أنها مكتوبة، فإن القاضي يعتبرها غير مكتوبة[73].

وفي حقيقة الأمر إن جزاء البطلان غير كاف، لأنه يفترض أن العقد بعد إبرامه سيعرض على القضاء، وهذه فرضية نادرة الوقوع في قضايا الاستهلاك، وحتى ولو وقعت وحكم القاضي باعتبار الشرط غير مكتوب، فإن هذا الحكم لا يستفيد منه إلا المستهلك الذي كان طرفا في النزاع، وهذا يعني أنه في كثير من العقود سيطبق الشرط التعسفي مادام أنه لا يزال مكتوبا، وعلى هذا الأساس رأى الفقه أن جزاء البطلان قاصر على حماية بعض المستهلكين، وهو لا يسمح بمعالجة عامة لمشكل الشروط التعسفية، لهذا وجب الذهاب بعيدا إلى حد حذف الشروط التعسفية في العقود قبل إبرامها[74].

وللأسف الشديد غفل واضعوا قانون 04-02 عن جزاء البطلان الذي يوقعّه القاضي إذا ما وجد شرطا من شروط العقد يحمل الطابع التعسفي، واكتفوا بالنص على الجزاء الجنائي.

ثانيا : حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها : من أجل سد نقائص جزاء البطلان، ابتدع المشرع الفرنسي أسلوبا جديدا بموجب قانون 5 جانفي 1988 أنشأ بمقتضاه دعوى حذف الشروط التعسفية، وقد ورد النص عليها، بعد ذلك، في المادة 6-421 .L المعدلة بموجب الأمر01 ـ 741 المؤرخ في 23أوت 2001، وحسب الفقرة الأولى من هذه المادة يجوز، للجمعيات المذكورة في المادة 1-421 .L والهيئات التي تبرر تسجيلها في القائمة المنشورة في الجريدة الرسمية للاتحادات الأوروبية، رفع دعوى أمام القضاء المدني لوقف كل التصرفات السيئة المخالفة للنصوص التي نقلت تعليمات مختلفة، منها تعليمة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية[75]. وحسب الفقرة الثانية من ذات المادة يمكن للقاضي أن يأمر، عند اللزوم تحت غرامة تهديدية، بحذف كل شرط غير مشروع أو تعسفي في كل عقد أو نموذج عقد مقترح أو موجّه للمستهلك[76].

ومن خلال هذين النصين يظهر أن الدعوة المرفوعة لا تهدف إلى إبطال شروط وردت في عقود سبق إبرامها، وإنما تهدف إلى الحذف المادي للشروط الواردة في وثائق تكون أساسا لعقود ستبرم مستقبلا بين المحترفين والمستهلكين (أنواع اتفاقيات، نماذج عقود، شروط عامة...) وبهذا الشكل ستكون لدعوى الجمعيات خاصية وقائية وجماعية[77].

ونظرا لتعلق الأمر في هذه الحالة بعدد غير محدد من المستهلكين فإن تقدير الطابع التعسفي سيعتمد حتما على المعيار المجرد، فالقضاء سيبحث، بصفة عامة، ما إذا كان الشرط المتنازع فيه ينشئ اختلالا ظاهرا في غير صالح المستهلك. ومن الناحية العملية قد ترفع الجمعيات دعواها ضد المحترفين الذين يستعملون الشروط التعسفية في علاقاتهم مع الزبائن، أي في إطار علاقاتهم العقدية، وفي هذه الحالة يستحسن اختصام أكبر عدد من المحترفين حتى ينتج الحكم القضائي أثره في حقهم جميعا، وقد ترفع دعواها ضد كل من يحرر الشروط التعسفية ويوصي باستعمالها، لاسيما الهيئات المهنية التي تنشر شروطا عامة لفائدة أعضائها[78].

وقريب مما نص عليه المشرع الفرنسي، نصت المادة65 من قانون 04-02 على أنه يمكن لـ: "جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون". ومع ذلك يعد هذا النص قاصرا إذ لم يشر لدور القاضي في حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها وهو لب الموضوع، هذا من جهة، كما لم يشر من جهة أخرى إلى رفع الدعوى أمام القضاء المدني، إذ اكتفى في الفقرة الثانية من ذات المادة بتخويل الجمعيات حق التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها، مما يعني أن القضاء المقصود هنا هو القضاء الجنائي[79].

المطلب الثاني: الجزاء المقرر للشروط التعسفية:

من أجل إعطاء دفع قوي لمواجهة الشروط التعسفية في العقود قررت التشريعات الحديثة فرض عقوبات جزائية (أ) وعقوبات مدنية (ب)، نعرضها فيما يلي:

الفرع الأول: العقوبات الجزائية:

في التشريع الفرنسي، وحسب المادة L. 141-1 من قانون الاستهلاك المعدلة في شقها الثاني بموجب القانون رقم 07 - 1774 المؤرخ في 17 ديسمبر 2007، فإن مخالفات المادة L. 132-1 تثبت وتتابع في إطار الشروط المحددة بموجب المواد 45 في فقرتيها الأولى والثالثة، و46 و47 و52 من الأمر86-1243 المؤرخ في 1 ديسمبر1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، وهي اليوم مقننة في المادة L. 450-1 وما بعدها من قانون التجارة.

وقد سار المشرع الجزائري على نهج المشرع الفرنسي، حيث فرض عقوبات على مخالفة أحكام المادة 29 المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية، حيث قضت المادة 38 من قانون 04-02 بأنه: "تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية

مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

الفرع الثاني: العقوبات المدنية:

لاشك أن العقوبات المدنية أقوى فعالية من العقوبات الجزائية، ذلك أن القاضي إذا اعتبر الشرط الوارد في العقد يحمل الطابع التعسفي، فإنه لا يمكن بعد ذلك مواجهة الطرف الضعيف بهذا الشرط، كما أنه يكون بإمكانه المطالبة بالتعويض.

أولا: جزاء البطلان: قدمنا أن المادة L. 132-1 في فقرتها السادسة قضت بأن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة، والفقه الفرنسي متفق على أن عبارة "غير مكتوبة" يقصد بها أنها باطلة، وهذا البطلان يلحق الشرط لا العقد، إذا أمكن، حسب المادة L. 132-1 في فقرتها الثامنة، بقاء العقد قائما دون الشرط، وهذا يعني أنه من الممكن أن يقود بطلان الشرط إلى بطلان العقد في مجموعه، إذا كان الشرط يشكل الشروط الدافعة والمحددة للعقد، أو إذا كانت كل شروط العقد غير قابلة للانقسام.

وهنا يثور التساؤل عن طبيعة البطلان الذي يلحق الشرط، هل هو مطلق أم نسبي؟ بالرجوع إلى المادة L. 132-1 نجدها تنص في فقرتها الأخيرة على أن أحكام هذه المادة هي من النظام العام، ومثل هذا النص، في حقيقة الأمر، لا يفيد كثيرا في الإجابة عن التساؤل السابق في ظل التفرقة الحديثة بين النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي، فبأي نظام عام تتعلق المادة L. 132-1؟

مبدئيا يقال إنها تتعلق بالنظام العام الحمائي على أساس أن الأحكام التي جاء بها قانون 1 فبراير 1995 تهدف إلى حماية المستهلكين، وهذا يعني أن البطلان الذي يلحق الشرط لا يكون إلا نسبيا، ومن ثم وكنتيجة حتمية فإن المستهلك هو وحده من يستطيع رفع الدعوى أمام القضاء.

لكن يبدو أن هذا الاتجاه محل نظر، لأن إدراج قواعد حماية المستهلك في إطار النظام العام الحمائي يؤدي إلى التقليل من مجموع قواعد قانون الاستهلاك، ذلك أن هذا القانون

ليس من أهدافه حماية الطرف الضعيف فقط، بل يهدف أيضا إلى تهذيب مجموع العلاقات العقدية. والأكثر من هذا إن الأحكام المنظمة للشروط التعسفية لا تتماشى مع الطابع النسبي للبطلان الجزئي الذي يلحق الشرط، فمن جهة، قد رأينا أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلكين رفع دعاوى قضائية ضد الشروط التعسفية، ومن جهة أخرى إن القاضي بإمكانه أن يثير الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه، مما يعني أننا أمام نظام عام توجيهي، الأمر الذي يقودنا إلى القول إن البطلان الذي يلحق الشرط لا يكون إلا مطلقا[80].

وللأسف الشديد لم يشر المشرع الجزائري في قانون 04-02 الجزاء المدني المقرر ضد الشروط التعسفية، واكتفى بالعقوبات الجزائية، ولاشك أن هذه الهفوة تشكل نقصا كبيرا ينبغي تداركه، إذ من غير المعقول أن يجد القاضي نفسه أمام نص قانوني لا يقرر جزاءً معينا في مسألة معروضة عليه، خاصة إذا علمنا أنه لا بطلان إلا بنص قانوني[81].

ثانيا: جزاء التعويض: إن وجود الشرط التعسفي في حد ذاته قد يلحق ضررا بالطرف الضعيف، فإذا استطاع هذا الأخير إثبات العلاقة السببية بينهما، وأن هذا الضرر يحمل فعلا شروط الضرر القابل للتعويض، كان بإمكانه أن يحصل على حكم قضائي يقضي بتعويضه.

يضاف إلى ما سبق أنه بإمكان جمعيات حماية المستهلك عند رفعها لدعوى حذف الشروط التعسفية من العقود قبل إبرامها، المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي الذي لحق المستهلكين، ويمكن تأسيس ذلك في التشريع الفرنسي بالاستناد إلى المادة 6-421 .L من قانون الاستهلاك، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدد من أحكامها، ولكن يبدو أن موقفها سنة 2005 قد تغير، فكأنها أصبحت تعتبر أن طابع دعوى حذف الشروط التعسفية الوقائي لا يجتمع مع المطالبة بالتعويض، مما جعل بعض الفقه يرى وجوب تأسيس الدعوى بالاستناد إلى المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، لأن المادة 6-421 .L لا تنص إلا على حذف الشروط دون الإشارة إلى التعويض. ومع ذلك يطرح إشكال آخر يتعلق بالمعيار المعتمد لتقدير الضرر المباشر أو غير المباشر الذي لحق

المصلحة الجماعية للمستهلكين؟ إجابة على هذا التساؤل رأى بعض الفقه أن الضرر الشخصي الذي لحق الجمعيات يتم تقديره على أساس مصاريف الإجراءات والضرر الذي لحقها، أما بالنسبة للضرر المباشر أو غير المباشر الذي لحق المصلحة الجماعية لا يمكن أن يتعدى الفرنك الرمزي[82].

وإذا رجعنا إلى قانون 04 ـ 02 نجد المادة 65 في فقرتها الثانية تنص على ما يلي: "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم". وعلى ذلك يجوز لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض استنادا إلى هذه المادة دون حاجة إلى الرجوع إلى المادة 124 من القانون المدني، ولكن للأسف الشديد لم تشر المادة 65 إلى القضاء المدني، وحصرت الأمر في القضاء الجزائي بدليل أنها أجازت للجمعيات المذكورة التأسيس كطرف مدني، مما يعني أن المقصود بعبارة "العدالة" هو القضاء الجزائي.

خـاتـمـة

في الختام لا يسعنا إلا أن نثمّن مبادرة المشرع في إفراد موضوع مواجهة الشروط التعسفية بنصوص خاصة، ومع ذلك نعيب عليه جملة من الأمور يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا: الغفلة: لقد غفل المشرع عن ذكر كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط، مع أن ذلك جاء واضحا في المادة L. 132-1 في فقرتها الخامسة، كما غفل عن ذكر الجزاء المدني المقرر للشروط التعسفية، وهو ما نصت عليه المادة L. 132-1 في فقرتها السادسة.

ثانيا: التناقض: لقد وسّع المشرع من نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية من حيث الأشخاص في المادة الأولى من قانون 04 ـ 02، فشملت العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم وبين هؤلاء والمستهلكين، لكنه سرعان ما عاد وحصر هذا النطاق في المادة 29 من نفس القانون، عند سرده للممارسات التعاقدية التعسفية، بين البائع والمستهلك. كما أنه أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك في المادة 2/3 من قانون 04 ـ 02يعارض أخذه بالمفهوم الواسع لنفس المصطلح في المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي 90 ـ 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

ثالثا: ضيق النظر: لقد حصر المشرع، من خلال المادة 3/4 من قانون04 ـ 02، مواجهة الشروط التعسفية في عقود بيع السلع وتأدية الخدمات، مما يعني أن هذه الحماية القانونية لا تشمل العقود الأخرى، كما أنها لا تشمل المجال العقاري باعتبار السلع من المنقولات، في حين أن عبارات المادة L. 132-1 في فقرتها الأولى جاءت شاملة لكل هذه المعاني.

رابعا: عدم الملاءمة: لقد أخذ المشرع بطريقة القوائم السوداء للشروط التعسفية، سواء في قانون 04 ـ02 أو المرسوم التنفيذي 06 ـ 306، مع أن هذه الطريقة لا تتماشى مع إيراد تعريف واسع للشرط التعسفي في المادة 5/3 من قانون 04 ـ 02، يتم تقديره بالنظر إلى مجموع بنود العقد.

كانت هذه مجموعة من الملاحظات على تنظيم المشرع لموضوع مواجهة الشروط التعسفية، نأمل أن تجد في المستقبل القريب آذانا صاغية، والله الموفق وهو المستعان وعليه التكلان، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

مراجع البحث

أولا : الكتب :

أ- الكتب باللغة العربية :

1ـ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية،1994.

2ـ جاك غستان، المطول في القانون المدني، ج1 تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

3 ـ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية.

4ـ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

5ـ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

6ـ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط2، 2005. الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007.

7ـ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

8ـ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

9ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007. حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.

10 ـ ذبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2004.

ب ـ الكتب باللغة الأجنبية :

1 - J. Amiel Donat, contrat de consommation, formation, Juris-class, concurrence consommation,1989, fasc 800.

2 - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 6 éd, 2003, Dalloz.

3 - Ch. Larroumet, Droit civil. Les obligations. Le contrat, T1 Conditions de formation, 6 Èd, 2008, Delta.

4 - G. Raymond, clauses abusives, Juris-class, concurrence consommation, 2005, fasc 820.

5 - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 8 éd, 2002, Dalloz.

ثانيا : الرسائل الجامعية :

1ـ ربيعة حليمي، ضمان الإنتاج والخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2000 .2001.

2ـ رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2000.

3ـ الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2001ـ2002

ثالثا : المقالات :

أ- المقالات باللغة العربية :

1 ـ أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط التعسفية فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 16، العدد 1ـ2 ، مارس- يونيو 1992.

2 ـ بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، ج37، رقم 2، 1999.

ب ـ المقالات باللغة الأجنبية :

1- G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, 1, 2954.

2-. J. P. Pizzio, L'introduction de la notion de consommateur, D. 1982.

رابعا : التشريعات :

1ـ قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، ط13، دالوز، 2008.

2 ـ قانون رقم 04 ـ 02 المؤرخ في 23 يونيو، 2004، المحدد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.

3ـ المرسوم التنفيذي رقم 06 ـ 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

الهوامش :

1 ـ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط2،2005، ص38.

2 ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص10.

3 ـ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص39.

4 - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 6 éd, 2003, Dalloz, p195.

5 - «apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif».

6 ـ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 32.

7 - «en dépit de l'exigence de bonne foi crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat».

8- «sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat».

9ـ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص217.

10- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p203.

11- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 8 éd, 2002, Dalloz, p326.

12 - «le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de mÍme qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre».

13 ـ محمد بودالي، المرجع السابق، ص95 .

14 - «l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert».

15-F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p327.

16 ـ محمد بودالي، المرجع السابق، ص96.

17ـ جاك غستان، المطول في القانون المدني، ج1 تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص73.

18- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p7.

19 -G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, 1, 2954. J. P Pizzio, L'ntroduction de la notion de consommateur, D. 1982, chron. P91.

20 ـ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006، ص24.

21ـ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص9.

22 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p325.

23 -Cass. civ, 15 avril 1985, Bull. civ. 1, n 90, p91.

24- Cass. civ, 28 avril 1987, D. 1987, 1†; note Delebecque.

25 - «toute personne physique qui, (...) dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle».

26 -Cass. civ, 24 jan. 1995, Bull. civ. 1995, 1, n54.

27 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p325.

28ـ بخدة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، ج37، رقم 2، 1999، ص31.

29ـ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص68ـ69.

30ـ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص31.

31ـ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص91.

32 -Ch. Larroumet,Droit civil. Les obligations. Le contrat, T1 Conditions de formation, 6 éd, 2008, Delta, p430.

33 -Ch. Larroumet, op, cit, p431.

34ـ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص31.

35 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص245.

36ـ جاك غستان، المرجع السابق، ص97.

37ـ رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، القاهرة،2000، ص173ـ 174 .

38ـ علي فيلالي، المرجع السابق، ص60ـ 61.

39ـ محمد بودالي،الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص82.

40 Ch. Larroumet, op, cit, p436.

41ـ علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص264.

42ـ ربيعة حليمي، ضمان الإنتاج والخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2000ـ 2001، ص54.

43ـ بخدة موالك، المقال السابق، ص33.

44 -J. Amiel Donat, contrat de consommation, formation, Juris-class, concurrence consommation,1989, fasc 800, N6.

45- محمد بودالي، المرجع السابق، ص81.

46 J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p8.

47- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2001- 2002، ص73.

48- انظر في التعريف بهاتين القائمتين: محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص20- 21.

49- وهي تضم سبعة عشر نوعا تتعلق بما يلي: - استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إهمال صادر من المحترف. - استبعاد أو تحديد بصورة غير ملائمة الحقوق القانونية للمستهلك تجاه المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد الالتزامات التعاقدية للمحترف. - النص على التزام المستهلك بشكل نهائي في حين يعلق تنفيذ المحترف لأداءاته على شرط إنجازه يتوقف على محض إرادته. - السماح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض قيمته مساوية لحصة المحترف في حالة تراجع هذا الأخير. - فرض تعويض قيمته مبالغ فيه وغير متناسب على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته. - السماح للمحترف بإنهاء العقد بصفة تقديرية إذا لم تكن نفس الرخصة ممنوحة للمستهلك. السماح للمحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول إلا في حالة المبرر الجسيم. -التمديد الأوتوماتيكي لعقد محدد المدة. في غياب تعبير مخالف للمستهلك، في حين أن تاريخا بعيدا عن نهاية العقد تم تحديده كتاريخ محدد للتعبير عن رفض التمديد من قبل المستهلك. - الإثبات بصورة قاطعة لإذعان المستهلك لشروط لم تكن له فرصة للإطلاع عليها قبل إبرام العقد. - السماح للمحترف بتعديل عبارات العقد من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد. السماح للمحترفين من جانب بتعديل خصائص المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة. - النص على أن ثمن الأموال محدد وقت التسليم أو منح بائع الأموال أو مقدم الخدمات حق رفع الأثمان دون أن يكون من حق المستهلك في الحالتين فسخ العقد في حالة ما إذا كان الثمن النهائي مرتفعا جدا بالمقارنة مع الثمن المتفق عليه عند إبرام العقد. - منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء المسلم أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد أو منحه الحق المانع في تفسير أي شرط في العقد. - تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه أو إخضاع التزاماته لشكلية خاصة. - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته. - النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك دون موافقة هذا الأخير. - حذف أو تعطيل ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن خاصة إجبار المستهلك على سلوك التحكيم غير المحاط بالنصوص القانونية (قانون2005 -67 المؤرخ في 28 يناير 2005) "أو المرور بشكل خاص على نظام بديل لتسوية النزاعات" مع تحديد طرق

الإثبات أو إلقاء عبء الإثبات عليه في حين أن القانون الواجب التطبيق يلقي بذلك على طرف آخر في العقد.
50-J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p205.
51- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p331.
52- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p207.
53- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص98-99.
54 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p331.
55 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p330.
56 -«Des décrets en Conseil d'état, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent Ítre regardées comme abusives au sens du premier alinéa».
57 -G. Raymond, clauses abusives, Juris-class, concurrence consommation, 2005, fasc 820, N49-50.
58- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p208-209.
59 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p330.
60- محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص110 .
61- أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط التعسفية فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 16، العدد 1- 2، مارس - يونيو 1992، ص300.
62- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص437.
63 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p332.
64 -Cass. civ. 16 juill. 1987, D. 1988.49 note J. Calais-Auloy.
65- Cass. civ. 6 déc. 1989, D. 1990.289, note J. Ghestin.
66 -Cass. civ. 14 mai 1991, D. 1991. 449, note J. Ghestin.
67 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p333.
68 -J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p210.
69 -F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p333.
70 -G. Raymond, op cit, n56.
71- «Les clauses abusives sont réputées non écrites».
72 - «Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'l peut subsister sans lesdites clauses».
73- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p211.
74- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op, cit, p334.
75- «Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 98/27 CE du parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1 de la directive précitée».
76- «juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte; la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur».
77- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p212.
78- J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p213.

79- محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص102.

80 -G. Raymond, op cit, n89.

81- محمد بودالي، الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص100.

82 -G. Raymond, op cit, n93-94.

تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية

بقلم : الأستاذ قاسم العيد عبد القادر

كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس

مقدمة :

يعرف الأستاذ نور الدين تركي التحكيم التجاري الدولي، بأنه إجراء خاص لحل الخلافات، فهو نظام لعدالة خاصة، يسمح بسحب الإختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة، لإعطائه إلى أشخاص خواص، يختارهم من حيث المبدأ، الأطراف أنفسهم، أو يتم إختيارهم بمساعدتهم[1].

- ولقد كان القانون الجزائري، إلى وقت غير بعيد، يرفض اللجوء إلى التحكيم، ويتجلى ذلك في نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية،قبل التعديل الذي حصل في25 أفريل 1993[2].

" يجوز لكل شخص أن يطالب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.... ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

- غير أن هذه الفقرة الأخيرة من هذه المادة، خضعت إلى التعديل بمقتضى المرسوم التشريعي 09/93، الصادر في 25أفريل 1993، حيث أصبحت صياغتها الجديدة، على النحو التالي:

1- نورالدين تركي - التحكيم التجاري الدولي - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر1999 - صفحة 01.

2 - المرسوم التشريعي 93 - 09، المؤرخ في 25 أفريل1993 المعدل لقانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 27 - الموافق 27 أفريل 1993، صفحة 58.

"... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم، ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

فالملاحظ من هذا النص الأخير، أن المشرع الجزائري عدل وبشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي، على الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى، وذلك حينما ثبت بشكل صريح إمكانية لجوء هذه الأشخاص العمومية، إلى نظام التحكيم التجاري الدولي، في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية.

- كما أضافت المادة الثانية من المرسوم التشريعي 09/93 فصلا كاملا للكتاب الثامن من الأمر 66 - 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، تحت عنوان: "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، يتضمن 29 مادة (وهي المواد من 458 مكرر إلى 458 مكرر 28).

ومن خلال التعريف السالف للتحكيم التجاري الدولي، يتضح أن القانون الجزائري يشترط توافر شرطين، من أجل السماح بلجوء الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي وهما:

1- لابد أن يتعلق التحكيم بمصالح تجارية دولية للأشخاص العمومية .

2 - وجوب كون أحد الأطراف على الأقل يوجد موطنه، أو مقره بالخارج، سواء أكان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

- أما موضوع المداخلة، فسينصب على تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية. ونشير منذ البداية، إلى أن هنالك تباين في مواقف الدول بالنسبة لإجراءات وشروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، أي غير الوطنية. وهذا ما أكدته المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك لسنة 1958، حيث نصت على أن: "الدول المتعاقدة تعترف بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب فيه التنفيذ".

وهذا التباين لا يزال موجودا حتى وقتنا الحاضر، ذلك أن الدول لم تنضم كلها لإتفاقية نيويورك، كما أن الإتفاقيات الأخرى التي عنيت بموضوع التحكيم التجاري الدولي، هي الأخرى إعترفت لطالب التنفيذ بالحق في التمسك بالنص الأكثر فائدة، سواء كان هذا

النص يتضمنه نظام قانوني وطني، أو إتفاقية معينة أخرى[3]. وهنا تقسم الدول من ناحية معاملتها لأحكام التحكيم غير الوطنية إلى مجموعتين؛ الأولى، تعامل أحكام التحكيم هذه معاملة الأحكام القضائية الأجنبية، مثل إيطاليا والنمسا وإسبانيا ومصر وسوريا، والثانية تساوي بين أحكام التحكيم الأجنبية وأحكام التحكيم الوطنية مثل فرنسا.

- وعلى ذلك نتناول بحث الإجراءات الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية طبقا لبعض التشريعات المختلفة، وذلك من خلال التقسيم التالي:

أولا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا للقانون المصري.

ثانيا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة.

ثالثا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا لقانون المملكة العربية السعودية.

رابعا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا للقانون الفرنسي الصادر في 12 ماي 1981.

أولا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا للقانون المصري

سنتكلم عن تنفيذ حكم التنفيذ الأجنبي وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. في ظل هذا القانون، يكون الإختصاص بإصدار أمر التنفيذ لأحكام التحكيم التجاري الدولي لرئيس محكمة إستئناف القاهرة، أو أي محكمة إستئناف أخرى يتفق عليها الأطراف. ويجوز لرئيس المحكمة ندب أحد قضاة المحكمة لإصدار الأمر بالتنفيذ (المادة56 من هذا القانون).

1 وقد أوجبت المادة 56 من القانون رقم 27 لسنة 1994، على طالب تنفيذ حكم التحكيم (أي الطرف المحكوم لصالحه) أن يرفق بطلبه مايلي:

1) أصل الحكم وصورة موقعة منه.

2) صورة من إتفاق التحكيم.

3- عصام الدين القصبي - النفاذ الدولي لأحكام التحكيم - الصفحة 62.

3) ترجمة مصادق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادرا بها.

4) صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا المادة 47 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

- وحتى يقبل هذا الطلب، فلا بد من إنقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان، وهي تسعون يوما من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه، طبقا لنص المادة 54 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

أما إذا كان المحكوم عليه قد رفع دعوى البطلان خلال هذا الميعاد، فيصبح من الممكن قبول تنفيذ الحكم، لأنه وفقا لنص المادة 57 من القانون المشار إليه، لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف التنفيذ.

- كما لا يمكن للقاضي في هذه الحالة، والمعروض عليه طلب الأمر بتنفيذ الحكم فحص الحكم من الناحية الموضوعية؛ فليس له أن يقدر صحة الحكم أو بطلانه، وإنما يقتصر عمله على إصدار الأمر بتنفيذ الحكم أو رفضه، لأنه ليس جهة إستئناف [4].

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 21 مايو 1990، حيث جاء فيه مايلي: " إذا تطرق القاضي إلى بحث مدى سلامة أو صحة قضاء التحكيم في موضوع الدعوى، فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته، لأنه لا يعد هيئة إستئنافية في هذا الصدد، وليس له إلا أن يأمر بالتنفيذ أو يرفضه".

- وقد حددت المادة 58 من قانون التحكيم المصري شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، في فقرتها الثانية، على أنه : " لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقيق ممايلي:

أ. أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

ب. أنه لا يتعارض مع ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ج. أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا.

4- لا يعتبر قاضي التنفيذ جهة مختصة بنظر بطلان الحكم، لأن دعوى البطلان لها قواعد وإجراءات خاصة بها.

- فعن الشرط الأول، تبدو الحكمة منه، في عدم إهدار ما أصدره القضاء من أحكام قضائية، تبعا لمبدأ حجية الشيء المقضى فيه، حيث نفترض هنا أننا أمام حكم قضائي بات صدر في موضوع النزاع، الذي صدر بشأنه حكم التحكيم المراد تنفيذه. فهذا الشرط يستلزمه واجب كفالة إحترام الحكم المصري وتفضيله على الحكم الأجنبي في حالة التعارض بينهما، وإلا كان ذلك عبث بالسلطة القضائية المصرية.

- نستخلص من ذلك، أنه إذا تعارض الحكم الأجنبي (سواء كان حكما قضائيا أو حكما تحكيميا)، المطلوب من المحاكم المصرية تنفيذه في مصر، مع حكم صادر فيها، يجب عليها الإمتناع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، لأن السيادة التي تقضي بإسمها هذه المحاكم توجب أن تضحي بالحكم الأجنبي[5].

ويرجع في تقدير قيام التعارض هنا من عدمه، إلى القضاء المصري، الذي يطلب منه التنفيذ. ولكن هل يمتنع القاضي عن الأمر بالتنفيذ، حتى إذا تنازل الطرف المحكوم لصالحه قضائيا عن حقوقه المترتبة على هذا الحكم، بالرغم من قبوله حكم التحكيم ولم يتمسك بالحكم القضائي الصادر لصالحه؟

- يرجع بعض الفقهاء[6]، تمسك المحكوم لصالحه بالحكم القضائي، وطلب رفض التنفيذ، تأسيسا على أن الأمر هنا لا يتعلق بالنظام العام، وأن قبول هذا الطرف للتحكيم أو الإستمرار فيه، مع صدور حكم قضائي لصالحه، يعني التنازل الضمني عن التمسك بالحقوق المترتبة على هذا الحكم.

هذا وإذا كانت المادة 298، الفقرة الرابعة من قانون المرافعات المصري، تنص على عدم تنفيذ الحكم الأجنبي، إذا كان متعارضا مع حكم سابق صدوره من المحاكم المصرية، فهل يسري هذا الحكم أيضا، في حالة ما إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية بين نفس الأطراف، وفي ذات الموضوع، ولم تتمخض عن صدور حكم مصري بعد؟

---

5 - عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الإختصاص القضائي الدولي - صفحة 921.

6 - هشام صادق - الإختصاص القضائي الدولي - صفحة 247.

هنا يذهب جانب من الفقه، بأنه لا مانع من إهدار الحكم الأجنبي في هذه الحالة، وحتى لو لم يكن هناك حكم قد صدر من المحاكم المصرية بعد، بينما يذهب البعض الآخر من الفقهاء، إلى القول بأن مجرد وجود دعوى قائمة أمام دولة القاضي المطلوب فيه الأمر بالتنفيذ في ذات الموضوع، لا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي. بينما يرى الفريق الثالث من الفقهاء، ترك الأمر لتقدير القاضي الذي طلب منه الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ليتخذ الموقف المناسب من هذه المسألة، مهتديا في كل حالة على حدة بإعتبارات الملائمة من جهة، ومتطلبات النظام العام من جهة أخرى. وإذا أردنا أن نناقش هذه الآراء الفقهية، فإننا نقول أن هذا الرأي الأخير هو المجند، وذلك لعدم قبول ما نادى به الرأي الأول من رفض تنفيذ الحكم الأجنبي، لمجرد وجود دعوى مرفوعة حول ذات المنازعة أمام القاضي المصري، لأن مثل ذلك النظر يتعارض مع صريح نص المادة 298، الفقرة الرابعة، من قانون المرافعات المصري. وأيضا فإن المشرع المصري، لو أراد أن يشمل رفض إصدار الأمر تنفيذ الحالة، محل البحث لنص على ذلك، كما فعل غيره من مشرعي العالم، كالمشرع السويسري مثلا، الذي نص في المادة 27، الفقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية السويسري، على أنه: "لا يجوز الإعتراف بالحكم الأجنبي، إذا كانت هناك دعوى مرفوعة أمام المحاكم السويسرية بين نفس الخصوم، وتنصب على ذات الموضوع الذي فصل فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه".

كما أن ما نادى به الفريق الثاني، فيه مجافاة للأمور، لأنه ينطوي على تكرار إجراءات، لا سيما وأن تنفيذ الحكم الأجنبي، لا يتم إلا بعد التأكد من توافر شروط معينة، تضمن جدية الحكم ونزاهته وتحقيق العدالة منه بين الخصوم. فضلا على أن اتباع هذا الرأي، سيفسح المجال أمام الأطراف للتحايل والغش، إذ سرعان ما سيبادر الخصم سيئ النية، برفع دعوى أمام المحاكم المصرية حتى يعرقل سير خصومه التنفيذ في مصر، بما يعنيه ذلك، من الإضرار بمصالح الأفراد على مستوى التجارة الدولية.

لكل ذلك، نرى ترجيح الرأي الثالث، الذي يقضي، بأن للقاضي المصري، أن يصدر الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي بالرغم من وجود دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية، في ذات

الموضوع، وبين نفس الأشخاص، أو أن يوقف نظر الدعوى المرفوعة أمامه، إذا ثبت له جدية الإجراءات، وأنها تتبلور عن حكم واجب النفاذ في مصر.

- وأخيرا، وفي صدد تطبيق فكرة النظام العام، في مجال تنفيذ الأحكام التحكيمية في مصر، فقد سبق القول، بأن المادة 298، الفقرة الرابعة، من قانون المرافعات المصرية، قد نصت على أنه :" لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقيق مما يلي.... أن الحكم أو الأمر، لا يتضمن ما يخالف النظام العام، أو الآداب فيها".

وعلى ذلك، فإن فكرة النظام العام بصدد مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية (سواء كانت قضائية أو تحكيمية)، تؤدي دورا، لا يختلف في طبيعته، عن الوظيفة السلبية التي تؤديها تلك الفكرة في مجال تنازع القوانين. فهي تهدف وكأثر مترتب على إعمال فكرة النظام العام، إلى منع إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، الذي يبدو متعارضا مع الأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي المواد تنفيذ الحكم فيه.

- ويتحقق التعارض بين الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، وفكرة النظام العام في دولة القاضي، في حالتين:

الحالة الأولى: إنتهاك حقوق الدفاع من خلال الإجراءات التي اتبعت في إصدار الحكم:

ويسمى هذا الفرض بالنظام العام الإجرائي، كما يسميه الفقه الفرنسي. وبناء على ذلك، يجوز للمحاكم الوطنية رفض إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية التي صدرت بعد فترة وجيزة من مثول المدعي عليه أمام القاضي الذي أصدر هذه الأحكام المطلوب تنفيذها، أو تلك التي صدرت قبل إستلام المدعي عليه للتكليف بالحضور أمام القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم. وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي. ولكن السؤال الذي يطرح في هذا المجال، هو أنه هل يعد من قبيل مخالفة النظام العام بالمعنى الإجرائي عدم تسبيب الحكم؟

في الواقع، أن العديد من الأحكام القضائية الفرنسية، كانت تقضي برفض تنفيذ الأحكام الأجنبية التي كانت تخلو من بيان الأسباب التي قامت عليها، باعتبار أن عدم

التسبيب في حد ذاته، يعد متعارضا مع فكرة النظام العام. إلا أن القضاء الفرنسي الحديث قد عدل عن هذا الإتجاه، وقضى بأن عدم التسبيب، لا ينهض بذاته، مبررا كافيا لعدم تنفيذ الحكم الأجنبي، متى كانت الأوراق والمستندات المقدمة في خصومة التنفيذ، كافية لتمكين القاضي من الوقوف، على أن ما قضى به الحكم ليس فيه ما يتعارض مع النظام العام .

ولقد اتبعت محكمة النقض المصرية ذات الحل، حينما رفضت الطعن الذي نعى على الحكم المطعون فيه قضاؤه بتنفيذ حكم أجنبي صادر من محكمة الخرطوم العليا بالسودان، رغم خلوه من الأسباب الواقعية والقانونية، بما يجعله باطلا طبقا للمادة 347 من قانون المرافعات المصري القديم لتعلق هذه المسألة بالنظام العام في مصر، إلا أن المشرع المصري عدل عن ذلك، ولم يجعل تسبيب الحكم من عدمه أمرا متعلقا بالنظام العام، وذلك في إطار قانون التحكيم المصري الحالي. فالمشرع المصري، وإن أوجب تسبيب حكم التحكيم، إلا أنه أجاز للأطراف أن يتفقا على غير ذلك، أو إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، لا يشترط ذكر أسباب الحكم. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 43 من القانون المذكور، والتي سبق التعرض لها عند الحديث عن تسبيب الحكم، كشرط من شروط صحة حكم التحكيم[7].

الحالة الثانية: تعارض مضمون الحكم الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم:

فبالنسبة للشرط الثالث، الذي نصت عليه المادة 58 في فقرتها ج، والذي يتعلق بضرورة إعلان المحكوم عليه، إعلانا صحيحا لتنفيذ حكم التحكيم وفقا للقانون المصري، فتبدو الحكمة منه، ضمان سلامة الإجراءات التي يتعين توافرها لتنفيذ الحكم في مختلف القوانين. ويتطلب قانون المرافعات المصري، تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم تمثيلا صحيحا.

7- هشام صادق - المرجع السابق - صفحة 180.

وفي الحقيقة، أن هيئة التحكيم تكون ملزمة، بأن تسلم لكل طرف صورة من حكم التحكيم خلال ثلاثين يوما من صدوره، ولذا يصعب تحقق ذلك عملا، إلا في الحالات التي يمتنع فيها طرف من المشاركة في إجراءات التحكيم، كأن يرفض تعيين محكمة. وتتولى المحكمة ذلك وتصدر حكمها وفقا لما تحت يدها من مستندات[8].

تلك هي الأسباب التي يجب أن يتأكد القاضي من عدم وجودها عند صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي بحيث إذا توافرت إحداها، كأن يكون الحكم مخالفا للنظام العام في مصر، أو لم يتم إعلان المحكوم عليه إعلانا صحيحا وجب على القاضي رفض طلب التنفيذ.

ولقد وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز للقاضي رفض طلب التنفيذ لتوافر، أي سبب آخر، لأنه لا يعتبر جهة إستئناف، فلا شأن له بموضوع الحكم وسلامته وتقدير المحكمين، كما أنه لا يعتبر جهة مختصة بنظر صحة أو بطلان الحكم.

وتعتبر هذه الأسباب أو الشروط، بمثابة الحد الأدنى الذي يتصور تطلبه لتنفيذ أحكام التحكيم وفقا لأي قانون تحكيم آخر، حيث تم نقل هذه الشروط عن الشروط التي تتطلبها بعض الإتفاقيات الدولية، كإتفاقية نيويورك لعام 1958. ولذلك يرى بعض الفقه أنه كان من الأفضل بالمشرع المصري أن يعمم حالات رفض التنفيذ المقررة في الإتفاقية المذكورة لتجنب كافة الإحتمالات التي يتعين التفرقة بينها عند تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مصر.

ثانيا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة[9].

وفقا للقانون رقم 11 لسنة 1992، يجب أن تصادق المحكمة القضائية على الحكم التحكيمي. وتعتبر هذه المصادقة صيغة تنفيذية للحكم. وهذا ما نصت عليه المادة 215 من

8 ـ عذايث عبد الحميد ثابت– فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص ـ دار النهضة العربية ـ 1995– صفحة 52.

9 ـ صدر القانون رقم 11 لسنة 1992، في مارس 1992 ضمن قانون المرافعات المدنية ـ منشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 235، الصادر في 01 مارس 1992، وجاء التحكيم في الباب الثالث من هذا القانون الجديد من المادة 203 إلى المادة 218.

هذا القانون. وهكذا يصبح الطرف الذي كسب القضية، حائزا على مستند تنفيذي يمكنه إجراء الحجز وإشهار الإفلاس لتحصيل ديونه أو حقوقه.

وهنا نتساءل عن دور الطرفين في مصادقة المحكمة على الحكم، وحصول أحدهما على صيغة التنفيذ؟

الإجابة على السؤال تبدو في نقطتين؛

أولها، أنه في التحكيم الذي يتم عن طريق المحكمة يودع المحكمون مستنداتهم قلم كتاب المحكمة خلال 15 يوما، ويتم تحديد جلسة خلال 15 يوما يبلغ الطرفان بها وتكون مخصصة للمصادقة على الحكم، وبالتالي فإن المحكمة تمنح صيغة لتنفيذ الحكم التحكيمي، أو ترفض منحه خلال جلسة وجاهية.

ثانيها، في التحكيم الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة يسلم المحكمون صورة من الحكم لكل من الطرفين خلال خمسة أيام من صدوره، وللطرف الراغب في إعطاء الحكم صيغة التنفيذ أن يتقدم بطلب إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. والطرفان غير مقيدان بأي مهلة لمراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع للحصول على صيغة التنفيذ، وتطبيق القواعد الخاصة بالنفاذ المعجل على أحكام التحكيم (المادة 212 الفقرة الرابعة).

وبالتالي فإن الحكم التحكيمي، القابل للإستئناف يبقى صالحا للسير على طريق إجراءات التنفيذ من إيداع الحكم، إلى التبليغ، إلى جلسة المصادقة بالرغم من عدم فوات أجل الإستئناف.

وتتبع في شأن الحكم الصادر خارج دولة الإمارات، القواعد المقررة لأحكام المحكمين، الصادرة في بلد أجنبي. ولما كانت دولة الإمارات العربية، لم تنضم بعد إلى معاهدة نيويورك لسنة 1958، فإن الحكم التحكيمي، الصادر خارج دولة الإمارات ويراد تنفيذه فيها، يشترط فيه، أن يكون حائزا على صيغة التنفيذ من المحكمة القضائية في الدولة التي صدر فيها، ويشترط أيضا، أن يكون هذا الحكم الأجنبي صادرا عن قضاء بلد أجنبي يطبق مبدأ المعاملة بالمثل.

هذا ويخضع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الإمارات للإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها دولة الإمارات مع الدول الأخرى.

وقد إنضمت دولة الإمارات إلى إتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية في 06 أفريل 1983، وبموجب هذه الإتفاقية تكون أحكام التحكيم، قابلة للتنفيذ، في أي من الدولتين، ولا يجوز للسلطة القضائية التصدي لموضوع النزاع، ولا رفض تنفيذ الحكم التحكيمي، إلا إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم، لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم، أو إذا كان حكم التحكيم يستند إلى شرط أو عقد تحكيمي باطل، أو إذا كان المحكمون غير مختصين، أو لم يعلن الخصوم، أو كان الحكم مخالفا للنظام العام، أو لم يكن نهائيا.

ثالثا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية:

يحكم موضوع التحكيم التجاري الدولي في المملكة العربية السعودية، القانون رقم 46 لسنة 1983، ويصبح حكم التحكيم نهائيا وفق هذا القانون، واجب التنفيذ بموجب أمر بالتنفيذ، يصدر من الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع، بناء على طلب أحد الأطراف، وذلك بعد التثبيت من عدم وجود مانع من موانع تنفيذ الحكم شرعا، حيث نصت المادة 20 على أنه: "يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائيا، وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع، ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع تنفيذه شرعا.

ويذكر الفقه أن حكم التحكيم يصبح نهائيا في ثلاث حالات هي:

1) إذا لم يعترض أحد الخصوم على الحكم خلال 15 يوما من تاريخ إبلاغ الخصم بالحكم.

2) إذا رفضت الجهة المختصة الإعتراض على الحكم والمقدم من أحد الخصوم.

3) إذا فصلت الجهة المختصة في الإعتراض على الحكم، والذي تقدم به أحد الخصوم بعد قبولها هذا الإعتراض وصدور الحكم فيه. وبناء على ذلك يصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وحينئذ يصبح هذا الأمر سندا تنفيذيا، ويقوم كاتب الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع بتسليم المحكوم لصالحه الصورة التنفيذية لحكم التحكيم موضحا بها الأمر بالتنفيذ مذيلة بالصيغة الآتية:

"يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا القرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة، ولو أدى ذلك إلى إستعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة". وهذا ما يستفاد من نص المادة 44 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

وتأكيدا لذلك، نصت المادة21 من نظام التحكيم السعودي (رقم 46 لسنة 1983)، على أنه: "يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة من قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ".

– وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأنه لا بد من توافر الشروط التالية لإمكانية تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي في المملكة العربية السعودية، وهذا بعد أن انضمت المملكة لإتفاقية نيويورك لعام 1958.

1) صدور حكم من ديوان المظالم، بعد سماع أقوال الخصوم، يتضمن تنفيذ الحكم المراد تنفيذه في أرض المملكة العربية السعودية.

2) توافر مبدأ المعاملة بالمثل بين الدولة التي أصدرت الحكم والمملكة العربية السعودية.

3) ألا يتعارض الحكم المراد تنفيذه مع أحكام الشريعة الإسلامية (النظام العام).

4) أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه قد صدر على إقليم إحدى الدول الموقعة على إتفاقية نيويورك.

رابعا : تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقا للقانون الفرنسي الصادر في 12 مايو 1981 :

أضاف المشرع الفرنسي إلى قانون المرافعات الحديد الصادر في عام 1981، فصلا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك بالمرسوم الصادر في 12 مايو 1981، ذلك أن فرنسا من الدول التي لا تفرد قانونا مستقلا يعالج مسائل عملية التحكيم، سواء كان التحكيم وطنيا أم دوليا، وإنما تعالج ذلك بنصوص مواد معينة، جاءت ضمن قانون المرافعات.

- وعلى ذلك، فإن أحكام التحكيم الوطنية (أي التي تصدر في منازعات تكون جميع عناصرها فرنسية) يختص بأمر إصدار تنفيذها قاضي التنفيذ بالمحكمة الإبتدائية التي صدر حكم التحكيم في دائرتها. وهذا ما يستفاد من نص المادة 1477، الفقرة الأولى من القانون المذكور.

وعلى عكس الحال في تنفيذ الأحكام القضائية، يصدر الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية دون مواجهة بين الخصوم.

ويجب على طالب التنفيذ أن يودع بقلم كتاب المحكمة حكم التحكيم ونسخة من إتفاق التحكيم، ثم توضع الصيغة التنفيذية على الحكم، كما يجب تسبيب الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ.

أما بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية، فإن المادة 1500، تقوم بإحالة الأحكام الصادرة في الخارج، ويراد تنفيذها في فرنسا إلى المواد 1498 إلى 1507.

فوفقا للمادة 1476، يكتسب الحكم حجية الشيء المقضى فيه بالنسبة للنزاع الذي يفصل فيه بمجرد صدوره.

ووفقا للمادة 1498 يطلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الإقليم الفرنسي من قاضي التنفيذ. وينبغي للإعتراف وتنفيذ هذا الحكم إثبات صدوره، وذلك يكون بتقديم أصل الحكم، وأن لا يتضمن هذا الحكم ما يخالف النظام العام في فرنسا.

والمقصود بقاضي التنفيذ المشار إليه، هو القاضي الذي يقع في دائرته موطن المحكوم ضده، فإذا لم يكن له موطن، فالعبرة بالمكان الذي توجد فيه الأموال المراد التنفيذ عليها.

كما يجوز إستئناف الأمر الصادر برفض طلب تنفيذ الحكم، بخلاف الأمر الصادر بالتنفيذ، فلا يجوز إستئنافه، إلا في حالات معينة ومحدودة حددتها المادة 1502 في الآتي:

بطلان التحكيم أو إنقضاءه.

عدم إحترام قواعد تشكيل هيئة التحكيم حتى ولو كان محكما واحدا.

تجاوز هيئة التحكيم (أو المحكم) لحدود مهمته المنوطة به.

عدم إحترام مبدأ المواجهة.

ب. تعارض الحكم مع النظام العام الدولي

- ويبسط القانون الفرنسي الحجية على أحكام التحكيم أيا كان القانون المطبق وأيا كان المكان الذي صدر فيه الحكم، بيد أن المشرع الفرنسي قد حرص بموجب المادة 1476، على إبراز نطاق هذه الحجية من حيث الموضوع، ذلك أن نص هذه المادة يربط تلك الحجية ويخصها بما صدر من أحكام بخصوص النزاع المطروح.

كما تجدر الملاحظة إلى إختلاف حكم التحكيم الأجنبي، أي الحكم الصادر خارج فرنسا، أو الحكم الصادر في منازعة تتعلق بالتجارة الدولية. فبرغم التسوية بينهما وبين حكم التحكيم الداخلي بشأن إكتساب الحجية منذ لحظة صدور الحكم، إلا أن أحكام التحكيم غير الداخلية تصدر أيضا متمتعة بقوة الشيء المقضى، لأنها لا تخضع لطرق الطعن التي يخضع لها حكم التحكيم الداخلي.

لذلك يعتبر باطلا الشرط الذي ينص على إخضاع حكم التحكيم الصادر في الخارج أو الصادر في تحكيم دولي للطعن بالإستئناف، بل ويبطل شرط التحكيم نفسه إذا كان هذا الإشتراط يمثل نبذا جوهريا في شرط التحكيم. ولا يكون متاحا بالنسبة لأحكام التحكيم

الصادرة في الخارج، أو الصادرة في مواد التحكيم الدولي، إلا الطعن بإستئناف القرار الصادر بالإعتراف وتنفيذ الحكم في فرنسا يقتصر أثره على عدم نفاذ الحكم.

- أما أحكام التحكيم الصادرة في تحكيم دولي داخل فرنسا فيمكن الطعن فيها بالبطلان تأسيسا على ذات الأسباب التي تبرر إستئناف القرار الصادر بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادر في الخارج، أو في مواد التحكيم الدولي، كما يمكن أيضا إستئناف القرار الصادر برفض الإعتراف وتنفيذ الحكم أو رفض ذلك.

عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

د. عبد الفتاح تقية

أستاذ محاضر كلية الحقوق

جامعة الجزائر

إنّ عنونة الموضوع عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يعود للأسباب التالية :

ـ السبب الأول : إدراكا منا أن الطلاق تصرف خطير ،يجب أن يستعمل بحذر،وللضرورة القصوى، ولكون التصرف فيه قولي مقيد بالقصد ،من حيث هو تعبير بالإرادة المنفردة لكون أن الإرادة من حيث الاعتبار القانوني تتطلب السلامة من العيوب .

ـ السبب الثاني : كون أن الطلاق من حق الزوج ،فإرادته هي الأساس ،وعليه فمن الثابت أن يصنف هذا الحق ضمن الحقوق الإرادية ،والتي فيها الاستعمال مقيدا ومصدرها القانون ،فبمجرد استعماله من يملكه يترتب عليه الأثر القانوني ، كما وضح ذلك قانون الأسرة في المادة 48 (قانون رقم 05ـ09) المؤرخ في 04 مايو 2005) والتي تنص على ما يلي :

مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ،يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ،أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون .

ومن المفيد إشارة في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي أشار إلى إرادة الزوج المنفردة .

ـ السبب الثالث : كون أن حق الزوج في الطلاق ،يخضع إلى الشكل القانوني كما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة ما يلي لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

وعليه ينبغي حتى تصح إرادة الزوج لها الأثر القانوني لابد أن تستوفي الشكل القانوني المتمثل في العناصر الشكلية ،التي يتكون منها العمل القانوني مثل ،(الإجراءات الشكلية في رفع دعوى الطلاق) ومنه أيضا التقعيد والتأصيل لمسألة التصرف في الطلاق وتبيان وإظهار مدى أهمية مكانته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

أ ـ من حيث العوارض :

ويتعلق الوجه الأول تحديدا من حيث طلاق السفيه في الفقه الإسلامي: فهل يقع طلاقه أم لا يقع؟

أنّهُ لما كان السفيه يطلق عليه في العرف الاصطلاحي الفقهي تبذير المال والإسراف في إنفاقه على مقتضى العقل السليم ومن معانيه أيضا أنه عبارة عن التصرف في المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه، والإسراف مع قيام العقل وهو بذلك خلل يصيب التبذير عند الإنسان في التصرفات المالية لأن تصرفاته تكون حينئذ به وبمن هم تحت كافته فيجب

إيقافه وعليه فإن وجه موقف التشريع لهذه الحالة هو : وجوب توقيف السفيه عن مباشرة التصرفات المالية، ويكون هذا أمام الجهة القضائية التي تصدر بشأنه حكما بمنعه فيه بمباشرة التصرفات المالية أيا كانت طبيعتها ويطلق على هذا النوع من التصرفات القضائية حكم الحجر أي أنه ممنوع من التصرف بالمال، وعليه فمن المفيد أشارة في هذا السياق الوقوف على نطاق ومجالات السفه في الفقه الإسلامي .

* السفه وأهلية المكلف :

إن السفه لا ينافي أهليتي الوجوب والأداء عند المكلف لأنه لا يخل بالقدرة ظاهرا لسلامة البدن ولا باطنا لبقاء نور العقل بكماله ،إلا أن السفيه يكابر عقله في عمله فلا جرم يبقى أهلا لوجوب حقوق الله تعالى في الدنيا والآخرة وببقائه أهلا لوجوب حقوق الله تعالى بقي أهلا في حقوق العباد وهي التصرفات بطريق الأولى ،لأن حقوق الله أعظم إذ أنها تلزم في حق من هو غير مكتمل الحال ألا يرى أن الصبي أهل للتصرفات مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله تعالى،فمن هو أهل لإيجاب حقوق الله أولى أن يكون أهل لصحة التصرفات منه[1]

ويتضح لنا أن السفه لا يمنع أي حكم شرعي في حق المكلف كما لا يوجب سقوط الخطاب عن المكلف سواء حجر عليه أم لم يحجر، وعليه فإنه يتبين لنا أن السفه لا تأثير له على أهلية المكلف ،إنما تأثيره على رشد المكلف فإذا بلغ المكلف عاقلا رشيدا سلمت إليه أمواله وإن بلغ سفيها لا يحسن التصرف في أمواله حجر عليه في أمواله ،فالسفه إذن من العوارض التي ترد على الرشد دون الأهلية .

* متى يوجد السفه :

إذا تصرف المكلف في أمواله ،تصرفات منافية لما عليه التصرفات السليمة الموافقة لمقتضى العقل يمكن أن نعتبر مثل هذه التصرفات بأنها تصرفات سفيه إلاّ أن تحديد معالم السفه يعد محل اختلاف بين علماء الأمة وسأتولى بيانه على الكيفية التالية :

أولا : قول الشافعية : وهو أن السفه لا يتحقق إلا إذا كان الإسراف في المحرمات ،أما في الأمور المحللة في الشرع الإسلامي،فإنه لا يعد سفها فيها،وذلك كالإكثار من بناء المساجد والمستشفيات .

1- مرآة الأصول ص 35 .

ثانيا : قول الحنفية : ويتضمن أن السفه يكون متحققا متى وجد التبذير في التصرف سواء كان هذا التبذير فيما هو نفع محض للمكلف ،كبناء المدارس ،والمستشفيات، والمساجد، إذ قالوا بأن الإحسان والبر مرغوب فيهما ،إلاّ أن الإسراف حرام ،كالإسراف في المأكل والملبس والمشرب ،وبتعبير آخر كما وضحه ابن كثير بقوله : (ولا ترف في الإنفاق فتعطي وفق طاقتك ،وتخرج أكثر من دخلك فتقعد ملوما محسورا) [2] .

واستدلالا بقوله تعالى : (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) [3] .

وقوله تعالى : (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) [4] .

وبقوله تعالى : (وإنّ المبذرين كانوا إخوان الشياطين ،وكان الشيطان لربه كفورا) [5]

وقوله عز وجل : (يا بني ادم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنهُ لا يحب المسرفين [6] ،وسواء كان التبذير فيما هو شر محض،كدفع الأموال إلى الراقصات أو المغنيات وغيرها من التصرفات بثمن مرتفع جدا بحيث يكون الغبن فيه فاحشا [7] .

وعليه فوجوه الخلاف بين الشافعية ،والحنفية يمكن تحديده في اختلافهم في الحكمة من الحجر ،إذ يرى الشافعي أن الحكمة من الحجر هي الجزاء والعقوبة للفاسق الذي بذر أمواله وأضاعها فيما هو غير مباح، أما الحنفية فإنهم يرون أن الحكمة من الحجر هي : المحافظة على أموال السفيه ،وعدم تضيعها ،والإسراف عام سواء كان في الخير أو الشر إذ أنه يؤدي إلى الضياع المنهى عنه .

2 ـ تفسير ابن كثير : المجلد الخامس : ص67

3 ـ سورة الإسراء الآية 29 .

4 ـ سورة الفرقان الآية 67 .

5 ـ سورة الإسراء 27 .

6 ـ سورة الأعراف 31 .

7 ـ شرح نور الأنوار على المنار حـ 2 ص 301 .

* في تسليم المال للسفيه :

المكلف عند بلوغه إما أن يبلغ عاقلا رشيدا وإما أن يبلغ سفيها .

فإذا بلغ سفيها ،فالاتفاق إلاّ تسلم إليه أمواله استدلالا بقوله عز وجل " **ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما** "[8] .

إن الآية الكريمة تتضمن توجيهين هما :

- التوجيه الأول : أن يكون المعني على ظاهره ،أي" يا أيها الأولياء لا تأتوا السفهاء من الأزواج والأولاد أموالكم التي جعل الله فيها لكم قياما"لأنهم يضيعونها بلا تدبير ثم تحتاجون إليها لأجل نفقاتهم ولا يؤتونكم ،وبهذا التوجيه لا تكون الآية مما نحن فيه .

- التوجيه الثاني : أن يكون معنى أموالكم : أموالهم ،وإنما أضيفت إليهم لأجل القيام بتدبيرها.

وحينئذ يكون تمسكا لما نحن فيه أي لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم فيها تدبيرها ويدل على هذا المعنى قوله تعالى : فيما بعد الآية المتقدمة : " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "فالآية الكريمة أفادت وجوب الحجر على السفيه للحفاظ على أمواله:

إلاّ أن هذا السفه لو استمر من البلوغ إلى فترة طويلة من عمر الإنسان كأن يتجاوز الخامس والعشرين مثلا : فهل يستمر الحجر على تصرفاته المالية أم لا ؟

إن الجواب على هذه المسألة هو محل اختلاف بين جمهور الفقهاء وبين الإمام أبي حنيفة وهذا الاختلاف على تفصيله كالأتي :

أولا : قول الإمام أبي حنيفة :

ويتضمن هذا القول أن الإنسان المكلف،إذا بلغ سفيها يستمر الحجر عليه إلى حين بلوغه سن 25، وبعبارة أخرى كأن قول أبي حنيفة في الحجر على السفيه،لا يتحقق إلاّ بتوفير شرطين هما:

8- سورة النساء الآية 5

الشرط الأول : أن يبلغ المكلف سفيها .

الشرط الثاني : ألاّ يكون سن السفيه قد تجاوزت25 من عمره .

فإذا تجاوز السفيه سن 25 وكان محجورا عليه ،يرفع هذا الحجر عنده وتحديد هذه السن عند أبي حنفية راجع لكون الشخص يمكن أن يكون فيه جدا .

وبلوغ الإنسان هذه السن المحددة [9] مظنة تحقق الرشد عنده وإن بلغ سفيها وقد استدل الإمام أبي حنيفة على رأيه هذا بعدة أدلة وهي :

أ ـ استدل بقوله تعالى : " **فإذا أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** "

وجه الإستدلال هو : أن حرف الفاء ورد للوصل والتعقيب ،أي أن تعليق إيتاء المال بإيناس من الرشد قاصر على وقت البلوغ ،والفترة التي تلحق البلوغ مباشرة ،أما بعد ذلك فإيتاء المال غير معلق بأي شيء .

ب ـ إن اتصل السفه بالبلوغ فما هو إلا أثر الصبا كبقاء عينه فيما يتعلق بمنع المال لذلك يجب أن يؤتى السفيه ماله إذا انتهى أثر الصبا ،وهو حتما ينتهي ببلوغه 25 عاما ،لذا يرى أبو حنيفة أن الشخص لو بلغ عاقلا ثم سفه لا يحجر عليه ،لأن السفه ليس بأثر من أثار الصبا [10]

جـ ـ إنه يرى أنّ منع المال عن السفيه ما هو إلا عملية تأديب له، والاشتغال بالتأديب بعد بلوغه هذه السن ليس مجديا ،إذ الطباع تكون قد تأصلت في النفوس ،ولا يمكن إجتذاذها منها بهذه الأدلة استدل الإمام أبوا حنيفة على عدم الحجر على السفيه البالغ عند بلوغه سن 25 عاما .

ثانيا : قول الجمهور : لقد ذهب جمهور من العلماء ،إلى القول أن السفه ليس له مدة محددة في عمر الإنسان ،إنما متى ثبت أن الشخص سفيه، يجب أن يحجر عليه في تصرفاته المالية أيّا كانت سنّهُ التي هو عليها لذا بلغ الشخص سفيها يمنع من التصرفات، ويبقى المنع قائما في حقه ما لم يؤنس منه الرشد ،وإن استمر ذلك إلى نهاية حياته .

9 ـ التقرير والتحبير : جـ2 ، ص 201 .

10 ـ نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي ص 256 .

واستدلوا بقولهم هذا بعدة أدلة هي :

أ ـ استدلوا بقوله عز وجل : " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " .

وجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى قد قرن دفع الأموال لأصحابها بإيناس الرشد منهم وجاء هذا التعبير مطلقا غير مقيد بسن معينة من سن عمر الإنسان فاعتبر تحقق الرشد من المكلف موجبا لدفع المال إليه ،وإلا فلا يدفع المال للسفيه ،لأن معنى الرشد هو صلاحية المكلف لإدارة أمواله ورعاية مصالحه ،وذلك باهتدائه إلى ضبط أمواله ،وحسن التصرف فيها ،وقيل في معنى الرشد أيضا بأنه صلاح في الدين وحفظ للمال [11] وهذه المعاني لا تتحقق مع السفه .

ـ استدلوا : لأقوال الأئمة من الفقهاء والتي تضمنت عدم رفع الحجر عن السفيه إذا بلغ سنا معينة ، وهذه الأقوال هي :

1 ـ يروى عن الإمام الشعبي رضي الله عنه أنه قال في تفسيره للآية الكريمة المتقدمة الذكر (بأنه لا يدفع إلى اليتيم ماله ،وإن شمط [12] ما لم يؤنس رشده .

2ـ يروى عن الضحاك رضي الله عنه أنه قال لا يعطي اليتيم ماله وإن بلغ 100 سنة ،حتى يعلم منه إصلاح ماله [13] .

3ـ ـ وقال الإمام ابن قدامة رضي الله عنه (لا يدفع إلى السفيه ماله قبل وجد البلوغ، والرشد ولو صار شيخا) [14] .

وعليه فمن خلال أدلتهم، نرى أن رأيهم هو الرجح ،وذلك بلزوم استمرارية الحجر على السفيه حتى يؤنس منه الرشد ،انطلاقا من القاعدة الأصولية والتي تؤكد دوران الحكم مع علته فمتى وجدت العلة ،وجد الحكم، ومتى انتفت العلة انتفى الحكم .

11 ـ تفسير روح المعاني للألوسي حـ 4 ، ص 407 .

12 ـ شمط : بفتح السين وكسر الميم معناها خالط الشيب سواد شعره .

13 ـ الجامع لأحكام القران : حـ 5 ، ص 37 .

14 ـ مباحث الحكم عند الأصوليين حـ 1 ، ص 303 .

فتطبيق هذه القاعدة على السفيه ،يكون الحكم في حق السفيه أن الحجر قائم في حقه، ما دام سفيها ،لأن الحكم منوط بعلته وهي السفه ،وهذا يؤدي إلى انتفاء تحديد سن معينة إذ أن السن لم تكن علة للحكم .

ومن المفيد إشارة في هذا الصددأن هناك حالة أخرى جديرة بالذكر في هذا المقام ،إلاّ وهي : إذا بلغ الإنسان عاقلا، واستمر على هذه الحال، لمدة من الزمن بحيث مارس خلالها إدارة أمواله، ورعاية مصالحه ،ثم أصيب بعد ذلك بالسفه فهل في مثل هذه الحالة يحجر عليه في تصرفاته المالية أم لا ؟

إن الحكم في هذه المسألة محل اختلاف بين العلماء، والاختلاف يتمثل على النحو التالي :

القول الأول للجمهور : ويتضمن لزوم الحجر، على تصرفاته المالية واستدلوا على قولهم هذا بالأدلة الآتية وهي :

1 ـ استدلوا من القرآن الكريم بطائفة من الآيات وهي :

أ ـ قوله تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها وأكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا " [15] .

وجه الاستدلال : أن المراد بالسفهاء هنا هم الجهلاء في تدبير أموالهم ،وكيفية رعايتها والمحافظة عليها فوجوب الحجر عليهم يأتي من النهي عن إتيانهم أموالهم ،والسماح للأولياء بالتصرف فيها لصالح السفهاء ،على أن يقوموا بالإنفاق عليهم من أموالهم ،بما يسد حاجتهم إلى الطعام ،والشراب والكساء إذ الآية تفيد وجوب الاتجار في أموالهم حتى يكون الإنفاق عليهم من الربح لا من رأس المال ،لأنه لو تركت هذه الأموال من غير استثمار، وتشغيل لأدى هذا إلى نفادها بالإنفاق على أصحابها وهذا مخالف لمضمون الآية: " وارزقوهم فيها واكسوهم " لأنه لو لم يجب الاتجار ،والإنفاق من ربحه لقال تعالى : "وارزقوهم منها "أي من ذات المال [16] .

15 ـ سورة النساء الآية 05.

16 ـ مباحث الحكم عند الأصوليين حـ 1 ، ص 304 .

ب ـ استدلوا بقوله عز وجل : " فإن كان الذي عليه الحق سفيها،أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل "[17] .

وجه الاستدلال : هو أن السفيه هنا هو الكبير البالغ لمقابلته بالضعيف، الذي هو الصغير كما تفيد الآية أيضا أن السفيه ،لا يستطيع أن يباشر بنفسه صيغة عقد المداينة بل يباشره الولي نيابة عنه وهذا يستلزم أن يكون محجورا عليه[18] .

جـ ـ استدلوا بما جاء في السنة النبوية من إفادة الحجر على السفيه عند أداء تصرفه إلى تبذير الأموال ، والإسراف فيها ،كقوله صلى الله عليه وسلم : " كلوا واشربوا والبسوا و تصدقوا من غير إسراف ولا مخيلة "[19] . واستدلوا بما رواه المغيرة بن شعبة من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة المال وإذا كان في تصرفات السفيه ضياع ماله فلزم الحجر على تصرفاته صونا لماله ، وحفاظا عليه من الضياع، والتبذير .

ء ـ استدلوا بالقياس والمصلحة العامة للمسلمين .

لقد استدلوا على رأيهم بالقياس على منح المال، فإنه إنما منح عنه ليبقى ملكه ،ولا يزول بالإتلاف ،فلا بد من منع نفاذ التصرفات ،وإلاّ لأبطل ملكه بإتلافه بالتصرفات ولم يكن المولى في الحفظ إلا الكلفة والمؤنة [20]

واستدلوا أيضا بالمصلحة العامة للمسلمين حيث أنها تقتضي الحجر على السفيه ،لأن السفيه باستلافه المال وإسرافه فيه يصبح مطية لديون العباد ،ومظنة لوجوب النفقة عليه من بيت مال المسلمين وبهذا يصير على المسلمين وبالا ،وعلى بيت مالهم عيالا .

---

17 ـ سورة البقرة الآية 282 .

18 ـ عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ص 145 .

19 ـ صحيح البخاري شرح العيني حـ 21 ، ص 294 .

20 ـ شرح التلويح على التوضيح حـ 2 ، ص 500 .

* زواج السفيه وطلاقه :

إن الاتفاق قائم بين الحنفية والمالكية على صحة تولي السفيه زواج نفسه بنفسه، وذلك لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود بكل أنواعها ،ومنها عقد النكاح ،أما بالنسبة للحنابلة ،فينظروا إلى حاجة السفيه إلى الزواج فإذا كانت الحاجة موجودة عنده جاز له أن يتولى تزويج نفسه بنفسه ،وإن لم يأذن له الولي بذلك لأنه صاحب المصلحة المحضة بالنسبة للنكاح ، فرجحت هذه المصلحة على التبعات المالية أما إذا لم يكن محتاجا للزواج، فلا يصح منه الزواج إلا بإذن وليه وذلك لترتيب التبعات المالية عليه [21] .

أما قول الشافعية في هذه المسألة فهو أنه لا يصح زواج السفيه عندهم إلا بإذن وليه، وذلك بالنظر لترتب التبعات المالية على هذا الزواج ،وكل تصرف مالي لا يصح عندهم من السفيه كما في البيع والشراء ،إلا أنه توجد رواية في مذهبهم تتضمن أنه ،إذا طلب السفيه الزواج وامتنع وليه جاز له أن يزوج نفسه ويصح العقد بعبارته ،وذلك لامتناع الولي عن تزويجه [22]

وقول الأئمة المتقدم والذي تضمن جواز تولي السفيه تزويج نفسه بنفسه مشروطا بالا يزيد المهر الذي يقدمه على مهر المثل .

أما طلاق السفيه : فإن الاتفاق حاصل بين جمهور العلماء على صحة وقوعه منه ،لأنه من التصرفات التي لا تقبل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق " ويتعذر على الولي أن يباشر إيقاع الطلاق بنفسه، على زوجه السفيه [23] لأن هذا التصرف مخالف لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : " الطلاق لمن أخذ بالساق " .

21 ـ المغنى لابن قدامة حـ 6 ، ص 500 .

22 ـ عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون .

23 ـ مباحث الحكم عند الأصوليين حـ 1 ، ص 311 .

وقد خالف اتفاق العلماء في هذه المسألة ابن أبي ليلي رحمه الله إذ قال بعد صحة وقوع طلاق السفيه ،لأن البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه فلم يملك التصرف فيه كالمال .

* خلع السفيه :

إذا أراد الزوج السفيه ،أو الزوجة السفيهة أن يتخالعا فإن خلعهما صحيح لأن عبارتهما معتبرة شرعا ،إلاّ أنه لا يجوز لأي منهما أن يقبض البدل المالي للخلع ،لأنه عوض فإذا كانت الزوجة سفيهة واختلعت من زوجها وقع الطلاق ولم يجب المال ،لأن بدل الخلع تبرع والسفيهة ليست من أهل التبرع ،أما وقوع الطلاق فيرجع إلى أن الخلع يتم باتحاد القبول مع الإيجاب ولا يتوقف على وجوب البدل [24] .

أما إذا كان السفيه هو الزوج فالطلاق واقع منه إلاّ أنّ المخالعة لا يجوز لها أن تدفع بدل الخلع للزوج ،إنما يلزمها دفعه لمن له الولاية على السفيه ،وإذا حصل أن دفعته للزوج فهي ضامنة له ،إن أتلفه الزوج أو أتلف المال بيده ،لأمر خارج عن إرادته لا تبرأ ذمتها بدفعها بدل المال إليه [25] .

موقف التشريع من العوارض : إن طلاق السفيه في قانون الأسرة بموجب المادة 85 منه يقع لكون تصرفاته غير نافذة ،طالما أنّه عديم الأهلية في هذه الحالة في نظر القانون ، وعلى ذالك فإن طلق رجل سفيه وكان محجورا عليه ،فإن طلاقه لا يقع إذا استظهرت زوجته الحكم القضائي بالحجر عليه ،وهذا ما تقتضي به المادة أعلاه ،وقد ذهب البعض من الفقهاء على ضرورة إيقاف طلاق السفيه وهذا في نظرنا يعد الرأي الوحيد الذي يبرر موقف المشرع الذي كان عليه أن يخصص له مادة واضحة في التشريع ،أو يجعله ناقص

24 ـ عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ص 182 .

25 ـ شرح التوضيح : حـ 2 ، ص 192 ، وكشف الأسرار : حـ 4 ، ص 1492 .

الأهلية فتحكمه وتضبطه القواعد العامة ويكون يتعامل في هذا الصدد مع حكم من أحكام الفقه الإسلامي في الطلاق، وعليه فمن المفيد ملاحظة في هذا الشأن من حيث الواقع أن السفيه لا يعتبر عديم الأهلية باعتبار أنّ له كامل القوة العقلية ،ولا يمكن أن يلحق بالمجنون و المعتوه ،وكل ما يعيبه هو أنّه مبذر ،وينفق ماله في غير مقتضى العقل و الشرع،وكثيرا ما يكون السفيه وارثا للثروة لم يتعب في جمعها ، فيبذرها دون اكتراث .

ولقد ورد في هذا الشأن تعريف محكمة النقض المصرية ما تعلق بالسفيه وهو كما يلي:

" السفه هو الضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس ،وبأنها الصفة المميزة على خلاف مقتضى العقل،والشرع " وفي حكم سابق لهذه المحكمة عرفت السفه بما يلي :

" أنّه من العوارض التي لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية ،وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإرادة وحسن التقدير " ومن المفيد ،إشارة في هذا الصدد ما جاء به المرحوم الأستاذ / الدكتور/ "علي سليمان " في إطار التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة ،حيث عرض وجهة نظره في هذه المسألة قائلا : (لقد سارت كل القوانين العربية على اعتبار السفيه ناقص الأهلية ،إذا أن السفيه ليس خللا في العقل وإنما هو سوء في التقدير ،ولذالك فإن قانون الأسرة / 84ـ 11 آنذاك) خاطئ في إلحاق السفيه بالمجنون ،والمعتوه ، واعتباره عديم الأهلية ،وكان القانون المدني على حق في اعتباره ناقص الأهلية بموجب المادة 43 منه، والتي تقابل المواد 115 التقنين المصري 115 من التقنين الليبي ،116 سوري ،والمادة 127 مدني أردني " وعليه ورغم التعديل الجديد

(القانون رقم 05 ـ 09) مازال المشرع في غموضه وعدم إظهار وسيان المسألة أعلاه .

ومنه أيضا فإن المشرع في رأينا لم يتناول في تشريعه طلاق السفيه وذا الغفلة لاعتبار منه أنها أحكام مقترنة بالشريعة الإسلامية الغراء ،وأن المادة 222 من نفس القانون تعتبر الإحالة الأصل،ولكونها من مفضلات أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي طبقا لما ورد في صلبها ما يلي:

(كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) .

موقف القضاء : إن السفيه بالمفهوم المشار إليه سلفا ،وبعد أن يتقدم أمام الجهة القضائية للحجر عليه ،فإن ذالك كله يقتصر على الجانب المالي في حياته ،فلا يملك بعدها أي تصرف مالي ولكنه كما قال جمهور الفقهاء : " يملك أن يزوج نفسه ،وبالتالي يملك حق طلاق زوجته ،فمتى أراد طلاقها ونطق به طلقت منه كان طلاقه نافذا وصحيحا ، لكون أن السفيه كامل القوى العقلية .

وعليه فإنه في نظرنا ما تعلق بأن السفيه يزوج نفسه ،ويملك حق الطلاق ففي هذا الكلام اعتراض ،إذ أن السفيه الذي لا يملك التصرف في أمواله لعدم رشده،وللدلالة على اضطراب عقله ،وضعف تدبيره ،فكيف نسمح له بطلاق زوجته ؟ وهل هذا أقل أهمية وأضعف أثارا من التصرف في القليل من أمواله ؟

وحتى من الناحية المالية ليس في الطلاق تبعات مالية من دفع صداق ونفقة العدة ،وقد يسبب له الطلاق ،الزواج ثانية فيكبده أموالا أخرى ؟

وعليه فإننا نرى أنّ من لا يحسن التصرف في أمواله ،جدير به ألاّ يحسن التصرف في بيته فيسيء إلى زوجته فيطلقها إنه من الثابت شرعا وقانونا أن من المصلحة أن يحجر على السفيه في طلاقه ،كما يحجر عليه في أمواله .

أما ما تعلق بالوجه الثاني تحديدا : من حيث طلاق المريض مرض الموت

يقصد بطلاق المريض مرض الموت : هو من غلبت عليه حالت الهلاك وأصبحت حالت الموت والفناء متصلة به ،اتصالا قويا ،بحيث أصبحت عضلاته تفنى شيئا فشيئا ،وتستقبل نهايتها المحتومة بحيث وجد ظرف يغلب فيه احتمال الموت حالا على احتمال الحياة ومنه أيضا ما عرفته مجلة الأحكام العدلية بما يلي :

(هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ،ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إذا كان من الذكور،ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره إذا كان من الإناث ،ويموت عن ذالك الحال قبل مرور سنة ،سواء كان صاحب فراش أم لم يكن وإن

امتد مرضه،ومضت عليه سنة ،وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله) .

كما عرّف أيضا : " المراد بمرض الموت من أعجز عن القيام بواجباته ويكون مرضه من الأمراض التي لا يرجى برءها " .

ومنه أيضا : (بأنه هو الذي يغلب على صاحبه الهلاك ،وتتصل به واقعة الموت لاعتباره حالة على العقد والاختيار) .

ومنه أيضا :(بأنه مرض يحدث منه الموت غالبا ،وتكون تصرفات الشخص تخضع للموت المرتقب المرصود) .

وعرفه القضاء المصري ما يلي : " أن طلاق المريض مرض الموت هو ممن كان ملازما للفراش طوال مدة مرضه ،إذ ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله لمباشرة أي عمل من أعماله العادية " .

وعليه نجد المشرع قد سكت عن أحكام طلاق المريض مرض الموت وأوجب الرجوع فيها إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الأسرة والمرجعية الأصل لهذا النوع من الأحكام الشرعية .

أنّه من المفيد ملاحظة : إذا طلق المريض وهو في مرض الموت زوجته ومات ،فإن كان طلاقا رجعيا فالزوجة في هذه الحالة ترثه لكونها مازالت في العدة فلا تزال زوجته ،أمّا إذا كان الطلاق بائنا فالأصل أن لا ترث لأن الزوجة تبين وتكشف بالطلاق البائن فلا ميراث لها

ومنه أيضا : أن الفقه الإسلامي لاحظ أن من يطلق زوجته بدون رضاها ،وهو مريض مرض الموت ،إنما يقصد بذلك التهرب من الميراث لذلك أطلق عليه فقهاء بطلاق الفرار وهو بهذا يرد عليه قصده .

إن المشرع عندما سكت عن هذه المسألة في التشريع،وأحال فيها إلى مرجعية أحكام، ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ،ليس معنى هذا أنه أغفلها، وأهملها،أو أسقطها ،وإنما

كانت إحالته إلى الأصل في هذا النوع من الأحكام ،وكما عودنا في تشريعه لمسائل حالة الأشخاص الطبيعية فإنه يقعدها ،ويؤصلها بالمذهب السائد والجاري العمل به إلاّ وهو المذهب المالكي.

ومنه كان استقرار الاجتهاد القضائي، والذي في بعض الأحيان حين تقتضي ضرورة المسألة الوقوف على ضرورة المصلحة .

إن ما تعلق بمسألة أحكام المريض مرض الموت ،فإنه يعتدُّ بالمذهب المالكي والذي يجعل الإثم مردود على صاحبه فنظرا أن الزوج قصد حرمان امرأته من الميراث فهي ترثه إذا مات أثناء العدة .

وعليه فإن ما نستخلصه في هذه المسألة من حيث التصرف النتائج التالية :

النتيجة الأولى : إذا تعسف الرجل في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته،اعتبر الشارع هذا فرارا من الميراث فرد عليه قصده بتوريثها منه، ويعتبر هذا التصرف من حيث طبيعته القانونية صورة من صور التعسف في الطلاق .

النتيجة الثانية : إن المشرع قد اكتفى بنص المادة 132 (من قانون 05-09) .

ما تعلق بالتوريث في حالة وفاة أحد الزوجين حيث ورد في صلب المادة المذكورة أعلاه ما يلي : (إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق ،استحق الحي منهما الإرث) .

النتيجة الثالثة : إن المشرع قد أخضع طلاق الفرار كحالة أمام الجهة القضائية أي وجوب إصدار حكم به من المحكمة لأنه يعتبره صورة من صور التعسف .

قائمة المراجع

1 ـ أ.د . أبو زهرة محمد / ـ الأحوال الشخصية ،دار الفكر القاهرة ط 57 .

2 ـ أ.د . بدران أبو العينين بدران /ـ الزواج والطلاق في الإسلام،دار النهضة لبنان ط 3.ح1

3 ـ ابن الجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة ج 4 .

4 ـ ابن الجزيري / القوانين الفقهية ص 229 .

5 ـ الدرديري / الشرح الكبير 2 /427 .

6 ـ أ.د . على علي سليمان / ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري/ ديوان المطبوعات الجامعية 1990.

7 ـ مجلة الأحكام العدلية / المادة 1595 العدد 12 . س 2 .

8 ـ الخرشي علي الخليل / كتاب الشرح جـ 3 ، ص 155

9 ـ أ.د . محمد محي الدين عبد الحميد / الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط 1 الناشر دار الكتاب العربي سنة 1984 .

10 ـ أ.د . كمال محمد الإمام / أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2000 . ـ القاهرة

11 ـ الإمام الشوكاني / فتح القدير 15/5 .

12 ـ أ.د . محمد صبحي نجم / محاضرات في قانون الأسرة .ط 2 . 1988 .

13 ـ أبو عمر يوسف عبد الله عمر القرطبي / الكافي في فقه أهل المدينة جـ 2 ، ص 572 دار النفائس سنة 1968 .

14 ـ السيوطي / الأشباه والنظائر حـ 3 ص 661 .

15 ـ أ.د . محمد زاهد الكوثري / بوادر الإشفاق في أحكام الطلاق . ط 1 حراء للطباعة السعودية 2006.

16 ـ أ.د . بلحاج العربي / دراسات قانونية بعنوان (طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، العدد 03 من سنة 1990 .

17 ـ أ.د . فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني/ دار النهضة العربية ،القاهرة ط 1977 .

18 ـ أ.د . عبد الرحمان الصابوني / مدى حرية الزوجية في الطلاق .

19 ـ أ.د . عبد الحميد عثمان محمد / المفيد في شرح القانون المدني صـ 2 الناشر / دار النهضة العربية ط 1977 .

20 ـ مجموعة من قرارات محكمة النقض التالية :

(النقض المصرية رقم 201، ورقم 49 ورقم 368 ـ النقض السورية رقم 2001 ورقم 325 ورقم 186) .

المحكمة العليا الجزائرية قرار رقم 181648 وقرار رقم 41560 وقرار غير منشور رقم 35891.

21 ـ وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب (جامعة الدول العربية) في إطار مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية رقم الوثائق التالية (175 ، 176 ، 177، 178 ،179 ، 200) .

التمييز الإيجابي والشريعة الإسلامية

بقلم د: أعمر يحياوي

كلية الحقوق - جامعة تيزي وزو

ملخص

اعتبر واضعو الميثاق العربي لحقوق الإنسان (2004) أن اللامساواة بين الجنسين الواردة في الشريعة الإسلامية من قبيل التمييز الإيجابي المعروف دوليا ولاسيما في اتفاقية إلغاء كلّ أشكال التمييز تجاه النساء. أوّل ما يتبادر إلى الذهن هو أنّ القرآن الكريم يستعمل مصطلح "التفضيل". لذلك يتعيّن إجراء مقارنة مركزة بين التمييز الإيجابي والتفضيل من نواحي المعنى والباعث وميدان التطبيق.

وبعد التحليل توصلنا إلى:

1 - التفضيل القرآني والتمييز الإيجابي الدولي مصطلحان متباينان.

2 - أحكام التفضيل أصيلة ودائمة بينما التمييز الإيجابي إجراءات ترقيعية ووقتية.

3 - الغرض من التفضيل هو إقامة نموذج حياة مستقرة ومتوازنة أما التمييز الإيجابي لا يصلح لعلاج مشاكل النساء باعتراف واضعيه أنفسهم (لجنة القضاء على التمييز ضد النساء).

RÈsumÈ

Les fondateurs de la charte arabe des droits de l'homme (2004) considèrent que l'inégalité entre les deux sexes édictée par le droit musulman n'est que la discrimination positive proclamée au niveau international et plus spécialement dans la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Díemblée, on peut affirmer que le Saint Coran, selon la traduction, parle de «Faveurs». Ainsi, il s'agit de faire une comparaison très concise entre la discrimination positive et les «faveurs» des points de vue conception, cause et champ díapplication.

Il ressort de notre analyse ce qui suit:

1 - Les «faveurs» coraniques divergent avec la discrimination positive internationale.

2 - Les préceptes découlant des «faveurs» sont originels et perpétuels par contre la discrimination positive est un ensemble de procédures de rafistolage et momentanées.

3 - Les «faveurs» visent à instaurer un mode de vie stable et équilibrée. Quant à la discrimination positive, elle ne peut remédier aux problèmes des femmes comme le reconnaissent les fondateurs de cette institution eux mÍme (le comité pour l'élimination de la discrimination contre les femmes).

مقدمة

التمييز الإيجابي عمل قانوني دولي استحدثته اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (1979) لتأمين المساواة الفعلية بين الجنسين في مجالات الحقوق المدنيّة والسياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة والثقافيّة. وفي إطار الميثاق العربي لحقوق الإنسان (2004) نصّت المادة الثالثة، الفقرة الثالثة منه على أنّ » الرجل والمرأة متساويان في الكرامة الإنسانيّة، والحقوق والواجبات، في ظل التمييز الإيجابي الذي أقرّته الشريعة الإسلاميّة والشرائع السماويّة الأخرى والتشريعات والمواثيق النافذة لصالح المرأة... «. فهل حقيقة يعتبر التمييز بين الذكر والأنثى الوارد في الشريعة الإسلاميّة من قبيل التمييز الإيجابي كما هو مقرر دوليًا لصالح المرأة؟ لذلك نعكف في هذا البحث على دراسة ماهية التمييز الإيجابي ومجاله.

أوّلا - ماهية التمييز الإيجابي:

فما مدلول هذا التمييز ومبرراته؟

1 - المدلول: يجد التمييز الإيجابيPositive discrimination أساسه، على المستوى الدولي، في المادة الرابعة، الفقرة الأولى من اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة. لكن واضعي النص استعملوا عبارة الإجراءات الخاصّة المؤقتة Temporary special measures. فالتمييز الإيجابي لا يختلف معناه عن الإجراءات الخاصّة المؤقتة، وهو تعبير لجنة القضاء على التمييز ضد النساء عند تفسير المادة الرابعة، الفقرة الأولى سالفة الذكر، التي لم تكتف بهذا المصطلح (التمييز الإيجابي) فحسب، بل أضافت مصطلحات أخرى مثل الإجراءات الخاصّة Special measures، والعمل الإيجابي Affirmative or positive action والإجراءات الإيجابية Positive measures والتمييز المخالف Reverse discrimination، للدلالة على المعنى نفسه[1]. فما دمنا بصدد تحليل المادة الثالثة،

1 -Para 17 of the General Recommendation n∞25 (thirtieth session, 2004) of the Committee of the Elimination of Discrimination Against Women, in the website of the United Nations (www.un.org).

RÈsumÈ

Les fondateurs de la charte arabe des droits de l'homme (2004) considèrent que l'inégalité entre les deux sexes édictée par le droit musulman n'est que la discrimination positive proclamée au niveau international et plus spécialement dans la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Díemblée, on peut affirmer que le Saint Coran, selon la traduction, parle de «Faveurs». Ainsi, il s'agit de faire une comparaison très concise entre la discrimination positive et les «faveurs» des points de vue conception, cause et champ díapplication.

Il ressort de notre analyse ce qui suit:

1 - Les «faveurs» coraniques divergent avec la discrimination positive internationale.

2 - Les préceptes découlant des «faveurs» sont originels et perpétuels par contre la discrimination positive est un ensemble de procédures de rafistolage et momentanées.

3 - Les «faveurs» visent à instaurer un mode de vie stable et équilibrée. Quant à la discrimination positive, elle ne peut remédier aux problèmes des femmes comme le reconnaissent les fondateurs de cette institution eux mÍme (le comité pour l'élimination de la discrimination contre les femmes).

مقدمة

التمييز الإيجابي عمل قانوني دولي استحدثته اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (1979) لتأمين المساواة الفعلية بين الجنسين في مجالات الحقوق المدنيّة والسياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة والثقافيّة. وفي إطار الميثاق العربي لحقوق الإنسان (2004) نصّت المادة الثالثة، الفقرة الثالثة منه على أنّ » الرجل والمرأة متساويان في الكرامة الإنسانيّة، والحقوق والواجبات، في ظل التمييز الإيجابي الذي أقرّته الشريعة الإسلاميّة والشرائع السماويّة الأخرى والتشريعات والمواثيق النافذة لصالح المرأة... «. فهل حقيقة يعتبر التمييز بين الذكر والأنثى الوارد في الشريعة الإسلاميّة من قبيل التمييز الإيجابي كما هو مقرر دوليًا لصالح المرأة؟ لذلك نعكف في هذا البحث على دراسة ماهية التمييز الإيجابي ومجاله.

أوّلا - ماهية التمييز الإيجابي:

فما مدلول هذا التمييز ومبرراته؟

1 - المدلول: يجد التمييز الإيجابيPositive discrimination أساسه، على المستوى الدولي، في المادة الرابعة، الفقرة الأولى من اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة. لكن واضعي النص استعملوا عبارة الإجراءات الخاصّة المؤقتة Temporary special measures. فالتمييز الإيجابي لا يختلف معناه عن الإجراءات الخاصّة المؤقتة، وهو تعبير لجنة القضاء على التمييز ضد النساء عند تفسير المادة الرابعة، الفقرة الأولى سالفة الذكر، التي لم تكتف بهذا المصطلح (التمييز الإيجابي) فحسب، بل أضافت مصطلحات أخرى مثل الإجراءات الخاصّة Special measures، والعمل الإيجابي Affirmative or positive action والإجراءات الإيجابية Positive measures والتمييز المخالف Reverse discrimination، للدلالة على المعنى نفسه[1]. فما دمنا بصدد تحليل المادة الثالثة،

1 -Para 17 of the General Recommendation n∞25 (thirtieth session, 2004) of the Committee of the Elimination of Discrimination Against Women, in the website of the United Nations (www.un.org).

الفقرة الثالثة من الميثاق العربي لحقوق الإنسان نستعمل هنا التمييز الإيجابي فقط الذي يعتبره هذا الميثاق مما تقرّه الشريعة الإسلامية عندما أفصح أنّ المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة يجب أن تفهم في إطار التمييز الإيجابي المعروف دولياً لصالح المرأة لتبرير اللامساواة أو التمييز بين الجنسين الوارد في الشريعة الإسلامية.

التمييز الإيجابي بتعبير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة هو مجموعة من الوسائل القانونية (تشريعات ولوائح) والسياسات (برامج الدعم وإعادة توزيع الموارد، معاملة تفضيلية، نظام الحصص) التي تستهدف تحقيق المساواة الفعلية بين الرجال والنساء في الواقع المعيش في جميع ميادين حقوق الإنسان[2]. ولعلّ أحسن مثال في هذا الجانب أن يتساوى عدد النساء مع عدد الرجال في البرلمان أو في أية هيئة أخرى.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لا وجود لمصطلح التمييز بل التفضيل. قال تعالى في كتابه العزيز: (وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا اكْتَسَبْنَ...)[3]. وقال أيضاً: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ...)[4]. وتترتب عن ذلك مجموعة من الفوارق أو بعض أوجه اللامساواة التي يُفضَّل بها الرجل على المرأة ولاسيما في مجالات الولاية والطلاق والميراث. وتلك هي الدرجة التي يتميز بها عليها كما يؤكّده قوله تعالى: (... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ...)[5].

التمييز الإيجابي كما لاحظنا، من وجهة القانون الدولي، يعد أداة لدعم المساواة النظرية بين الجنسين بتبني إجراءات وطرائق تحمل في طياتها التمييز تجاه الرجل،

2 - The General Recommendation n∞ 25 of the Committee of the Elimination of Discrimination Against Women, op. cit., paras 18 and 22.

3 - الآية 32 من سورة النساء.

4 - الآية 34 من سورة النساء.

5 - الآية 228 من سورة البقرة.

ولكنها تهدف إلى تصويب الأمر الواقع المتمثل في اللامساواة بين الجنسين في الممارسة. وبالتالي، فرغم أن مثل هذه الإجراءات تعتبر تمييزية، إلاّ أنّها ضرورية وإيجابية لتحقيق هدف نبيل هو المساواة بين الرجل والمرأة في الواقع العملي المعيش في شتى مجالات الحقوق.

أما التفضيل الوارد في القرآن الكريم، فيختلف في جوهره عن ذلك التمييز الإيجابي المنصوص عليه دولياً، لأن الأحكام المترتبة عنه والتي تحمل فوارق بين الجنسين، إنّما هي أحكام أصيلة نظم من خلالها الشارع الحكيم العلاقة بين الرجل والمرأة أحسن تنظيم. فمثلا، قد يبدو أن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين مجحفة بالمرأة. لكن الشارع لما ألزم الرجل بالإنفاق على الأسرة وأعفى المرأة من هذا الواجب، فإنّ ذلك يجعلها تقتصد مالها المتحصل عليه من الإرث والعمل على وجه الخصوص، لتواجه به عوادي الدهر. وهو العلاج الأمثل لآفة الفقر التي تتخبط فيها المرأة أكثر من الرجل[6].

2 ـ المبررات: لقد تمّ تكريس المساواة بين الجنسين في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) [7]، والاتفاقية الدوليّة الخاصّة بالحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثقافيّة (1966) [8]، والاتفاقية الدوليّة المتعلّقة بالحقوق المدنيّة والسياسيّة (1966)[9].

غير أنه من أجل ترسيخ هذه المساواة في الأذهان، تبنى المجتمع الدولي نصوصاً أكثر تفصيلا لحقوق المرأة، ولاسيما إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة (1967)، واتفاقية إلغاء كلّ أشكال التمييز تجاه النساء (1979). وكأن الجماعة الدوليّة في هذه المرحلة، استهدفت توعية الجميع بمكانة المرأة في المجتمع. وفي الوقت نفسه تبنت إجراءات الحماية لدعم الحقوق النظريّة للمرأة.

---

6 ـ يعالج القانون الدولي مشكلة الفقر التي تعانيها النساء بواسطة التمييز الإيجابي، من خلال برامج الدعم وإعادة توزيع الموارد كما أوصت بذلك لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة. غير أن هذا الحل ليس ناجعاً لأنه يتوقف على مدى قدرة الدولة على الإنفاق العام على أوسع نطاق...

7 ـ المادتان 2 و7.

8 ـ المواد 2، 3، 7 و10.

9 ـ المواد 2، 3، 4، 6، 23، 25 و26.

لذلك نصّت المادة الرابعة من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على إجراءات خاصّة مؤقتة للإسراع في تحقيق المساواة الفعليّة بين الرجال والنساء، مادامت اللامساواة لم تختف في الواقع رغم النصّ على المساواة في القانون نظرياً.

حقاً، يثبت الواقع الدولي أن النساء ضحايا اللامساواة في جميع الميادين. ومن ذلك ما يأتي:

- شيوع ظاهرة العنف ضد النساء بكافة أشكاله (العنف العائلي، الزنا بين المحارم، الإكراه على الدعارة...) [10].

- اتساع دائرة الفقر لدى النساء (70% من الفقراء في العالم هم نساء)[11] وما ترتب عن ذلك من تفشي آفة الأميّة لديهن (تمثّل النساء أكثر من 3/2 الأميين في العالم)[12].

- ضعف التمثيل السياسي للنساء (تمثّل النساء 10 من أعضاء الهيئات التشريعية عبر العالم[13]، وما بين10 و20 في الوظيفة العامّة في مختلف البلدان[14]).

إذن لم تكف المساواة النظريّة أو الشكليّة المنصوص عليها في القانون لتحقيق تكافؤ الفرص بين الجنسين في الواقع العملي. ومن ثمة فإنّ معاملة النساء بطريقة مخالفة عن الرجال، أو بشكل تفضيلي لهن، أو بالأحرى التمييز الإيجابي أمر مسوغ ومبرر لبلوغ هدف المساواة في الممارسة أو المساواة الفعليّة. وعليه، فإنّ معالجة ظواهر العنف والفقر والإقصاء السياسي للنساء لا يكون، حسب القانون الدولي، إلاّ ببرامج دعم المتضررات،

10 - Rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, conformément à la résolution 1995/85 de la commision des droits de líhomme. Nations Unies, Document E/CN. 4/1996/53 du 5 février 1996, 51 pages.

11 - Mary Robinson, «Editorial», Review Human Rights of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Spring 2000, p 3.

12 - Beijing Platform for Action (1995), para 70.

13 - Beijing Platform for Action (1995), para 182.

14 - Centre pour les Droits de líHomme, Discrimination à L'égard des femmes: La convention et le comité, Fiche d'information N° 22, Genève, Février 1995, p 3.

وإعادة توزيع المداخيل عليهن، ومنحهن حصصاً في الهيئات الرسمية بغض النظر عن نتائج الاقتراع أو مبدأ الكفاءة والجدارة.

يتجلّى ممّا سبق أنّ التمييز الإيجابي لصالح المرأة مُبرَّر باللامساواة الملاحظة في أرض الواقع، والتي وقعت النساء ضحايا لها في كلّ بقاع العالم وفي جميع مجالات حقوق الإنسان. فكيف يُبرَّر التفضيل الوارد في القرآن الكريم؟

ارتضى الشارع (الوحي الإلهي) أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة على نسق يحقق الاستقرار في الأسرة والمجتمع. ولم يترك ذلك لتجارب الزمان حتّى لا يضيع ذخر الإنسانية. ففضّل الرجل على المرأة في بعض المجالات (الولاية والطلاق والميراث) نظراً للقوامة التي يتميز بها في الأسرة.

لا تعود هذه القوامة إلى صفة ذاتية في جنس الذكر، وإنّما إلى صفة تكليفية فيه، باعتباره يؤدي المهر والنفقة والكُلف الواجبة عليه لها في كتاب الله وسنة نبيه وبالتالي، فله الفضل عليها، فحقّ له أن يكون قيّماً عليها[15].

فالبون شاسع إذن بين التمييز الإيجابي المقرّر دولياً لصالح المرأة وتفضيل الرجل الوارد في شريعة الإسلام، لأنه على خلاف التمييز الإيجابي الذي هو إجراء يراد منه الحدّ من اللامساواة التي تعانيها المرأة، فإنّ التفضيل نظام ربانيّ لتكامل شطري الإنسانية[16] ـ الرجل والمرأة ـ في إطار تقابل الحقوق والواجبات بما يحقق راحة ورفاهية كلّ منهما وليس نظاماً مؤسَّساً لمواجهة التمييز الذي يعانيه الرجل أو الذي تشكوه المرأة.

والآن ما هي المجالات التي يمكن أن يطبق فيها التمييز الإيجابي؟

15 ـ تفسير القرآن العظيم لابن كثير، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، 2002، ص 445.

16 ـ عبارة "شطري الإنسانية" مجازية فحسب لأن أصل الإنسان واحد. قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ...) الآية 1 من سورة النساء.

ثانيًا ـ مجال التمييز الإيجابي :

ونميز بين مجالين: مجال موضوعي ومجال زماني.

1 ـ مجال موضوعي : سبق الذكر أن التمييز الإيجابي مبررٌ بعدم تمتع المرأة بحقوقها على قدم المساواة مع الرجل في شتى مجالات حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية. ومن ثمّة يتعيّن تطبيق التمييز الإيجابي كلما كانت هناك معاناة النساء في مجال معيّن من الحقوق. ويختلف نوع الإجراء واجب الاتخاذ لصالحهن حسب كلّ حالة على حدة، وهو ما يخضع لتقدير السلطة العامّة في كلّ بلد. وبصفة عامّة يمكن مواجهة العنف ببرامج الدعم، والفقر بإعادة توزيع المداخيل، والإقصاء السياسي بنظام الحصص... الخ.

أما تفضيل الرجل على المرأة في الشريعة الإسلامية فيتحدد في مجالات محدودة، وبشروط مشدّدة، وبالقدر الذي يخدم مصلحة الأسرة والمجتمع ويضمن السعادة الإنسانية. ويمكن إجمال أُطر هذا التفضيل فيما يأتي:

أ ـ الولاية في الزواج، لقوله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ...)[17]. وقول النبي (» أيّمَا امرأة نُكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل «[18].

ب ـ تعدّد الزوجات، عملاً بالآية الكريمة: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ...)[19].

جـ ـ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ...)[20].

---

17 ـ الآية 32 من سورة النور.

18 ـ رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة.

19 ـ الآية 3 من سورة النساء.

20 ـ الآية 1 من سورة الطلاق.

د ـ الميراث، إذ يأخذ الأولاد والإخوة للذكر ضعف الأنثى كما يقول تعالى في كتابه الكريم: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ...)[21]، (... وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ...) [22].

هـ ـ الشهادة: قال تعالى في آية الدين: (... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...) [23].

تبين لنا أن التمييز الإيجابي المقرر دولياً، ينبغي إعماله كلّما كان هناك تمييز ضد المرأة أو بالأحرى يُطبق على جميع الحقوق دون استثناء. بينما التفضيل الذي تقرّه الشريعة الإسلامية ينحصر، باستثناء الشهادة، في بعض الحقوق في الأسرة فحسب، ولا يسع هذا البحث للتطرق إلى سمو شريعة الإسلام في هذا الجانب[24].

2 ـ مجال زماني: يعتبر التمييز الإيجابي إجراءً مؤقتاً لمعالجة وضع تمييزي تعانيه النساء. لكن قد يكون تطبيق أحد إجراءات هذا التمييز لزمان طويل يتحدّد بالنتيجة المحققة في مكافحة التمييز الواقعي. فإذا انتفت اللامساواة الفعليّة وجب إلغاء الإجراء المتخذ[25].

إذا كان التمييز الإيجابي المقرّر دولياً لا يعدّ ضرورياً إلى الأبد، فإنّ التفضيل الوارد في القرآن الكريم يجب تطبيقه بصفة مطلقة وإلى الأبد، لأنّ الأحكام التي تتضمن هذا التفضيل في الأطر السابقة إمّا قطعية أو مندرجة في الحريات الفردية.

---

21 ـ الآية 11 من سورة النساء.

22 ـ الآية 176 من سورة النساء.

23 ـ الآية 282 من سورة البقرة.

24 ـ صحيح أنّ مجال تفضيل الرجل على المرأة يتعارض مع حقوق الإنسان لكن قواعد الشريعة الإسلامية أنصفت المرأة أكثر من القانون الدولي الذي ما زال ناقصاً. وقد أسهبنا في ذلك، في رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه في القانون، بعنوان: المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، والتي تمّت مناقشتها في جامعة مولود معمري، تيزي وزو بتاريخ 30 جوان 2007، انظر ص 213 ـ 265 .

25 - The Committee's General Recommendation N° 25, op.cit., para 20.

حقاً، يعتبر التفضيل في مجالات الولاية على الزواج والميراث والشهادة مما لا يمكن مخالفته، لأنّ الشارع الحكيم لم يدع مجالا لتأويل الأحكام المتعلّقة بها، إذ إنه يرتب البطلان على مخالفتها أو يصيغها في صيغة الأمر بما يفيد الوجوب أو يدرجها في الحدود التي يجب عدم المساس بها كما جاء ذلك في ختام أحكام المواريث في سورة النساء. قال تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ (وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ)[26].

أما التفضيل في مجالي تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فهو مما يدخل في المباحات أو الحريات العامّة بالمفهوم العصري، لأنّ الأحكام التي تتضمنهما (تعدد الزوجات والطلاق) محمولة على التخيير حسب حاجات كلّ فرد. ولا يجوز للمشرّع أيّاً كان أن يمنع هاتين الحريتين مهما يطل الزمان لأنّ في ذلك ضرراً وحرجاً شديدين...

23 ـ الآيتان 13 ـ 14 من سورة النساء.

خاتمـــة :

من خلال هذا العرض الوجيز، نصل إلى أنّ تفضيل الرجل على المرأة، أو بالأحرى اللامساواة أو التمييز في الحقوق بين الجنسين كما هو وارد في الشريعة الإسلامية، لا يدخل في عداد التمييز الإيجابي المقرّر دولياً لصالح المرأة، لأن الأحكام التي تتضمن تفضيل الذكر على الأنثى، سواء في القرآن العظيم أو في سنّة النبي الكريم صلى اللّه عليه وسلم، إنّما هي أحكام أصيلة ودائمة، أُريدَ منها إقامة نموذج حياة مستقرّة ومتوازنة. بينما التمييز الإيجابي لا يعدو أن يكون إجراءات ترقيعية ووقتية، لا تصلح أن تعالج مشاكل النساء. وهو ما أفصحت عنه لجنة القضاء على التمييز ضد النساء عندما قالت: » ... لا يمكن تطبيق الإجراءات الخاصّة المؤقتة وفقاً لكلّ مواد الاتفاقية... «[27] أي اتفاقية إلغاء كلّ أشكال التمييز تجاه النساء.

" ...the application of temporary special measures may not be possible under all the articles of the convention...

لذلك لا يصح تشبيه التفضيل القرآني بالتمييز الإيجابي الدولي. لكن، يبدو أن واضعي الميثاق العربي لحقوق الإنسان حاولوا بهذا النهج، وبكلّ انهزامية Defaitisme، تبرير وتمرير تمييز الرجل عن المرأة في صك دولي لحقوق الإنسان عوض وضع المبدأ بكلّ جرأة كبديل للنموذج الغربي للمساواة لبلوغ السعادة لبني الإنسان كافة. وفي ذلك فليتدبر المتدبرون... قال تعالى: (كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ لِيَدَّبَّرُوا آيَاتِهِ وَلِيَتَذَكَّرَ أُولُو الْأَلْبَابِ)[28].

27 -The Committee?s General Recommendation N? 25, op. cit., para 39.

28 - الآية 29 من سورة ص.

المراجع :

القرآن الكريم.

1ـ تفسير القرآن العظيم لابن كثير، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، 2002.

2ـ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948).

3ـ إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة (1967).

4ـ الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966).

5ـ الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية (1966).

6ـ اتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة (1979).

7ـ الميثاق العربي لحقوق الإنسان (2004).

8 - Mary Robinson, «Editorial», Review Human Rights of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Spring 2000.

9 - Centre pour les Droits de l'Homme, Discrimination à l'égard des femmes:La convention et le comité, Fiche d'information N° 22, Genève, Février 1995.

10 -Rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, conformément à la résolution 1995/85 de la commision des droits de l'homme. Nations Unies, Document E/CN. 4/1996/53 du 5 février 1996.

11 - Beijing Platform for Action (1995).

12 - The General Recommendation N° 25 (thirtieth session, 2004) of the Committee of the Elimination of Discrimination Against Women, in the website of the United Nations (www.un.org).

قياس الفساد وتحليل ميكانيزمات مكافحته
ـ دراسة اقتصادية حول الجزائر ـ

بقلم : د. خلفي علي*

د. خليل عبد القادر

RÈsumÈ:

La corruption est un ancien phénomène dont les formes et les causes sont multiples , sous paroxysme síest aggravé ces dernières années du fait des mutations mondiales et des changement internes , il est devenu par conséquence le problème le plus inquiétant pour le nouvel ordre mondial .

Un tel constat nous pousse à lien cerner ce concept, le bien mesurer, lien déterminer son coût et trouver les moyens appropries pour le freiner.

Dans ce contexte nous avons essayé de répondre à la problématique suivante:

Comment peut on mesurer la corruption et quels sont les mécanismes qui permettent de lutter contre ce phénomène au niveau local et international?

ملخص :

الفساد ظاهرة اقتصادية اجتماعية قديمة قدم المجتمع البشري، متعدد الصور والأسباب، تفاقمت حدته في السنوات الأخيرة بسبب التحولات العالمية والمتغيرات الداخلية، وأضحى أهم مشكلات النظام العالمي الجديد، مما تطلّب ضبط مفهومه وقياسه وتحديد كلفته وإيجاد السبل المناسبة للحد منه، وهو ما قمنا به عبر الإجابة عن الإشكالية التالية: كيف يمكن قياس الفساد، وما هي ميكانيزمات مكافحته (محليا ودوليا) ؟

الكلمات المفتاحية : الفساد ـ الحكم الراشد ـ الشفافية ـ الحوكمة ـ المساءلة ـ الرشوة.

* 1ـ أستاذ محاضر بكلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر

العنوان الإلكتروني: Khalfi_ali2003@yahoo.fr

2ـ أستاذ مساعد "أ" بمعهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بالمدية.

العنوان الإلكتروني: Khelil_ aek @ yahoo.fr

مقدمة :

تمثلُ ظاهرة الفساد الاقتصادي إحدى الظواهر التي وجدت على مرّ التاريخ، وتحولت في الوقت الحاضر إلى مشكلة رئيسية تواجه النظام العالمي الجديد، إذ يحوّل الموارد من مجالات التنمية ويقوّض ثقة المجتمع في السلطة الحاكمة. والفساد كظاهرة اقتصادية اجتماعية تتعدد صورهُ وأساليبهُ ومستوياتهُ، وموجود في العالم بدرجات متفاوتة، وأشد أنواع الفساد يتجذّر في الدول النامية.

ويتجه العالم اليوم إلى محاولة تجفيف منابع الفساد ومحاربته بالتنسيق الأفقي والعمودي، واعتبرت المنظمات الدولية أن سبب عدم نجاح الإصلاحات الاقتصادية المدعومة يرجع لطبيعة التنفيذ وليس للبرامج المقدمة ، وبذلك تغيّر مفهوم البنك والصندوق الدوليين من " المشروطية" إلى " الانتقائية" التمويلية.

ونظراً لاتساع نطاق ظاهرة الفساد في السنوات الأخيرة عند الدول النامية وخاصة الجزائر، ولخطورة آثاره الاقتصادية وتبعاته، دفعني الفضول العلمي أن أسهم مع غيري الباحثين على اختلاف مناهجهم في بحث هذا الموضوع. ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التالية: كيف يمكن قياس الفساد، وماهي ميكانيزمات مكافحته؟ وقصد توضيح هذه الإشكالية نطرح الأسئلة التالية:

- ما هو مفهوم الفساد؟
- ما علاقة الفساد بالشفافية، المساءلة، الحكم الراشد والرشوة؟
- كيف يتم قياس الفساد، وما هي أهم المنظمات الدولية المهتمة بذلك؟
- ما هي أهم مؤشرات قياس الفساد ؟
- ما هي ميكانيزمات مكافحته (محليا ودوليا) ؟

يهدف هذا المقال إلى تعميق دراسة ظاهرة الفساد، بتحديد مفهومها الاقتصادي وكيفية قياسها استنادا للمؤشرات الدولية، مع تقديم سبل الحد منها.

واستندناً في بحثنا هذا على المنهج الوصفي، اعتمادا على المصادر والأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع، وأما هيكل البحث فيشتمل على المحاور التالية:

- عموميات حول الفساد.
- قياس الفساد وتكلفته.
- ميكانيزمات مكافحة الفساد.

أولا: عموميات حول الفساد

يُعتبرُ شيوع الفساد من أهمّ أسباب الضعف الداخلي والخارجي للدول، والفساد في جوهره هو حالة تفكك تعتري الدول لأسباب عديدة متشابكة، بعضها محلية وأخرى خارجية ترتبط بالنظام العالمي الجديد[1]. ولفهم الموضوع نتناول مفهوم الفساد، وأهم المصطلحات المرتبطة بتعريفه كالشفافية والمساءلة والرشوة والحوكمة.

1 ـ مفهوم الفساد: هو مصطلح له معان عديدة[2]، وفي أوسع الصور يتمثل في سوء استخدام المنصب لغايات شخصية[3]، ويمثّل انحراف عن الواجبات الرسمية لمنصب عام بالتعيين أو الانتخاب لأجل الحصول على مكاسب تتعلق بالثروة أو المكانة[4]، وكان ولا يزال جزءا من الحياة الاقتصادية والسياسية والإدارية منذ زمن طويل، ولعل السبب الجوهري في ذلك هو تعدد أشكاله ووسائله وأهدافه[5]. ولنا في التاريخ أمثلة عديدة عن سقوط إمبراطوريات ودول بسبب الفساد، والجدير بالذكر أنه ظاهرة آخذة في التفاقم لدرجة تهديد مجتمعات بالجمود والانهيار، ويتأثر بالعولمة بحيث لم يعد شأنا داخليا[6].

كما يقصد بالفساد الاقتصادي أيضا استعمال السلطة العامة لتحقيق منافع خاصة سواء كان من طرف السلطة التنفيذية أو التشريعية أو القضائية[7]. ويمكن استنتاج (06) معايير تحدد أنواع الفساد، وتتعلق بنوع الفئة المطبقة وحجم الفساد وتنظيمه ونطاقه، وكذلك طبيعة العلاقة بين طرفي الفساد وعدد أطراف العلاقة نفسها[8]، وأما Johnston فيصنفه إلى (03) أقسام: عرضي (فردي)، مؤسسي، منتظم (ممتد)[9].

أما بالنسبة لصور الفساد فتتعلق بالرشوة، الابتزاز، المحسوبية،استغلال النفوذ، استغلال "مال التعجيل" وهو المال المدفوع لموظفي الحكومة لتعجيل النظر في أمر محدد يقع ضمن نطاق اختصاصهم، واختلاس أموال عامة ويتميز الفساد بأربع صفات هي[10] : - ظاهرة عامة - ظاهرة قديمة - ظاهرة ملازمة لمرحلة التحول - له نتائج جدّ وخيمة وبعض الايجابيات المتحفظ عنها.

واتفق المختصون على أن الفساد مصطلح فني يُعبّر عن جرائم الاتّجار بالوظيفة العامة أو الاعتداء على المال العام في شكل ظاهرة يعاني منها المجتمع، وهو مجال ضيق للفساد والمجال الأوسع له يعني الحصول على كسب خاص أو منفعة شخصية. و لا بأس من تقديم بعض التعاريف المتداولة للفساد وهي :

- تعريف البنك الدولي: هو" إساءة استعمال السلطة العامة لتحقيق مكسب خاص، ويشمل القطاع العام والقطاع الخاص، وينتشر عالميا، ويتدرج من الرشوة إلى عمليات استغلال النفوذ، التبيض، أنشطة الجريمة المنظمة وغيرها.

- تعريف **Johnston**: يعرفه بإساءة استخدام الأدوار "تقصيد الوظائف" العامة أو الموارد العامة، بغرض المنفعة الخاصة[11].

- تعريف **Huntington**: في دراسة له لعملية التنمية، يرى أن الفساد هو أحد المعايير الدالة على غياب المؤسسة السياسية الفعالة، خلال فترة التحديث الواسعة التي شهدها عصرنا الحالي[12].

– تعريف ألاتس: يعني الفسادُ إخضاع المصالح العامة لأهداف خاصة، ثم انتهاك الأنماط المقبولة للواجب والمصلحة العامة، ويرى كذلك أنه يكون عادة مصحوباً بالسرّية واللامبالاة لأيّ نتائج قد تتمخّضُ عنه وتؤدي إلى معاناة الجمهور، وتوصل ألاتس إلى عدة خصائص للفساد هي[13]:

- عادة يشترك أكثر من شخص في الفساد؛
- تتصف أعمال الفساد بالسرية؛

- يتضمن الفساد عامل الالتزام المتبادل والمصلحة المتبادلة؛
- يشملُ التمويه في أنشطة الفساد؛
- يشمل الفساد أولئك الذين يحتاجون لقرارات محددة، وأولئك الذين يستطيعون التأثير في هذه القرارات؛
- ينطوي الفساد على الخديعة، والتحايل عادة على جهة الحكومة؛
- يعتبر أي شكل من أشكال الفساد خيانة للثقة؛
- يقع مقترفو الفساد في تناقض بين أدوارهم في الحياة العامة وأدوارهم في الحياة الخاصة؛
- كل أعمال الفساد تُشكّلُ خرقاً وانتهاكاً لأنماط الواجب والمسؤولية وأخيرا يمكن إعطاء معادلة الفساد كما يلي[14]:

الفساد = احتكار القوة + الإفتقار للشفافية – المساءلة ⟵ (01)

وبالنظر للكتابات المختلفة حول تعريف الفساد، نجدُ أنّ المنطلق الأساسي لتعريفه هي الصور الشائعة للفساد، وهي[15]: الرشوة، المحسوبية، استغلال المنصب العام، وشراء أصوات الناخبين[16]. كما نستنتج من التعريفات السابقة للفساد، أنها تتّفقُ حول الغاية منه، وهي الحصول على كسبٍ خاصٍ أو منفعةٍ شخصيةٍ، وأمّا الوسيلة فكانتْ محلَّ خلاف.

ويتّصفُ الفسادُ بأنّهُ يتمُّ من خلالِ أطرٍ شبكيةٍ معقّدة، وليس مجرّد ممارساتٍ فردية، ويُعيدُ إنتاج نفسه ضمن الحلقة المُفرغة للفساد.

2 ـ الشفافية والمساءلة: الشفافية بمفهومها البسيط[17]، عبارة عن ظاهرة تقاسم المعلومات والتصرف بطريقة مكشوفة، بحيث تضع سلسلة واسعة من المعلومات في متناول الجميع. وتعني أيضا توفر إجراءات واضحة لكيفية صنع القرار على الصعيد العام، كما تُعرّفُ كذلك بالفتح التام لقنوات الاتصال بين أصحاب المصلحة والمسؤولين، وتعتبر أداة مهمة جدا لمحاربة الفساد الإداري.

من متطلبات الشفافية الكشف عن مختلف القواعد والأنظمة والتعليمات والإجراءات والآليات المعتمدة، وترتبط الشفافية بقوة بالفساد الإداري والمساءلة. وتجدرُ الإشارة أن العمل بالحكومة الالكترونية يترافق مع مفهوم الشفافية في كافة مراحلها تخطيطا وتصميما وتطبيقا. كما يصفُ البعض الشفافية بـ"قوّة المعرفة"، ذلك انّه عندما يطّلع المواطنون على الأداء الحكومي، يصبحون في وضع أفضل للضغط على موظفي الدولة لأداء مهامهم لأجل الصالح العام، وتتضمّن المبادرات الحديثة في تدعيم الشفافية ما يلي[18]:

- مدونة سلوك صندوق النقد الدولي للممارسات الجيدة بخصوص الشفافية المالية الصادرة في 1998 ، والتي تمّ تحديثها عام 2001 ، والتي تستند على (04) مباديء جوهرية: وضوح الأدوار والمسئوليات، وإتاحة الأدوار العامة وعمليات الميزانية المفتوحة، وضمانات النزاهة .

- مباديء الحكومة الإلكترونية: تسمح للمهتمين من استخدام الإنترنيت في خدمات تتعلّق بالدّفع المالي والاستيراد ، ومتابعة القضايا أمام المحاكم والجمارك .

- قوانين "حرية المعلومات" التي صدرت في عدّة بلدان (50 بلدا لغاية 2004).

- مبادرة بعض الدول بنشر معلومات حول مسار النفقات العمومية .

- مبادرات بعض الدول النامية حول نشر الإيرادات الناجمة عن قطاعات النفط والغاز والتعدين.

وإذا ارتبطت الشفافية بالفساد الإداري، فإن المساءلة ترتبط بالفساد السياسي، وبالتالي فإن المسؤولين عن الحكم في كل مستوياته الهرمية ولمختلف السلطات (التشريعية، التنفيذية، القضائية) خاضعين للمساءلة من طرف منتخبهم و/ أو ممن يُخَوّلُ لهم القانون ذلك، ويمكنُ معاقبتهم وعزلهم للحفاظ على المال العام ومصالح المجتمع، وهنا نكون أمام وضع أحسن في تخصيص الموارد وتحسين مستوى أداء الاقتصاد، ولذلك تعتبر عادة المؤسسات الديمقراطية قنوات للتأثير تتضاءل فيها فرص الفساد، مع

إمكانية أن تكون مُضلّلةً ومحفزة للممارسات الفاسدة على نحو ما يحدث في بعض الدول كالهند مثلاً، ويتوقف الأمر هنا على ديناميكية الحياة السياسية ذاتها[19].

3 ـ الرشوة: تعتبر الرشوة نموذجا للفساد الاقتصادي وإحدى أهم مظاهره، وللرشوة عدة صور تختلف حسب الزمان والمكان (هدية، قهوة، تشيبة، ....) ، وهي ظاهرةٌ لصيقةٌ بالحياة في كل المجتمعات، وتختلف من مجتمع للآخر وفق جانبين (حجم الظاهرة، ومظاهرها)[20]. وتترك الرشوة آثارا اقتصادية تتجلى من خلال ضعف الاستثمار وسوء المحاسبة الاقتصادية[21].

وتفترضُ الرشوة ـ عادة ـ اشتراك شخصين في اقترافها، فالمانحُ لها هو سبب بها، والملتقي لها هو أداة لتنفيذها، وتمثل نشاطا إجراميا، ينجم عنها ما يسمى الرشوة السلبية والرشوة الإيجابية ، ونعني بالأولى إقدام المرتشي على طلبها، وأما الثانية فتعني أن الراشي هو من يعرضها[22]. وسنعود لاحقا لاستعراض طريقة قياسها.

4ـ الحوكمة: بدأ الاهتمام بها لأول مرة عام 1989 في تقرير للبنك الدولي عن الدول الإفريقية جنوب الصحراء على أساس أن فشل الإصلاحات المدعومة حسبه يرجع للتنفيذ لا لمحتوى السياسات[23]. وتزايد الاهتمام به بحلول الألفية الثالثة وأصبح يُمَثِّلُ ركناً أساسياً في استراتيجيات الهيئات المانحة، وبالتالي فمفهوم الحوكمة لم يعد يمثل هدفاً يراد تحقيقه من أجل التنمية، ولكنه صار شرطاً لتخصيص المعونة.

وحتى عام 1992 كان يركز البنك الدولي على البعد الاجتماعي للحوكمة، وأضاف لها البعد السياسي سنة 1994، كما قام الصندوق عام 1998 بإعداد ميثاق الممارسات الصالحة للشفافية المالية، وتمتْ مراجعته عام 2001.

إذن تهتمُ الحوكمة بالدرجة الأولى بالآليات والصيرورات والعلاقات والمؤسسات، التي بواسطتها يتبنى المواطنون والمجموعات مصالحهم، ويمارسون حقوقهم ويقومون بواجباتهم، ويتحقق الحكم الجيد (الحوكمة) بالمشاركة والشفافية والمساءلة، وأهم الأطراف الفاعلين فيها هم الدولة والقطاع الخاص والمجتمع المدني[24].

وبذلك، فالحوكمة مفهوم حديث يهتم بكيفية تدخل الدولة لا بحجمها، من خلال الحكم الراشد في إدارة الموارد الاقتصادية والاجتماعية اللازمة للتنمية، ويطلق عليها أيضا اسم الحكمانية (الحكمنة) أو الحكم الراشد أو الحكم الرشيد). وحسب البنك الدولي فإن مفهوم الحوكمة يتضمن العناصر التالية:[25]

* إدارة القطاع العام * الأطر القانونية للتنمية * المشاركة
* المساءلة * المعلومات والشفافية

ثانيا - قياس الفساد وتكلفته

1- قياس الفساد : إن تقدير حجم المداخيل غير المشروعية بشكل دقيق أمر صعب تحقيقه، وعادة ما تكون الإحصاءات الخاصة بالفساد موضوع شك في ظل غياب الإحصائيات الدقيقة والتستر، ولهذا نستند للدراسات المتعلقة بالمنظمات الدولية في هذا المجال. وعموما يمكن قياس الفساد استنادا لثلاث طرق هي[26]:

- طريقة البيانات الاقتصادية الكلية. - طريقة البيانات المجمعة بواسطة الضرائب. - دراسات وبحوث المنظمات الدولية.

الطريقة الأولى: تعتمد على تقدير حجم ظاهرة الاقتصاد الخفي (السري) كنسبة من PIB الرسمي، وبما أن الاقتصاد الخفي يشمل على مجموع المداخيل المشروعة وغير المشروعة، فإن هذه الأخيرة تمثل نسبة محددة من حجم الاقتصاد الخفي. واعتمادا على بعض مؤشرات مصر أحاول تقدير حجم الدخول غير المشروعة المرتبطة بالفساد الاقتصادي، فنجد في مصر أن نسبة الاقتصاد الخفي إلى PIB تعادل22.5% وأيضا نسبة الدخل غير المشرع إلى حجم الاقتصاد الخفي يعادل 60 % ، واعتمدنا مصر في اختيار النسب لأنّ ترتيب الجزائر في مؤشر الفساد متقارب مع هذا البلد كما نوضحه في الجدول رقم (2)، ومنه المبالغ المقدرة هي الحد الأدنى فقط،وما خفي يفوق بكثير.ونوضح ذلك في الجدول رقم (01).

جدول (01)

تقدير حجم الدخول غير المشروعة في الاقتصاد الجزائري للفترة(1990 ـ 2006).

الوحدة: مليار دولار

سنوات	1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
PIB	40,9	46,7	49,2	51	42,4	42,1	46,9	48,2	48,2	48,6
حجم الاقتصاد الخفي	9,202	10,507	11,07	11,475	9,54	9,472	10,552	10,845	10,845	10,935
الدخل غير المشروع	5,52	6,304	6,642	6,885	5,724	5,683	6,331	6,507	6,507	6,561

سنوات	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
PIB	53,4	54,8	55,9	65,9	83	103	110,4
حجم الاقتصاد الخفي	12,015	12,33	12,577	14,827	18,675	23,175	24,84
الدخل غير المشروع	7,209	7,398	7,546	8,896	11,205	13,905	14,904

المصدر: إعداد الباحث اعتمادا على إحصائيات PIB (الناتج المحلّي الخام) المأخوذة عن:

ـ الديوان الوطني للإحصائيات ، الجزائر. ـ بنك الجزائر.

ـ سفارة فرنسا بالجزائر. ـ المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي للجزائر.

نلاحظ من الجدول السابق ارتفاع الفساد في الجزائر، من خلال مبلغ الأموال غير المشروعة التي بلغ تقديرها سنة 2001 أكثر من 07 مليار دولار، علماً أنَّ حجمه في العالم العربي يُقَدَّر بأكثر من 100 مليار دولار[27]، وحسب إحصائيات 2006 يقاربُ 350 مليار دولار، وقارب هذا المبلغ 15 مليار دولار في الجزائر سنة 2006.

أما الطريقة الثانية فهي تعتمد على المعطيات الإحصائية المقدمة من مصالح الضرائب من حيث الغش والتهرب الضريبيين. وتعتمد الطريقة الثالثة في قياس الفساد على المنظمات الدولية، وتشمل نوعين من الدراسات: الأولى تحكمها المنظمات الدولية بناء على طلب الدول الأعضاء لتدعيم جهود تلك الدول في مكافحة الفساد، والثانية دراسات تجريها هذه المنظمات بشكل منفرد دون طلب تلك الدّول.

وأهم مؤشرات الفساد هي/ مؤشر المخاطرة الدولية للفساد (ICRG) ويصدر عن جامعة ميرلاند بأمريكا، ومؤشر الأعمال الدولي (BI)، ومؤشرات منظمة "شفافية دولية" التي تأسست عام 1993 من طرف "بيترايجن"،وهو أحد كبار المسؤولين السابقين في البنك الدولي[28]، وتتضمن ثلاثة مؤشرات، منها مؤشر مدركات الفساد الذي يعكس مدى وجود الفساد، وهو مدرج من صفر إلى عشرة، حيث يمثل الصفر سيطرة الفساد وتمثل العشرة الخلو من الفساد[29]. وتعتمد هذه المؤشرات على تجميع معطيات، من رجال أعمال وأكاديميين وموظفين من القطاع العمومي لكل دولة، من خلال نشاطهم اليومي[30]. ويمكن عرض جدول لمؤشر الفساد في الجزائر ومصر كما يلي:

جدول رقم (2)

تطور مؤشر مدركات الفساد في الجزائر للفترة (2001 ـ 2007)

السنوات / لدول	2001		2002		2003		2004		2005		2006		2007	
	الرتبة	النقاط	الرتبة	النقاط	الرتبة	النقاط	الرتبة	النقاط	الرتبة	النقاط	الرتبة	النقاط	الرتبة	النقاط
الجزائر	-	-	-	-	88	2.6	97	2.7	97	2.8	84	3.1	99	3
مصر	54	3.6	62	3.4	70	3.3	77	3.2	70	3.4	70	3.3	105	2.9

المصدر: منظمة شفافية دولية، مجموعة تقارير.

يلاحظ من الدول السابق، تدحرج ترتيب الجزائر بـ 15 نقطة من سنة 2006 إلى سنة 2007، ويعني أن البلاد تشهدُ معدلاً خطيراً للفساد. ويؤدي هذا إلى التأثير على مجهودات جلب الاستثمار الأجنبي المباشر، لمواجهة البطالة والحدّ من الفقر، لأنّ هذا النوع من الاستثمار يتطلّبُ بيئةً إداريةً نزيهةً ونظيفةً من مختلف أشكال الفساد، وهو ما أدى إلى تراجع تنافسية الجزائر بـ 18 رتبة حسب تقرير المنتدى الاقتصادي العالمي لسنتي 2009/2008، حيث احتلت المرتبة 99 عالمياً من مجموع 134 دولة في السنة الحالية، مقابل المرتبة 81 من مجموع 131 دولة للسنة المنصرمة[31].

أما البنك الدولي فيهتم بـ" قضايا نظام الإدارة العامة"، ويعطي ما يسمى" المؤشر العالمي لنظام الإدارة العامة"، وقد عقد رفقة صندوق النقد الدولي اجتماعاً سنوياً له يوم 2006/09/16، حيث أشار إلى" أنه يمكن قياس أبعاد نظام الإدارة العامة". وكشف التقرير أنه الجزائر مؤشرها ضعيف في مجال مكافحة الفساد، عن طريق استعراض مكونات المؤشر العالمي لنظام الإدارة العامة، حيث مثّلَ 25%، 18 % في مجال إبداء الرأي والمساءلة على الترتيب، و43% في مجال الفعالية الحكومية، و26 % في مجال جودة الأطر التنظيمية، و32% في مجال سيادة القانون، و42% في مجال ملائمة أنظمة السوق، علماً أن كلّ هذه المكوّنات نسبتها في الدول المتقدمة تتجاوز 70%.[32]

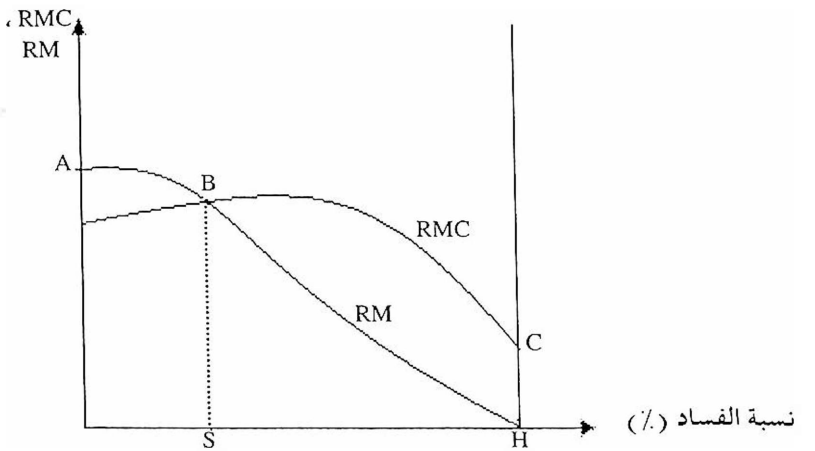
كما انتهت دراسة سابقة أعدّها البنك الدّولي سنة 2004، حول عواقب الفساد في مجال تقديم الخدمات،أنّ التّحسن في انحراف معياري واحد في مؤشّر واحد للدليل الدّولي حول مخاطر الفساد الوطنية، يؤدي إلى انخفاض 29% من معدّلات وفيات الأطفال الرّضع، وزيادة 52% في إشباع المتلقّين للخدمات الصحيّة العامة، وكذلك 30% إلى 60%في تحسّن حالة شبكة الطرق[33].

2 - **كلفة الفساد** : الفسادُ مُدمرٌ على أيّ مجتمع، ويحدثُ خللاً في توزيع الحقوق المدنية والاجتماعية بالغ الضرر في المجتمع ككل،[34] ومن الناحية الاقتصادية يؤثّر على

مناخ الاستثمار وتكلفة المشاريع ونقل التقنية وتطويرها، وكلما استشرى الفساد أدى بالمستثمرين إلى إدراج مدفوعات الرشاوى والعمولات في التكاليف، مما يرفع من التكلفة ويخفض العائد من الاستثمار، وبالتالي يتأثر النمو الاقتصادي سلبا بالإضافة إلى تأثير الفساد على الابتكار، حيث تقلّ رغبة الجمهور لإقامة مشاريع استثمارية جديدة. وأهم أثر اقتصادي يكون على الأداء الاقتصادي، من خلال تشويه عناصر النفقات الحكومية[35]. وحسب صندوق النقد الدّولي، أنّ هناك دراسات تؤكّد التأثير السلبي للفساد على النمو، وعلى إضعاف تراكم رأس المال ، وكذلك تأثيره على فعالية معونة التنمية ،ويعمق الفقر ويباعد بين المداخيل[36].

ويمكن تقديم منحنى بياني لإيضاح عوائد تكلفة السلوك الفاسد كتفسير اقتصادي لأسباب الفساد وشرح تكلفته.

شكل رقم (1) منحنى عوائد تكلفة السلوك الفاسد



المصدر: Pranab Barduam,Corruption and developpment areview of Issues, Journal of Economic literature, Septembre 1997,PP1330-1332.

حيث يرمز المحور الأفقي لنسبة (%) الفساد في قطاع أو مجتمع معين، والمحور العمودي للعائد الحدي للفساد (RMC) والعائد الحدي للعمل الصحيح (RM)، ونلاحظ أن RMC<RMعندما تكون نسبة الفساد منخفضة (OS)، بينما تصبح RMC>RM عند زيادة نسبة الفساد (SH)، وعند النقطةA, C نحصل على توازن مستقر (أي استقرار الفساد فيC ، أو استقرار اللافساد في A)، ونكون في توازن غير مستقر عند B. وتفسر زيادة (RMC) كلما زادت علاقات الفساد بتضاؤل رقابة ومحاربة الفئات المفسدة في المجتمع، وبالتالي انخفاض درجة المخاطرة الناجمة عن النشاط الفاسد، وتزداد تكلفة العمل الصحيح مما يجعله عبئا على صاحبه.

ثالثا ـ ميكانيزمات مكافحة الفساد

تتداخل عوامل الفساد وآلياته، وأن أي إستراتيجية ناجمة لمكافحة الفساد يجب أن تأخذ بعين الاعتبار أسباب تفشي ظاهرة الفساد ونمو ما يسمى " مضاعف الفساد". وحسب صندوق النقد الدولي، إنّ التجارب تبيّن بشكل قوي أنّ هذه الإستراتيجية تعتمد على معالجة الأسباب الجذرية للفساد، واعتماد الأسلوب غير المباشر ، ولذلك رأى بضرورة تقسيم الدول النامية إلى (03) فئات كما يتم توضيحه لاحقا. وتبعاً لذلك تنوعت آراء المفكرين حول محاربته، وبالتالي اختلفت الحلول من دولة لأخرى وحسب الزمان والمكان. كما أن لهذه الحلول تكاليف حدية ومنافع حدية، وتستغرقُ وقتاً غير قصير، وتتطلّبُ تعاون الجميع (محليا ودليا)، كما تجدر الإشارة أن مكافحة الفساد تهدف للحد منه لا القضاء عليه نهائيا[37].

ويتمُّ تحليل مكافحة الفساد عبر ثلاثة مستويات: الأول يرتبط بالإطار الفكري، والثاني يتعلّق بصياغة الإستراتيجية، والثالث يتعلق ميكانيزمات المكافحة.

1 ـ الإطار الفكري لمكافحة ظاهرة الفساد: نميز فيه عدة نظريات وأفكار أهمها[38]:

أ ـ نظرية الاختيار: يكون التخفيف من الفساد بتقليل الفرص المتاحة لجني الريع، وذلك بالتحرر الاقتصادي والحد من احتكار الدولة ونحو ذلك، مع تأمين الفرص الاقتصادية.

ب ـ مدخل الجماعية: يكون التخفيف من الفساد بالإصلاحات السياسية، بإيجاد مؤسسات ديمقراطية ومؤسسات رقابة، وبرلمانات منتخبة وغيرها.

ج ـ نظرية الأشواك المتعددة: يكون التخفيف من الفساد عبر مزيج من الإجراءات والإصلاحات السياسية والتشريعية والمؤسسية، وكل الأنظمة التي تُولِّدُ الفساد، أي تقوية الآليات ومؤسسات الرقابة على استخدام الموارد وتحسين العمل وما إلى ذلك.

2 ـ كيفية صياغة إستراتيجية مكافحة الفساد: قسّم نموذج صندوق النقد الدولي الدول النامية إلى ثلاث فئات عريضة تعكس مدى تفشي الفساد (تفشي مرتفع، متوسط، منخفض) ، كما يفترض النموذج أنّ الدول "مرتفعة الفساد" تتميّز بانخفاض نوعية التنظيم والإدارة ، والدول "متوسطة الفساد" تتميز بتنظيم وإدارة معقولين بعض الشيء ، والدول "منخفضة الفساد" لها تنظيم وإدارة جديدين.وتوضح ذلك من خلال الجدول الموالي رقم(03):

جدول رقم (03)

نموذج تقسيم تفشي الفساد في الدول النامية (مرتفع، متوسط، منخفض)

مدى تفشي الفساد	نوعية التنظيم والإدارة	أولويات جهود محاربة الفساد
مرتفع	ضعيف	تأسيس سيادة القانون، تقوية مؤسسات المشاركة ، الخضوع للمساءلة، إقرار ميثاق للمواطنين ، الحدّ من التدخل الحكومي ، تطبيق إصلاحات السياسة الاقتصادية.
متوسط	معقول	اللامركزية وإصلاح السياسات الاقتصادية والإدارة العامة.
منخفض	جيّد	إنشاء وكالات محاربة الفساد ، تقوية الخضوع للمساءلة المالية ، رفع الوعي الجماهيري والرسمي، تشجيع التعهد بمحاربة الرشوة، إجراء محاكمة تحضى بإعلام واسع.

المصدر: أنور شاه ومارك شاكنز،« محاربة الفساد: انظر أمامك قبل أن تثب»، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، العدد 04 ، ديسمبر، ص42 .

3 ـ الإطار العملي لمكافحة الفساد مع عرض تجربة الجزائر:

هنا نرصد ثلاثة محاور متكاملة لمكافحة الفساد وهي[39]:

3 ـ 1ـ محاربة الفساد محليا: ترى الدول الصناعية أن الفساد ينتشر في الدول النامية خاصة الرشوة، مما يتطلب تطوير إجراءات كفيلة بمحاصرة هذه الظاهرة لديها، ويمكن للدولة مكافحة الفساد من خلال كلّ أو بعض الإجراءات الآتي ذكرها[40]، مع توضيح ذلك في حالة الجزائر[41].

أ ـ محاربة الفساد اقتصاديا: يتم ذلك من خلال:

- الحد من عوامل الطلب على الفساد عن طريق الحد من المنافع التي تحتكرها الدولة، ومنح إطار أوسع من الحريات للاقتصاد.
- الحد من عوامل عرض الفساد عبر عدة إجراءات أهمها: زيادة معدلات الأجور، تقوية آليات الرصد والعقاب، إصلاح الاختلالات المالية.

ب ـ محاربة الفساد إداريا: يتسبب إحداث إصلاحات إدارية في قطاع الخدمة العمومية، بتفعيل محاربة الفساد الإداري وتشمل: اعتماد سياسة التدوير الوظيفي، أخلقة المهنة، المساءلة، وإنشاء وحدات رقابية داخل المؤسسات الحكومية، التقييم الدائم لمدى فعالية الآليات المطبقة وإصلاح نظام الاستخدام، والترقية على أساس الكفاءة فقط.

ج ـ محاربة الفساد سياسيا: يتم فيها التركيز على تعزيز الديمقراطية والمساءلة،واستقلالية القضاء،والفصل بين السلطات وتفعيل دور الإعلام بكل أشكاله في التوعية واكتشاف الفساد.

أما عن تجربة الجزائر في محاربة الفساد، فنشيرُ إلى اتخاذ العديد من التدابير خاصة التشريعية منها خلال 2004 و2005 و2006، من خلال مصادقتها على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي بدء العمل بها في 2005/12/14، وكذلك الاتفاقية الإفريقية لمحاربة الرشوة والفساد، ومصادقة المجلس الشعبي الوطني على أمر رئاسي حول الوقاية من الفساد ومحاربته، وأيضا الانضمام إلى آلية التقييم من قبل النظراء التي أقرتها مبادرة النيباد.

إلا أن الملفت للنظر، كون الجزائر تمتلك الأدوات القانونية لممارسة الرقابة والردع دون فعالية، ذلك أن هناك وحدة مختصة في معالجة المعلومات المالية منذ أفريل 2004، تم تأسيسها لدى وزارة المالية بمرسوم رئاسي، كما لا نعرفُ حصيلة المرصد الوطني لمحاربة الرشوة بعد حله عام 2000.

3 ـ 2 ـ اعتماد مبدأ التدريج في مكافحة الفساد والأطراف المتورطة فيه: يتمّ تركيز الجهود على إيجاد إطار قانوني مُوحدٍّ في الدول الصناعية، يحرِّمُ تقديم الرشاوى خارج بلدانهم، رغم صعوبات تحقيق ذلك عمليا بسبب تضارب المصالح بين الدول الصناعية والصراع على الفوز بالصفقات.

لكن الدول المحتاجة لدعم مكافحة الفساد من قبل المنظمات الدولية، هي دولٌ يقلُّ فيها طلب المساعدة لمكافحة الفساد، ذلك أنّ التنظيم والإدارة ضعيفان، والفساد واسع الانتشار، ولذلك يرى صندوق النقد الدولي ضرورة انتهاج البنك الدولي لأسلوبٍ غير مباشرٍ، عن طريق مداخلَ بديلة تؤدي لاحقاً إلى التأثير على الأسباب الجذرية للفساد، وأهمُّ هذه المداخل هي:

- مراقبة المنظمات الدولية لأداء تقديم الخدمة المرتبطة بالمنح المقدمة لها؛
- تمكين المواطن من أسباب القوة، عن طريق تعزيز الشفافية والمساءلة وسيادة القانون؛
- نشر المعلومات؛
- إصلاح السياسة الاقتصادية؛

إشراك أصحاب المصالح الآخرين(غير الحكوميين)[42].

3- 3 الجهود الدولية لمكافحة الفساد: لا تنجح الجهود المحلية إلا بتكاليف كل الجهود الخارجية (ثنائيا، إقليميا ودوليا)، من خلال نشاط عدة هيئات وتجمعات هي:

ـ الأمم المتحدة ـ منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ـ الاتحاد الإفريقي

ـ البنك الدولي ـ الاتحاد الأوروبي ـ جامعة الدول العربية

- صندوق النقد الدولي - منظمة الدول الأمريكية - منظمة الدول الإسلامية
- المنظمة العالمية للتجارة - منظمة شفافية دولية

وتدور انشغالات المنظومة الدولية حول ترقية عمليات محاربة الفساد، من خلال تشجيع حرية الإعلام، وإشراك المجتمع المدني في رقابة الظاهرة[43]، والصرامة في عمليات الرقابة المحاسبية، وإعادة تنظيم قانون الصفقات العمومية، وترقية الديمقراطية، وانتهاج الشفافية، مع وضع برامج محددة للمساعدة الدولية في مجال محاربة الفساد بأنواعه، وإقامة الحوكمة. وتعتبر" اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد" مقاربة جديدة للمجهودات الدولية، باعتبارها تُعطي دوراً أساسياً لفعاليات المجتمع المدني في مكافحة الفساد، من خلال رفع مستوى وعي أفراد المجتمع، وتأسيس جمعيات تهتم بالتصدي لهذه الظاهرة رفقة الهيئات الرسمية، واعتماد المراقبة الشفافة في تسيير الأموال العمومية، والنزاهة في إسناد الوظائف، وأيضاً العدالة في تقديم الخدمات للجمهور.

للإشارة، إن الهيئات الدولية تُرجعُ بشكلٍ غير مباشرٍ تفشي ظاهرة الفساد في الجزائر إلى الجوانب السياسية،وهنا يجب الانتباه والحذر من المؤشرات المقدمة و السياسيات المقترحة من عندهم، لأنها ترسم الأشياء على نمطية محددة خدمة لمصالحها، فالشفافية حسبهم يجب أن تسمح للشركات الرأسمالية بالولوج في اقتصادياتنا دون مراعاة خصوصياتنا، والحوكمة في منظورها ذلك الذي يُروِّجُ للحريات على النمط الليبرالي. وكل هذا لا يعفينا من رؤية الواقع الأسود للفساد ببلادنا.

خاتمة :

تناولنا في هذا المقال ظاهرة الفساد من حيث قياسها ومحاربتها، وذلك عبر ثلاثة محاور متكاملة، تطرَّقنا فيها لبعض المفاهيم المرتبطة بالموضوع، ثم استعرضنا مؤشرات الفساد وتكلفته، وأخيرا سُبُلَ مكافحته، مع تناولنا الإطار النظري لها والجهود المحلية والدولية، وتوصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

- يرتبط الفساد بالشفافية والمساءلة والحوكمة عكسياً، وطردياً مع الرشوة؛
- قياس الفساد يعتمدُ حاليا على المنظمات الدولية؛
- تعتمد ميكانيزمات مكافحته على تناسق الجهود المحلية والدولية، مع ملاحظة عدم فعالية الميكانيزمات الجزائرية استنادا للمرتبة غير المشرّفة في مؤشر الفساد.

وعليه نُقدم التوصيات التالية:

1. التكريس العملي للحوكمة والشفافية ومكافحة الفساد بفعالية عن طريق الصدمة؛
2. ضبط الآليات وتدقيق الأنظمة وتوضيحها وتوزيع الصلاحيات؛
3. العمل على توفير نظام أفضل للحوافز وربط الأجور بالسوق؛
4. توسيع نطاق واستقلالية القطاع الخاص مع الخوصصة؛
5. تشجيع المنافسة والتخلص من المركزية وتدخل الدولة؛
6. دعم الصحافة الحرة واستقلالية القضاء وإشراك المجتمع المدني.

ويبقى الفساد من أكبر تحديات العصر، ويتطلب تضافر الجهود .

المراجع

1 - إبراهيم غرابية، الفساد الحاضر الأكبر في الإدارة والغائب الأكبر في الإصلاح، الموقعwww.aljazera.Net/partal/site.agreement: تاريخ التحميل2006/05/17 وتاريخ الاطلاع: 2006/06/21

2 - إدريس ولد القابلة، الموقع: www.tanmia.ma/artcle.ph ?id_ article=1303 ، معضلة الفساد، تاريخ الاطلاع: 2006/06/07.

3 - أحمد رفعت خفاجي ، جرائم الرشوة، دار قباء للطاقة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999 .

4 - أنور شاه ومارك شاكنز،؟؟ محاربة الفساد : انظر أمامك قبل أن تثب؟؟ ، مجلة التمويل والتنمية ، صندوق النقد الدولي ، العدد 04 ، ديسمبر2004 .

5ـ أذور شاه ومارك شاكنز ، محاربة الفساد : انظر أمامك قبل أن تثب ، مجلة التمويل والتنمية ، صندوق النقد الدولي ، العدد 04، ديسمبر 2004.

6ـ الأمم المتحدة، الفساد في الحكومة، تقرير الندوة الإقليمية التي عقدتها دائرة التعاون الفني للتنمية ومركز التنمية الاجتماعية والشؤون الإنسانية بالأمم المتحدة في لا هاي (هولندا) ، بتاريخ 11 ـ 1985/12/15.

7ـ البرادعي ليلى ، الحكمانية والهيئات الدولية في مجال التعاون التنموي، بحث مقدم لمؤتمر الحكم الراشد والتنمية، مصر، مارس 2003 .

8ـ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الفساد، السنة2، إصدار 99/5.

9 ـ بشير مصيطفى،؟؟ الفساد الاقتصادي: مدخل في المفهوم والتجليات؟؟، مجلة بحوث اقتصادية عربية، العددان26/27، مصر، 2006.

10 ـ ج. سليمان، هل تخرج الجزائر من القائمة السوداء للرشوة؟ الموقع :

www.alkhabar.com/quotidien/lire.php? ida، تاريخ التحميل : 2006/10/04 وتاريخ الاطلاع: 2006/10/16.

11 ـ حمدي عبد العظيم ، عولمة الفساد وفساد العولمة، الإسكندرية، مصر، 2008.

12 ـ حفيظ صواليلي، تقرير التنافسية للمنتدى الاقتصادي العالمي صنف الجزائر في المرتبة 99، جريدة الحبر اليومية، عدد 5522 ، يوم 2009/01/11.

13ـ طارق محمود عبد السلام السالوس، التحليل الاقتصادي للفساد، دار النهضة العربية، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، 2005

14 ـ محمد دلومي، عولمة الفساد، الموقع :

WWW.Rezgar.com/debat/show.art.asp?aid =7761، تاريخ التحميل: 2006/10/07، تاريخ الاطلاع: 2006/10/16.

15 ـ محمد عمر الحاجي، الإصلاح الاقتصادي،دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2004.

16 ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، الفساد والتنمية، القاهرة، مصر،1999 .

17 ـ عبد الخالق فاروق، الفساد في مصر، دراسة اقتصادية تحليلية، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006.

18 ـ عبد الله بن حاسن الجابري، الفساد الاقتصادي، ورقة مقدمة في المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، السعودية، بتاريخ 31/05/ 2005.

19 ـ عبد الستار عبد الحميد سلمي، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005 .

20 ـ عبد الوهاب بوكروح، جريدة الشروق اليومية، الجزائر، العدد 1793، يوم 2006/09/17.

21 ـ خليل جبارة، دور منظمات المجتمع المدني في تفعيل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الموقع :

www..transparency -lebanon.org/research-display.php?id=3

22 ـ بدون اسم الكاتب، تحديات في وجه الحكومة الالكترونية، الموقع :

www. al-jazerah.com.sa /digimag/02112003/ agtes 14.htm

الهوامش :

1- إدريس ولد القابلة، الموقع: www.tanmia.ma/artcle.ph ?id_ article=1303 ، معضلة الفساد، تاريخ الاطلاع: 2006/06/07.

2- لتفاصيل أكثر، انظر:

- عبد الخالق فاروق، الفساد في مصر، دراسة اقتصادية تحليلية، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006.

- بشير مصيطفى،؟؟ الفساد الاقتصادي: مدخل في المفهوم والتجليات؟؟، مجلة بحوث اقتصادية عربية، العددان26/27، مصر، 2006، ص199.

- الأمم المتحدة، الفساد في الحكومة، الندوة الإقليمية التي عقدتها دائرة التعاون الفني للتنمية ومركز التنمية الاجتماعية والشؤون الإنسانية بالأمم المتحدة في لاهاي بهولندا، بتاريخ 11- 1985/12/15، ص ص 50- 51.

3- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الفساد، السنة 2، إصدار 99/5.

4- مركز دراسات وبحوث الدول النامية، الفساد والتنمية، القاهرة، مصر،1999، ص118.

5- طارق محمود عبد السلام السالوس، التحليل الاقتصادي للفساد، دار النهضة العربية، جامعة حلوان، القاهرة، مصر، 2005، ص 05.

6- إبراهيم غرايبة، الفساد الحاضر الأكبر في الإدارة والغائب الأكبر في الإصلاح، الموقع www.aljazera.Net/partal/site.agreement: تاريخ التحميل2006/05/17 وتاريخ الاطلاع: 2006/06/21.

7- عبد الستار عبد الحميد سلمي، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص68.

8- طارق محمود عبد السلام السالوس، مرجع سابق، ص ص 10- 18.

9- عبد الله بن حاسن الجابري، الفساد الاقتصادي، ورقة مقدمة في المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، السعودية، بتاريخ 2005/05/31.

10- مركز دراسات وبحوث الدول النامية، مرجع سابق، ص ص 378- 379.

11 - Johnston M,what can be donr about entrenched corruption? Papier presented to the ninth annual banl coference on development economics, WORLD BANK,WASHINGTON, 03/04/1997.

12 - الأمم المتحدة، الفساد في الحكومة، تقرير الندوة الإقليمية التي عقدتها دائرة التعاون الفني للتنمية ومركز التنمية الاجتماعية والشؤون الإنسانية بالأمم المتحدة في لا هاي (هولندا) ، مرجع سابق، ص ص 50- 51.

13- المرجع السابق، ص ص 50- 51.

14ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، مرجع سابق، ص 30.

15ـ يرى بشير مصيطفى بأن أحسن تعريف لظاهرة الفساد هو ذلك الذي يصفها بواسطة مظاهرها وتجلياتها.

16ـ أحمد رفعت خفاجي، جرائم الرشوة، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999، ص39.

17ـ بدون اسم الكاتب، تحديات في وجه الحكومة الالكترونية، الموقع :

www. al-jazerah.com.sa /digimag/02112003/ agtes 14.htm

18ـ أنور شاه ومارك شاكنز، « محاربة الفساد : انظر أمامك قبل أن تثب» ، مجلة التمويل والتنمية ، صندوق النقد الدولي ، العدد 04 ، ديسمبر 2004، ص 43 .

19ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، مرجع سابق، ص 36.

20ـ أحمد رفعت خفاجي ، جرائم الرشوة، دار قباء للطاقة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1999، ص 35.

21ـ محمد عمر الحاجي، الإصلاح الاقتصادي،دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2004، ص ص 37ـ 41.

22ـ أحمد رفعت خفاجي، مرجع سابق، ص ص 208ـ209.

23ـ ليلى البرادعي، الحكماذية والهيئات الدولية في مجال التعاون التنموي، بحث مقدم لمؤتمر الحكم الراشد والتنمية، مصر، مارس 2003، ص 04 .

24ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، مرجع سابق، ص 84.

25ـ ليلى البرادعي، مرجع سابق، ص 06.

26ـ طارق محمود عبد السلام السالوس، ص ص 19ـ 22.

27ـ محمد دلومي، عولمة الفساد، الموقع : WWW.Rezgar.com/debat/show.art.asp?aid =7761، تاريخ التحميل: 2006/10/07، تاريخ الاطلاع: 2006/10/16.

28ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، ص 30.

29ـ ج. سليمان، هل تخرج الجزائر من القائمة السوداء للرشوة؟ الموقع:

www.alkhabar.com/quotidien/lire.php?ida، تاريخ التحميل : 2006/10/04 وتاريخ الاطلاع: 2006/10/16.

30ـ حمدي عبد العظيم ، عولمة الفساد وفساد العولمة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص29.

31ـ حفيظ صواليلي، تقرير التنافسية للمنتدى الاقتصادي العالمي صنف الجزائر في المرتبة 99، جريدة الخبر اليومية، عدد 5522، يوم 2009/01/11.

32ـ عبد الوهاب بوكروح، جريدة الشروق اليومية، الجزائر، العدد 1793، يوم 2006/09/17.

33ـ أنور شاه ومارك شاكنز ، مرجع سابق ، ص 40 .

34ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، مرجع سابق، ص125.

35ـ مركز دراسات وبحوث الدول النامية، مرجع سابق، ص ص 246ـ 247.

36ـ أنور شاه ومارك شاكنز ، مرجع سابق ، ص 40 .

37ـ طارق محمود عبد السلام السالوس، مرجع سابق، ص 44.

38ـ عبد الله بن حاسن الجابري، مرجع سابق، ص ص 20 ـ 23.

39ـ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 04.

40ـ عبد الستار عبد الحميد سلمي، مرجع سابق، ص ص 71ـ 75.

41ـ طارق محمود عبد السلام السالوس، مرجع سابق، ص ص 47 ـ59.

42ـ أنور شاه ومارك شاكنز ، مرجع سابق ، ص 43 .

43ـ خليل جبارة، دور منظمات المجتمع المدني في تفعيل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الموقع:
www..transparency -lebanon.org/research-display.php?id=3

التعاون الأمني الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة

بقلم د/ عبد القادر البقيرات

أستاذ محاضر بجامعة بن يوسف بن -خدة

الجزائر كلية الحقوق بن عكنون

تشكل الجريمة إحدى القضايا الرئيسية في الكثير من دول العالم وتشغل بال الحكومات والمتخصصين والمواطنين. وقد أثبتت الوقائع أن الدولة بمجهودها المنفرد لا تستطيع القضاء على الجريمة المنظمة نتيجة التطور في مجال المواصلات الدولية، حيث أصبح من السهل لأي مجرم أن يرتكب عدة جرائم في بلدان مختلفة ويفرّ لدولة أخرى، مثل مهربي المخدرات - تجار السلاح - تجار بالرق. الأمر الذي جعل منه مجرما دوليا تتصل جريمته بأكثر من دولة فهو يعدّ جريمته في دولة ما وتنفيذها في دولة أخرى ويفر إلى بلد ثالث

سنتعرض إلى هذا البحث من خلال المطالب الثلاث .

الشرطة الجنائية الدولية (الأنتربول)

دور الأمم المتحدة

المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة

مطلب أول : الشرطة الجنائية الدولية

يرجع بداية التعاون الدولي في مجال الشرطي إلى سنة 1904، حيث نجد ملامح هذا التعاون ضمنيا في الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الرقيق الأبيض والمبرمة في

1904/5/18 إذ نصت مادتها الأولى على (تتعهد كل الحكومات المتعاقدة بأن تنشأ أو تعين سلطة تركيز لديانة المعلومات الخاصة باستخدام النساء والفتيات لغرض الدعارة في الخارج ولهذه السلطة الحق في أن تخاطب مباشرة الإدارة المماثلة لها في كل الدول الأطراف المتعاقدة) [1].

وفي نهاية سنة 1905 نجد 7 دول من أمريكا الجنوبية تنشئ مثل هذه الأجهزة وتتبادل من خلالها المعلومات الخاصة باستخدام النساء والفتيات لغرض الدعارة في الخارج.

ثم أخذ التعاون الشرطي يأخذ صور المؤتمرات الدولية وكان أسبق هذه المؤتمرات تاريخا مؤتمر موناكو المنعقد في الفترة من 14 إلى 18 أفريل 1914 ـ بناء على دعوة الأمير "ألبير" أمير موناكو ـ الذي ضم عدد من ضباط الشرطة والقانونيين من 14 دولة لمناقشة أسس التعاون الدولي، ولم يسفر المؤتمر عن أي نتائج عملية نتيجة قيام الحرب العالمية الأولى.

وفي سنة 1919 بعد الحرب العالمية الأولى حاول الكولونيل "كان هاتين" أحد ضباط الشرطة في هولندا إحياء فكرة التعاون الدولي الشرطي.

في عام 1929 نجح الدكتور "جاهانسي شوبر" مدير شرطة فيينا لعقد مؤتمر دولي في فترة 3 إلى 1923/9/7 ضم مندوبي 7 دول ومن بينها آنذاك مصر ، وأسفر هذا المؤتمر عن إنشاء اللجنة الدولية للشرطة الجنائية ومقرها فيينا .وتعمل على التنسيق بين أجهزة الشرطة في مجال تعاونها لمكافحة الجريمة وكان نشاط هذه اللجنة قاصرا على الدول الأوروبية، ثم بدأت تتأثر بالأحداث السياسية وانعدام نشاطها بسبب اندلاع الحرب العالمية الثانية [2].

تأسيس المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الدولية :

في بروكسل سنة 1946 بعد الحرب العالمية الثانية دعا "لوفاج" أحد رؤساء الشرطة في بلجيكا لمؤتمر دولي عقد في بلجيكيا في الفترة بين 6 إلى 1946/7/9 وحظره مندوبي

17 دولة، وانتهى المؤتمر بإحياء اللجنة الدولية للشرطة الجنائية ونقل مقرها إلى باريس . شكلت لهذه اللجنة التنفيذية من 5 أعضاء برئاسة "لوفاج" وأطلق على اللجنة المذكورة اسم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية [3].

قامت جمعيتها العامة في دورتها 25 المنعقدة في فيينا في الفترة من 7 إلى 13 جويلية 1956 بوضع دستور المنظمة، الذي أرسل لوزارات الخارجية في الدول الأعضاء فيها، لإبداء اعتراضاتهم في مدة لا تزيد عن ستة أشهر. ولم تحدث أي اعتراضات عليه، ومن ثم أصبح نافذا من 1956/7/13 تطبيقا للمادة 50 .

تضم هذه المنظمة حاليا أكثر من 186 دولة وتتخذ المنظمة فرنسا مقرا لها .

الطبيعة القانونية لمنظمة الشرطة الجنائية :

من المستقر عليه في الفقه والقضاء الدولي أن المنظمة الدواية الحكومية شخص من أشخاص القانون الدولي العام يقوم على عناصر يجب توافرها هي عنصر الكيان المتميز الدائم - عنصر الإرادة الذاتية -الاستناد إلى اتفاقية دواية تنشئ المنظمة وتحدد نظامها القانوني وتبين أهدافها واختصاصاتها وأجهزتها المختلفة المناط بها تحقيق هذه الأهداف والقواعد التي تحكم سير العمل - عدم انتقاض المنظمة من سيادة الدول المشتركة في عضويتها باعتبارها في الواقع مجرد وسيلة من وسائل التعاون الاختياري بين مجموعة معينة من الدول في مجال أو مجالات محددة يتفق عليها سلفا [4] .

فبالنسبة لعنصر الكيان لها كيان دائم متمثل في الأجهزة التي تقوم عليها .

الإرادة الذاتية لا شك أن منظمة الأنتربول إرادتها متميزة عن إرادات الدول الأعضاء وبالتالي الشخصية القانونية الدولية - بالقدر اللازم لقيام الأنتربول بمهامه - والتي تظهر في مجال العلاقات الدولية الخاضعة للقانون الدولي العام، وفي مجال علاقات القانون الداخلي للدول أعضاء الأنتربول، وفي مجال القانون الداخلي للمنظمة نفسها.

في حقيقة الأمر إن الدستور المنشئ لمنظمة الأنتربول هو اتفاق دولي بالرغم من أنه يتسم بالطابع التقليدي للاتفاقيات الدولية ، وهو التي أقرته الدول الأعضاء في المنظمة

من طرف مندوبي تلك الحكومات. إن دستور منظمة الأنتربول اتفاق دولي سواء أسماه واضعوه دستورا أو ميثاقا أو نظاما أساسيا، فمن المتصور قانونا أن يتم إنشاء المنظمة الدولية بالاتفاق تنفيذي، بل وبمجرد الاتفاق شفاهة بين الدول المعنية .

أجهزة المنظمة :

تنص المادة 5 من دستورها على أنها تتشكل من 5 أجهزة وهي الجمعية العامة ، اللجنة التنفيذية ، الأمانة العامة ،جهاز المستشارين ، المكاتب المركزية الوطنية .

تمثل كل دولة في الجمعية العامة بوفد يتكون من مندوب أو أكثر بينهم رئيس الوفد، وتجتمع الجمعية العامة في دورة عادية مرة في السنة، كما تجتمع في دورات غير عادية بناء على طلب من اللجنة التنفيذية أو أغلبية الأعضاء، وفي اختتام كل اجتماع عادي يتم اختيار الموعد والمكان باتفاق مع الدول المعنية[5].

تختص الجمعية العامة بتحديد سياسة المنظمة والإجراءات الواجبة اتباعها لتحقيق الأهداف المنصوص عليها وتشجيع المساعدات المتبادلة بين أجهزة الشرطة للدول الأعضاء والموافقة على قبول عضوية الدولة التي ترغب في الانضمام للمنظمة، وكذا انتخاب رئيس المنظمة ومساعديه، وتتخذ الجمعية العامة قراراتها بالأغلبية العادية باستثناء الحالات التي يتطلب الأمر فيها صدور القرار بأغلبية الثلثين.

وظائف المنظمة الدولية للشرطة الجنائية :

تقوم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية بالبحث والتحقيقات بكافة القضايا الجنائية كالمخدرات، وتزوير العملة، والقتل، وتجارة الرقيق، وإجراء الاستقصاء عن أوضاع المشبوهين ومراقبتهم، ومطاردة المجرمين الفارين من وجه العدالة، ومداهمة الأماكن المشبوهة، وتنفيذ أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى كشف مرتكبي الجرائم [6].

كما يجري إرسال الإنابات القضائية والمذكرات العدلية على اختلاف أنواعها إذا كان تنفيذها يقوم بواسطة الأنتربول في البلد المرسل إليه وبذلك يجري توقيف الأشخاص الذين صدرت بحقهم قرارات قضائية وتكون مشفوعة على الأعم بطلب استردادهم.

ومن أجل القيام بهذه الوظائف تجهز المكاتب في كل بلد بخطوط كهربائية وإذاعية تمكن من إعطاء المعلومات المطلوبة بسرعة، كما تتوفر فيها سجلات خاصة بالمجرمين الدوليين، ونتيجة وجود هذه التقنية في العمل والاتصالات، فإن المكاتب المركزية أدت خدمات فعالة للشرطة الوطنية في البلدان المنضمة إليها عن طريق كشف المجرمين أو إلقاء القبض عليهم، أو تسهيل معاملات الاسترداد والمعاملات القضائية الأخرى المتعلقة بالمسائل الجزائية [7].

دور الأنتربول في الأعمال الإرهابية الدولية:

أضافت أحداث 2001/9/11 وتداعياتها في المجتمع الدولي،أبعادا جديدة ومعقدة تحت مسميات مخلفة وعلى رأسها مكافحة الإرهاب الدولي مما استدعى الأمر من منظمة الأنتربول اتخاذ تدابير استثنائية.

شكلت المنظمة وحدة دولية لمكافحة الإرهاب بتاريخ 2001/9/24 مهمتها تنسيق الجهود لمكافحة الإرهاب، وتوفير المعلومات عن الأشخاص المتهمين في التورط في الأعمال الإرهابية على المستوى الدولي، وكذلك تبادل المعلومات بين المراكز الرئيسية للأنتربول[8].

إن منظمة الأنتربول شاركت في التحقيق في هجمات 11سبتمبر بمساعدة الدول الأعضاء، خاصة الأنتربول البريطاني والألماني والإيطالي، وأصدرت المنظمة بعدها 55 نشرة حمراء تتعلق بأشخاص يشتبه في تورطهم، وكذلك نشرات زرقاء لطلب معلومات عن أماكن الأشخاص، بخصوص 19 شخصا من القرصنة الجوية، إلا أن المهمة ليست سهلة وهذا ما سرح به الأمين العام "رونالد نوبل" (أن تبادل المعلومات بين جميع دول

العالم وفي وقت واحد ليس بالأمر السهل لأن الأجهزة الوطنية لا تريد عرقلة تحقيقاتها) [9].

دور الأنتربول في تحقيق اغتيال رفيق الحريري : طلبت الأمم المتحدة مساعدة الانتربول في التحقيق لمقتل رفيق الحريري، رئيس الوزراء اللبناني الأسبق، وقد عمل موظفو الأمانة مع لجنة التحقيق الدولية التابعة للأمم المتحدة في بيروت حيث بادرت المنظمة اتصالاتها بالدول الأعضاء كافة بغية تبيين الخبراء والموارد التي يمكن الاستعانة بها للمساعدة في التحقيق إذا دعت الحاجة إلى هذا. وقد دعم التحقيق بخبراء متخصصين يعملون في الأمانة العامة في ليون [10].

وقد صرح الأمين العام السيد "رونالد نوبل" أن وجود موظفين متخصصين من منظمة الانتربول في مسرح الأحداث في بيروت، من شأنه أن يضيف لهذا التحقيق خبرة تقنية، وبالنتيجة الوصول إلى خبراء من جميع الميادين في العالم .

مطلب ثاني: دور الأمم المتحدة في مكافحة الجريمة المنظمة

لم تقف الأمم المتحدة مكتوفة الأيدي أمام العقبات والأحداث التي تهدد المجتمع الدولي في أمنه واستقراره. وأمام حجم الجرائم المنظمة وزيادة صورها وتشعباتها، اهتمت الأمم المتحدة في مؤتمرها الخامس بموضوع الإجرام المنظم ووضعته من ضمن أولويات نشاطها، وعقدت العديد من المؤتمرات لمكافحة هذه الظاهرة المستفحلة .

- المؤتمر الوزاري العالمي المنعقد في مدينة نابولي (12 - 23 /11/ 1994) المتعلق بمنع ومكافحة الجريمة المنظمة تحت إشراف الأمم المتحدة .

- مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين - القاهرة (4/29 إلى 1995/5/8) حيث ظهرت هناك أنواع من الجرائم غير تقليدية مثل جرائم الفساد والرشوة وجرائم خطف الأطفال وتسخيرهم .

في مجال مكافحة الفساد :

بموجب إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة في مواجهة تحديات القرن الحادي والعشرين المنعقدة من 10- 17 /4/2000، التزمت الأمم المتحدة باتخاذ تدابير دولية مشددة لمكافحة الفساد والرشوة في المعاملات التجارية الدولية،كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 25 بتاريخ 2000/11/5 اتفاقية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية تتكون من 41 مادة، والغرض من الاتفاقية تعزيز التعاون على منع الجريمة عبر الوطنية ومكافحتها بمزيد من الفاعلية .

كما تؤكد الاتفاقية على عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول على نحو يتفق مع مبدأي المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية للدول [11] .

التدابير على المستوى الوطني :

تدعو الدول المشاركة في اتخاذ تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال عندما ترتكب، وعلى سبيل المثال غسل عائدات الجرائم، وتدابير مكافحة غسل الأموال، وذلك من خلال إنشاء نظاما داخليا للرقابة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية، وتطالب الدول الأطراف إلى تطوير وتعزيز التعاون العالمي والإقليمي والثنائي بين الأجهزة القضائية وأجهزة نفاذ القانون وأجهزة الرقابة المالية من أجل مكافحة غسل الأموال .

كما حثت الدول على تجريم الفساد وذلك من خلال تدابير تشريعية وطنية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائيا عندما ترتكب وتتخذ كل دولة طرف تدابير لضمان قيام سلطاتها باتخاذ إجراءات فعالة لمنع فساد الموظفين العموميين وكشفه والمعاقبة عليه.

ومن بين التدابير كذلك مسؤولية الهيئات الاعتبارية التي تكون ضالعة فيها جماعة إجرامية منظمة بحيث تكون المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا الجرائم. كما تحمل أيضا الشخص الاعتباري الجزاءات النقدية .

التعاون الدولي :

على الدول الطرف، التي تتلقى طلبا من دولة طرف آخر لها ولاية قضائية على جرم مشمول بهذه الاتفاقية من أجل مصادرة ما يوجد على إقليمها من عائدات جرائم أو ممتلكات أو معدات أو أدوات أخرى، أن تقوم بأقصى حد ممكن في إطار نظامها القانوني الداخلي بما يلي :

أ- أن تحيل إلى سلطتها المختصة لتستصدر منها أمر مصادرة، وتنفيذ ذلك الأمر في حالة صدوره .

ب - أن تحيل إلى سلطاتها المختصة أمر المصادرة عن المحكمة في إقليم الدولة الطرف الطالبة بهدف تنفيذه بالقدر المطلوب

ج - تتخذ الدولة الطرف المتلقية الطلب القرارات والإجراءات المنصوص عليها في المادة 13 /1و2 من الاتفاقية وفقا لأحكام قانونها الداخلي وقواعدها الإجرائية أو أي معاهدة أو أي اتفاق أو ترتيب ثنائي أو متعدد الأطراف قد تكون ملزمة بها اتجاه الدولة الطرف الطالبة، تزويد كل دولة طرف الأمين العام للأمم المتحدة بنسخ من قوانينها ولوائحها التي تجعل هذه المادة نافذة المفعول .

تدابير تعزيز التعاون مع أجهزة نفاذ القانون :

تتخذ كل دولة طرف التدابير الملائمة لتشجيع الأشخاص الذين يشاركون أو كانوا يشاركون في جماعات إجرامية منظمة على الإدلاء بمعلومات مفيدة إلى الأجهزة المختصة لأغراض التحري والإثبات فيما يخص [12]

- هوية الجماعات الإجرامية المنظمة أو طبيعتها أو تركيبتها أو بنيتها أو مكانها أو نشاطاتها.

- الصلات الدولية بأي جماعات إجرامية منظمة أخرى

- الجرائم التي ارتكبتها أو قد ترتكبها الـ :ماعات الإجرامية المنظمة .

- توفير مساعدة فعلية ولممارسة الأجهزة المختصة يمكن أن تساهم في تجريد الجماعات الإجرامية المنظمة من مواردها أو من عائدات الجريمة، تخفيف عقوبة الشخص المتهم الذي يقدم عونا كبيرا في إجراءات التحقيق أو ملاحقة بشأن إحدى الجرائم المشمولة بالاتفاقية .

التعاون في مجال نفاذ القانون : تتعاون الدول الأطراف في ما بينها تعاونا وثيقا بما يتفق والنظم القانونية والإدارية الداخلية بكل منها من أجل تعزيز فاعلية تدابير نفاذ القانون الرامي إلى مكافحة الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وذلك من خلال تعزيز قنوات الاتصال بين سلطاتها وأجهزتها ودوائرها المختصة وإنشاء تلك القنوات عند الضرورة من أجل تيسير تبادل المعلومات بصورة مؤمنة وسريعة[13].

- التعاون مع الدول الأطراف الأخرى على إجراء التحريات بشأن هوية الأشخاص المشتبه في ضلوعهم في تلك الجرائم وأماكن وجودهم ونشاطاتهم .

- حركات عائدات الجرائم أو الممتلكات المتأتية من ارتكاب تلك الجرائم .

- تسهيل التنسيق الفعال بين سلطاتها وأجهزتها ودوائرها المختصة وتشجيع تبادل العاملين وغيرهم من الخبراء بما في ذلك رهنا بوجود اتفاقيات أو ترتيبات ثنائية بين الدول الأطراف المعنية وتعيين ضباط اتصال.

- تبادل المعلومات مع الدول الأطراف الأخرى عن الوسائل والأساليب المحددة التي تستخدمها الجماعات الإجرامية المنظمة بما في ذلك الدروب ووسائل النقل، استخدام هويات مزيفة أو وثائق مزورة .

- تسعى الدول الأطراف إلى التعاون في حدود إمكانياتها للتصدي للجرائم المنظمة عبر الوطنية التي ترتكب باستخدام التكنولوجيا الحديثة .

جمع وتبادل وتحليل المعلومات عن طبيعة الجريمة المنظمة يعتمد على الأوساط العلمية والأكاديمية بتحليل الاتجاهات السائدة في الجريمة المنظمة داخل إقليمها والظروف التي تعمل فيها الجريمة المنظمة، وكذلك الجماعات المحترفة الضالعة

والتكنولوجية المستخدمة . ومن التطورات في المجال الأخير التحليلية المتعلقة بالأنشطة الإجرامية المنظمة يتم تقاسم تلك الخبرة فيما بين الدول الأعضاء وذلك من خلال المنظمات الدولية والإقليمية .

التدريب والمساعدة التقنية : تعمل الدول على إنشاء وتطوير وتحسين برنامج تدريب خاص للعاملين في أجهزتها المعنية بنفاذ القانون ومنه أعضاء النيابة العامة وقضاة التحقيق وموظفي الجمارك وغيرهم من العاملين المكلفين بمنع وكشف ومكافحة الجرائم المنظمة [14].

دور مجلس الأمن : أثارت أحداث 2001/9/11 تساؤلات جديدة حول مسألة التدخل بدعوى مكافحة الإرهاب إثر الهجوم على الولايات المتحدة واتخذ مجلس الأمن يوم 12 سبتمر 2001 قرارا رقم 1368 يدعو جميع الدول إلى العمل معا بصفة عاجلة من أجل تقديم مرتكبي هذه الهجمات الإرهابية ومنظميها ورعاتها إلى العدالة، ويطالب المجتمع الدولي أن يضاعف جهوده من أجل منع الأعمال الإرهابية وقمعها بما في ذلك عن طريق زيادة التعاون والتنفيذ التام للاتفاقيات الدولية لمكافحة الإرهاب [15].

كما اتخذ مجلس الأمن في قراره رقم 1373 بتاريخ 2001/11/28 بناء على الفصل السابع يؤكد على أن الإرهاب يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ويطالب الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بمنع ووقف تموين الأعمال الإرهابية.

- القيام بدون تأخير تجميد الأموال وأي أصول مالية لأشخاص يرتكبون أعمالا إرهابية
- اتخاذ الخطوات اللازمة لمنع ارتكاب الأعمال الإرهابية ويشمل ذلك الإنذار المبكر للدول الأخرى عن طريق تبادل المعلومات وتزويد كل منها الأخرى بأقصى قدر من المساعدة فيما يتصل بالتحقيقات أو الإجراءات الجنائية المتعلقة بتموين أو دعم الأعمال الإرهابية ويشمل ذلك المساعدة على حصول كل منها على ما لدى الأخرى من أدلة لازمة للإجراءات القانونية .

- منع تحركات الجماعات الإرهابية عن طريق فرض ضوابط فعالة على الحدود وعلى إصدار أوراق إثبات الهوية ووثائق السفر وباتخاذ تدابير لمنع تزوير وتزييف أو انتحال شخصية حاملها.كما يطالب الدول الانضمام في أقرب وقت إلى الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب ومن بينها الاتفاقية لقمع تمويل الإرهاب المؤرخة في ديسمبر 1999 .

- اتخاذ التدابير المناسبة طبقا لأحكام ذات الصلة من القوانين الوطنية والدولية

ويلاحظ الصلة الوثيقة بين الإرهاب الدولي والجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار غير المشروع بالمخدرات وغسل الأموال والاتجار غير القانوني بالأسلحة والنقل غير قانوني للمواد النووية والكيميائية والبيولوجية وغيرها من المواد .

المطلب الثالث: المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة

تأسست المنظمة في 1952/9/1 بهدف تحقيق التعاون على استتباب الأمن بقمع الإجرام الدولي ومكافحة الجريمة المنظمة بشتى أنواعها، ومكافحة المخدرات عن طريق التعاون الأمني بين الدول المشتركة في المنظمة معتمدة على جميع الوسائل العلمية والوقائية والدفاعية.

المنظمة بواسطة الجمعية العمومية ومجلس تنفيذي ومكاتب دائمة مثل مكتب مكافحة الجريمة، مكتب الشرطة الجنائية، مكتب المخدرات .

مكتب الشرطة الجنائية :

نصت الاتفاقية على إنشاء مكتب الشرطة الجنائية وتم إنشاء هذا المكتب بموافقة مجلس جامعة الدول العربية في 1960/4/10 ويتكون من جهاز إداري يمثله المدير العام، ويضم هيئة مكتب مندوبا أو أكثر عن كل دولة ترشحه حكومته من بين المعنيين بالشؤون

الجنائية ويشمل على جهاز إداري فني يجري اختيار عناصره من بين ذوي المؤهلات والكفاءة .

أما الغرض من إنشاء مكتب الشرطة الجنائية فهو تأمين وتنمية التعاون المتبادل إلى أقصى حد ممكن بين مختلف إدارة الشرطة الجنائية في الدول الأعضاء لمكافحة الجرائم في نطاق القوانين المعمول بها وتدعيم جميع المؤسسات الخاصة التي يمكن أن تساهم بصفة فعالة في مكافحة الجرائم مع استبعاد ماله من طابع ديني أو سياسي أو عنصري .

وللوصول إلى هذه الغاية، يتعاون مكتب الشرطة الجنائية مع هيئات دولية، عن طريق تبادل الأبحاث والدراسات العلمية والتجارب العملية، والاشتراك فيما تعقده من حلقات ومؤتمرات وغير ذلك من أوجه التعاون، واعتماد وسائل مختلفة للتصدي للجرائم والوقاية منها .

مكتب شؤون المخدرات : مكتب له شخصية قانونية يهدف إلى مراقبة التدابير المتخذة لمكافحة زراعة وصناعة وتعاطي والاتجار بالمخدرات. وقد نسقت الدول العربية جهودها فيما يتعلق بوضع تشريعات وقوانين من أجل التصدي لظاهرة المخدرات، إذ تم وضع نموذج عربي موحد للمخدرات تم اعتماده من جانب وزراء الداخلية العرب عام 1986 .

الإرهاب والدول العربية : عملت الدول العربية لمكافحة جريمة الإرهاب، باجتماع وزراء الداخلية العرب في تونس من أجل مكافحة هذه الظاهرة، ووضعوا اتفاقية عربية لمكافحة الإرهاب عام 1998 .

إذن على المستوى العربي يوجد تعاون أمني وثيق بين جميع الدول العربية ويكاد يكون مجلس وزراء الداخلية العرب من أنجح الهيئات العربية العاملة .

الخاتمة :

من الملاحظ أن هناك تدابير أخرى للقضاء على الجريمة المنظمة من خلال التعامل الدولي في مجال التنمية والاقتصادية والمساعدة التقنية آخذة في الاعتبار ما للجريمة المنظمة من أثار سلبية في المجتمع بشكل عام وفي التنمية المستديمة بشكل خاص، ومن أجل ذلك لابد من تعزيز التعاون على مختلف المستويات مع البلدان النامية بغاية تدعيم قدرة تلك البلدان على منع الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحتها وزيادة المساعدة المالية والمادية لدعم ما تبذله البلدان النامية من جهود ترمي إلى مكافحة الجريمة.

تقديم المساعدة التقنية للبلدان النامية - التي يمر اقتصادها بمرحلة انتقالية- لمساعدتها على تلبية ما تحتاج للقضاء على الجريمة المنظمة.

الهوامش ومراجع

1 - DEFLEM .M. Wild Beasts Without Nationalility . The Uncertaain Origins of Interpol 1898-1910. In the Handbook of Trannational Crime and justice. Sage publications 2005. P.276-277.Cas.sc.edu/socy/faculty/Deflem/zwildbeasts.htm

2 - BABOVIC . D. date d'adhesion à l'interpol. revus onterpol N 469. 1988 P54.

3 - BABOVIC . D. date d'adhesion à l'interpol .. OP . CIT . P 248.

HTTP//WWW. . Cas.sc.edu/socy/faculty/ Deflem/znazinterpol.pdf.

4- د/ محمد منصور الصاوي : أحكام القانون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الدولية للمخدرات - دار المطبوعات الجامعية - اسكندرية 1984- ص 651.

5- د/ عبد الواحد محمد الفار : الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها . دار النهضة العربية القاهرة 1996- ص571.

6- تنص المادة 22 من النظام الأساسي للمنظمة على أن اختصاصات اللجنة التنفيذية هي على النحو التالي : أ) الاشراف على تنفيذ قرارات الجمعية العامة

ب)إعداد جدول أعمال الجمعية العامة

ج)عرض أي برنامج عمل أو مشروع ترى منفعة في مكافحة الجريمة

د) مباشرة كافة الاختصاصات التي تفوضها لها الجمعية العامة .

7- د/ علي محمد جعفر : مكافحة الجريمة ? المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى1989- ص 197.

8- اللواء صقر خيرك : المكتب العربي للشرطة الجنائية ? تقرير عن أعمال وقرارات الدورة السبعين للجمعية العامة الدولية للشرطة الجنائية أنتربول - بودبست - المجر 24/28 سبتمبر 2001 - دمشق 2001 ص.5 وما بعد.

(9) DEFLEM.M.MAYBIN.L. INTERPOL AND POLICING OF INTERNATIONAL TERRORISMDEVELOPMENTS AND DYNAMICS SINCE SEPTEMBER 11chapter8 in Terorismm Research reading and Realities Upper Saddle River New jersey http:/ www. Cas.sc.edu /socy/faculty/Deflem/zintpolterror.pdf

10- طلبت منظمة الأمم المتحدة من الإنتربول التحقيق في مقتل رئيس الوزراء اللبناني السابق رفيق الحريري .http:www.interpol.int/public. ar/2005/27ar.

11- سوزان روز أكرمان : ترجمة فؤاد سروجي كتاب يناقش التأشير السياسي والحضاري والاقتصادي للفساد على مجتمعات والأمم والدول، ويقترح وسائل للإصلاح ومكافحة الفساد ودور المجتمع الدولي في السيطرة على الفساد ، وكذلك التشريعات والديمقراطية . ويوضح أيضا دور المجتمع الدولي والشركات متعددة الجنسية في تكريس الفساد .

الناشر الأهلية للنشر عمان - الطبعة الأولى 2003 ص15 وما بعد.

12- المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية اعتمت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة 55 المؤرخ في 15 نوفمبر 2000 .

13 المادة 27 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية اتفاقية سنة 2000.

14- المادة 29 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية اتفاقية سنة 2000.

15- د/ صلاح الدين الجورشي : منظمات حقوق الإنسان ومنعرج ما بعد 11 سبتمبر المجلة العربية لحقوق الإنسان عدد10 – إصدار المعهد العربي لحقوق الإنسان جوان 2003 ص 149.

16- قرار 1373 سنة 2001 الذي اتخذه مجلس الأمن في جلسة 4385 المنعقدة في 28 سبتمبر 2001 .

17- اتفاقية المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة وافق مجلس جامعة الدول العربية عليها بتاريخ 1952/9/14 في دور الانعقاد العادي السادس عشر.

18 - الفصل الرابع من اتفاقية المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة - مرجع سابق .

قمع الإرهاب النووي على ضوء إتفاقية 14 سبتمبر 2005

إعداد: أ. وسيلة شابو

أستاذة محاضرة

كلية الحقوق ـ البليدة

مقدمة

يعد إكتشاف الذرة، في نهاية القرن التاسع عشر، حدثا ثوريا أدخل العالم في عصر جديد مفتوح على كل الإحتمالات و التناقضات. وبعد نصف قرن، أصبحت التكنولوجيا النووية مؤشرا تقاس به درجة التطور العلمي.

لقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية سباقة في هذا المجال، وفضلت إبقاء المعلومات سرية بشأن الموضوع، بموجب قانون إحتكار الصناعة النووية و الطاقة الذرية، المعروف بقانون ماكماهون، الذي صوت عليه الكونجرس سنة 1946. لكن سرعان مازال الإحتكار أمام المنافسة السوفياتية وبداية ظهور معالم الإستخدام السلمي للطاقة الذرية في أوربا، خاصة مع تزايد رخص الصنع، وبدأ القطاع الخاص يهتم بالموضوع. حينئذ، أخذ يتبلور مفهوم القانون الدولي النووي رغم إقتصار قواعده على المقاربة الأمنية.

والواقع أن الطاقة الذرية تشكل سلاحا ذا حدين فبقدر ما تساهم في دفع عملية التنمية، و هذا ما أكد عليه قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 810 ، المؤرخ في 1954.12.04 و المتضمن فوائد الذرة على الإنسانية، بقدر ما تؤدي إلى نتائج مدمرة إذا أسيئ إستعمالها مما إستدعى إعداد الإطار المؤسساتي للرقابة، وسعت بعض الدول إلى إعداد تشريعات

لتنظيم كيفية إستغلال المحطات النووية مع مراعاة المعايير الأمنية التي حددتها الوكالة الدولية للطاقة الذرية للوقاية من المخاطر الكبرى.

غير أن إشتداد المنافسة أوصل أسرار التكنولوجيا النووية الى الدول الهشة سياسيا، خاصة تلك التي تعاني من أزمة المناطق الرمادية أو النزاعات المسلحة، في وقت تفاقمت فيه ظاهرة الإرهاب وتعقدت مع تداعيات العولمة. و من ثم، لا شئ يمنع الإرهابين من الوصول الى أسلحة الدمار الشامل خاصة و أن تطور صناعة الأسلحة النووية قابله الطابع البدائي للأدوات القانونية المعدة للرقابة.

لذلك كان لزاما على المجموعة الدولية أن تجتهد في التصدي لأحدث صورة للإرهاب و المتمثلة في الإرهاب النووي، فتجسد المسعى بإصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 210/51 بتاريخ 12.17. 1996 يتضمن إنشاء لجنة خاصة، أوكلت لها مهمة إعداد مشروع إتفاقية دولية لقمع أعمال الإرهاب النووي، و بالفعل أبرمت الإتفاقية[1].

من هذا المنطلق، يحق لنا أن نتساءل عن مدى مساهمة هذه الإتفاقية في تعزيز الآليات القانونية الدولية لمكافحة الإرهاب على إختلاف صوره، وهذا ما يدعونا بالضرورة إلى التركيز على محاور الموضوع التالية:

- تصنيف جريمة الإرهاب النووي
- أركان جريمة الإرهاب النووي
- الأحكام الخاصة بالإختصاص و الضمانات
- تدابير التعاون الدولي

1 ـ فتحت الإتفاقية الى كل الدول للتوقيع، بمقر منظمة الأمم المتحدة بنيويورك، إبتداء من 2005.09.14 الى غاية 2006.12.31وتدخل حيز التنفيذ في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع وثيقة التصديق، القبول الإعتماد أو الإنضمام الثانية والعشرين، أمام الأمين العام للأمم المتحدة .

www.nations- unies.collection traites . com

أولا : تصنيف جريمة الإرهاب النووي

التصنيف عملية إنتقائية، إقتضتها متطلبات منهجية تتعلق بضرورة تحديد موقع الإرهاب النووي في نطاق النظام العام و النظام القانوني الدوليين، بإعتباره شكل من أشكال الإرهاب الدولي بصورة عامة، و من ثم جريمة أكدت عليها الوثائق والأعمال الدولية ذات الصلة بالموضوع. وهذا ما يقود، بادئ ذي بدء، إلى التعريف بالموضوع.

1 ـ تعريف الإرهاب النووي

إذا كان لفظ الإرهاب يدل، من الناحية اللغوية، على الخوف الشديد و الرعب و الفزع والترويع فلا نبالغ إذا قلنا بأنه لا يوجد تعريف جامع مانع من الناحية الإصطلاحية. ومع ذلك، يتفق أغلب الشراح في بعض جزئياته بإعتباره عمل من أعمال العنف الإرادي الهادف إلى التخويف أو القتل أو الإيذاء المادي للأشخاص و الأعيان بقصد تحقيق هدف معين[2].

وإذا كان هذا عموم الفكرة فقد تفادى واضعو الإتفاقية الخاصة بقمع أعمال الإرهاب النووي إعطاء تعريف دقيق بشأن الموضوع، وإكتفوا بسرد الأفعال التي تشكل الجريمة. وبالرجوع إلى السياق العام الذي وردت فيه، يمكن إعتبار الإرهاب النووي مجمل الأفعال، المقترنة بالإرادة و الإدراك، التي تنطوي على حيازة مواد أو آليات إشعاعية أو صناعتها أو إستعمالها أو إستعمال منشأة نووية أوإلحاق أضرار بها تؤدي إلى تسريب مواد اشعاعية، و كان الدافع وراء كل هذه الأفعال هو قتل أشخاص أوإيذائهم جسديا، أوالتسبب في خسائر مادية للأملاك أو البيئة، أو إكراه أشخاص طبيعيين أو معنويين أو دولة أو منظمة دولية على إتباع مسلك معين، أو التهديد بذلك[3].

و من أجل رفع الغموض و الإبهام عن بعض جزئيات التعريف، أوضحت المادة 01 فقرة 01 من الإتفاقية بأن المادة الإشعاعية هي كل مادة نووية أو تركيبة تحتوي على

2 ـ لتفاصيل أكثر راجع: منتصر سعيد حمودة: الإرهاب الدولي ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006، ص 41 .

3- WWW. un org

النوكليدات التي تتفكك تلقائيا في مسار يرفق بإنبعاث نوع من الإشعاعات الأيونية مثل أشعة ألفا، بيتا، جاما، و النترون ،و التي تستطيع التسبب في الموت أو الأضرار الجسدية أو المادية الخطيرة. و تتمثل المادة النووية في البلوتونيوم و اليورانيوم 233 و اليورانيوم المخصب بالجسم النووي 235 أو 233 و اليورانيوم الموجود في الطبيعة بإستثناء الشكل المعدني المتين. أما المنشأة النووية فهي، حسب الفقرة الثالثة من ذات المادة، كل مفاعل نووي بما فيه المفاعل الموجود على متن سفينة أو مركبة أو طائرة أو جسم فضائي كمصدر لطاقة الدفع أولأي غرض آخر. وعرفت الفقرة الرابعة الآلية بأنها كل جهاز نووي متفجر، أو كل آلية مخصصة لنشر الإشعاعات أو إرسالها و التي تسبب الموت أو الأضرار الجسدية أو المادية للأملاك أو البيئة[4].

و عليه، يقترن مصطلح الإرهاب النووي بميزة المرونة التي تتصف بها الأخطار الناجمة عن القصد من التعامل مع مواد غاية في الحساسية.

2 ـ الإرهاب النووي تهديد للنظام العام الدولي

لا يقتصر الإرهاب النووي على الترويع بل يمس كافة عناصر النظام العام الدولي أي مجمل القواعد القانونية الدولية، ذات طبيعة آمرة، التي لا تجوز مخالفتها على أساس أنها تحمي مصالح مشتركة للمجموعة الدولية. فهي تتناقض مع حالة الفوضى الدولية وتعبر عن السكينة و الإستقرار.

و يمكن إدراك مدى إخلال الإرهاب النووي بالنظام العام الدولي بالنظر إلى طبيعة الحقوق محل الحماية. ورغم سعة الموضوع إلا أنه يشكل خطرا على الصحة العامة، إذ أكدت الدراسات العلمية على أن البلوتونيوم سريع التسرب إلى الدم والعظام ويسبب الوفاة في ظرف لا يزيد عن شهرين. كما تتسبب المواد النووية، عموما، في أمراض

4 - Ibid.

سرطانية، و تضعف جهاز المناعة. و تسبب الأشعة تفاعلات أيونية و تهيج الجزيئات داخل الجسم، و تحدث العملية على مستوى نواة الخلية أين تتواجد جزيئات A.D.N فتخرب أو تشوه التركيبة الجينية و تهدد السلالة البشرية[5].

علاوة على ذلك، يلحق الإرهاب النووي أضرارا عميقة بالبيئة، بالنظر إلى تركيبة المواد النووية، وفي ظل غياب اليقين العلمي بشأن إمكانية إحتوائها. و تتمثل في تلوث إشعاعي خطير بإختلاط المواد النووية، كعناصر دخيلة، مع مكونات الوسط الطبيعي فتتغير خواصها و تفسد تركيبتها، وتنعكس على مصير الكائنات التي تتفاعل في النظام البيئي.

و يكون الضرر شاملا بسبب سرعة انتشار التلوث على إعتبار أن البيئة وحدة مركبة. والتلوث عملية تراكمية عبر الأزمنة، تعيق إستمرارية و تعاقب الأجيال عند ما تصبح البيئة غير قابلة للإعتياش بما يتنافي و المبدأين 1و2 من إعلان ستوكهولم الصادر في 1972.06.16.

و عليه يعتبر الإرهاب النووي جريمة دولية غير عادية من حيث فداحة الخطر و جسامة الضرر، فالمسألة لا تتعلق بأفراد أو دول بل تقوض مصير الإنسانية ككل لأن الأمن القومي شديد الإرتباط، وجودا و عدما، بأن المجموعة الدولية. وبالتالي، فهو سلوك همجي يهدد السلم و الأمن الدوليين، و يهدم علاقات الصداقة بين الأمم.

3 ـ الإرهاب النووي جريمة مخلة بسلم و أمن الإنسانية

في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ظهرت فداحة الأضرار البشرية و المادية الناتجة عن العنف المفرط و الممنهج، فكلفت الجمعية العامة للأمم المتحدة اللجنة القانونية (اللجنة السادسة) التابعة لها، بموجب القرار رقم 177، الصادر في 1974.11.21، بإعداد مشروع التقنين الخاص بالجرائم المخلة بسلم و أمن الإنسانية لضمان عدم إفلات مرتكبيها من

5 - Dominique et Michelle FREMEY: Quid 98: Tout sur tout et un peu plus que tout, Ed Robert LAFFONT, Paris, 1998, p 1631.

المسؤولية الجنائية الدولية و العقاب، ثم أحالت المشروع على لجنة القانون الدولي التي بادرت بمعالجة الموضوع. و بعد عقود من الجدل الفقهي و الخلاف السياسي، أصدرت اللجنة القانونية القرار رقم 151/42، بتاريخ ، 1987.12.07 يتضمن مشروع مدونة لتلك الجرائم[6].

و أمام صعوبة التوصل الى إيجاد معايير دقيقة للتصنيف، إكتفي المعنيون بإعداد قائمة حصرية لتوضيح مضمونها و نطاقها. و بتفحص القائمة البيانية، يمكن إدراك مدى إخلال تلك السلوكات بقواعد ومقومات النظام العام الدولي الضامنة لإستمرار الدول وبقاء الجنس البشري[7].

و قد نظمت المادة 24 من مشروع المدونة جريمة الإرهاب الدولي بإعتبارها تندرج في تصنيف الجرائم المخلة بسلم و أمن الانسانية، و أخذتها على عموم مفهومها ولم تحصرها في شكل معين. لذلك، ينبغي الجنوح الى القاعدة المنطقية القائلة بأن ما يستغرق الكل يستغرق بالضرورة الجزء عن طريق الإستدلال و القياس. وبهذا المعنى، يستغرق التصنيف الإرهاب النووي وسائر أشكال الإرهاب الأخرى طالما أنها تتخذ طابعا دوليا.

ثانيا : أركان جريمة الإرهاب النووي

الجريمة، كأصل عام، هي كل فعل يخل بالنظام العام، يقوم على أركان تبين خصوصياته، و تمهد السبيل لإرساء نظام المسؤولية الجنائية و الجزاء. و لا تخرج جريمة الإرهاب النووي عن هذا الإطار. لذلك ، لابد من تحديد أركانها على ضوء الإتفاقية موضوع الدراسة.

---

6 - UN . DOC. ST/ ILC/ SER, 21, P 7.

7 - Yves DAUDET: Les travaux de la commission du droit international, AFDI, 1999, 558.

1- الركن الشرعي

تحدد جريمة الإرهاب النووي، على غرار باقي الجرائم، إستنادا إلى مبدأ الشرعية إذ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص[8]. ونظرا لإفتقار المجتمع الدولي إلى سلطة تشريعية منشئة للقواعد المجرمة للأفعال تبقى المعاهدات الشارعة هي السبيل الأفضل لتقنين الموضوع.

بيد أن إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بقمع أعمال الإرهاب النووي إكتفت في الفقرة06 من ديباجتها بتكييف كل الأفعال الإرهابية بالإجرامية، و إمتنعت عن إقرار نصوص عقابية، مفضلة ترك السلطة لكل دولة متعاقدة من أجل إتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لإعطاء وصف جنائي للأفعال التي تشكل الركن المادي لجريمة الإرهاب النووي وقمعها من خلال عقوبة تتماشى مع خطورتها. وتنص المادة 06 من الإتفاقية على أن تعتمد الدول التدابير التي تحول دون إعطاء مبررات سياسية، فلسفية، إيديولوجية، عرقية، إتنية، دينية أو من طبيعة أخرى مماثلة.

و عليه، ينبغي أن يراعي المشرع هذه الضوابط ويجتهد في إيجاد النصوص الرادعة التي تتناسب مع خطورة الأفعال.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 04 فقرة 03 من الإتفاقية قد إستبعدت القوات المسلحة من الخضوع للأحكام الخاصة بالإرهاب النووي، و هذا لا يعني أن إرتكاب أفعال مماثلة تعفيها من المتابعة القضائية، فيمكن ذلك لكن في إطار قوانين أخرى. و من ثم، فالمطلوب من الدول أن تسن ما يلزم من قوانين لسد الثغرات التي يحتمل أن يتنصل من خلالها مرتكبو الأفعال المطابقة لما ورد في المادة2 من الإتفاقية تحت غطاء القوات المسلحة، ولا يجوز أن تتجاوز المؤسسة العسكرية القوانين و الأعراف السائدة بخصوص مهمة الدفاع والتسلح.

---

(8) أكدت على هذا المبدأ المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية.

2ـ الركن المادي

لم تراع الإتفاقية العنصر الشخصي و إعتبرت أيا كان[9] مذنبا متى إرتكب نشاطا ماديا يندرج في سياق الإرهاب النووي، وفصلت المادة 02 مظاهره في السلوكات التالية:

ـ حيازة مواد إشعاعية، أو حيازة أو صناعة آلية بنية إحداث وفاة لشخص معين، أو التسبب له في أضرار جسدية خطيرة، أو إلحاق خسائر مادية بالأملاك أو بالبيئة.

ـ يعد مرتكبا لذات الأفعال كل من حاول ذلك و لو لم تتحقق الوقائع.

ـ إستعمال مواد أو آليات إشعاعية بأية طريقة كانت، أو إستعمال منشأة نووية أو إلحاق أضرار بها، بشكل يؤدي إلى تسرب أو خطر تسرب مواد نووية، بنية إحداث وفاة لشخص أوالتسبب له في أضرار جسدية خطيرة، أو التسبب في خسائر مادية تلحق بالأملاك أو بالبيئة .

ـ إكراه شخص طبيعي أو معنوي أو منظمة دولية أو حكومة على القيام بفعل أو الإمتناع عن سلوك معين أو التهديد في ظروف تجعله آيل للجدية، لا سيما بإستعمال القوة.

وقد أشارت المادة 04 فقرة 02 إلى الشريك في الأفعال المذكورة أعلاه، وإعتبرته في نفس المركز كالفاعل الأصلي، وكذلك الحال لمن تولى تنظيم العملية الإجرامية أو أعطى أوامر بإرتكابها أو ساهم في ذلك بأية طريقة كانت.

وقد أوردت المادة 04 فقرة 02 إستثناءين من الركن المادي بإستبعادها نشاطات القوات المسلحة في فترة نزاع مسلح، بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الإنساني، وكذلك النشاطات التي تمارسها القوات المسلحة لدولة معينة بمناسبة أداء وظائفها الرسمية.

و بالتمعن في المادة 07 من الإتفاقية الخاصة بالحماية الفيزيائية للمواد النووية، الصادرة في03. 1980.03، نجد أفعالا مماثلة لما ورد في المادة 02، تخص سرقة و توزيع

(9)تستغرق عبارة (أيا كان) الأشخاص الطبيعيين و المعنويين، الأفراد و المجموعات، العناصر الخاصة والرسمية.الخ.

وإستعمال المواد النووية بطريقة غير قانونية أو التنازل عنها لذات الدوافع و النوايا دور إعطائها وصف الإرهاب النووي مما يدل على أن الفكرة واكبت تطور الأحداث الدولية [10]

3 ـ الركن المعنوي

نصت الفقرة الأولى من المادة 02 على أنه "يرتكب عملا بمفهوم الإتفاقية الحالية.بشكل إرادي." وعليه، فمرتكب الفعل يعلم و يدرك تماما أن ضحاياه من الأبرياء ليست لهم حسابات شخصية معه و مع ذلك، تتجه إرادته نحو إيذائهم مما يجعل العامل النفسي قائما.

إن الترويع الذي تنشره جريمة الإرهاب النووي يتضمن إنكارا لقاعدة حفظ السلم والأمن الدوليين لأن إرادة مرتكبها تتعمد التخويف و تتوفر على عنصري العلم و الإدراك بمدى الخسائر التي ستلحقها، فينفذ الفعل و هو يتوقع النتيجة المدمرة والرعب في نفوس الشعوب، وخلق الفوضى و الإضطراب يجعل الترويع شاملا، تمتد آثاره إلى الإنسانية ككل أينما كان موقع الجريمة .

و عليه، يرتكز العنصر المعنوي على كون الجريمة عمدية، تقوم على قصد جنائي يفوق خطورة القصد الذي يملكه المجرم العادي، وهنا تكمن ذروة العنف.

4 ـ الركن الدولي

نصت المادة 03 على أنه لا تطبق أحكام الإتفاقية في حالة إرتكاب الفعل على إقليم دولة واحدة و كان المشتبه فيه و الضحايا من رعاياها، ووجد المشتبه فيه داخل إقليمها،ولا توجد أية دواعي لكي تمارس دولة أخرى إختصاصها بهذا الشأن.بمفهوم المخالفة ، تطبق أحكام الإتفاقية إذا توفرت الجريمة على عنصر أجنبي أي ضرورة إصطباغها بالصفة الدولية.

10 .http://www.vilp.de

ويقصد بالجريمة الدولية تلك الأفعال التي يحظرها القانون الدولي وتصيب المصالح التي يحميها بضرر أو تعرضها للخطر.فهي حسب الأستاذ سلدنا "saldana..تتوزع عناصرها القانونية و الأنتروبولوجية على أراضي متعددة وبين جنسيات و سلالات مختلفة..."[11].

وعليه،تتمثل معايير الركن الدولي لجريمة الإرهاب النووي في:

- تجاوز أماكن إعداد الفعل وتنفيذه الحدود السياسية.
- تعدد جنسيات الفاعلين و الضحايا.
- شمولية الجريمة أي أنها عابرة للحدود بالنظر إلى قابلية المواد الإشعاعية للإنتشار على مسافات طويلة.
- ترويع الضمير الإنساني و إثارة الفوضى و الإضطراب داخل المجتع الدولي.

ثالثا : الإختصاص الجنائي و الضمانات

إن منطلق المتابعة القضائية هو تحديد الإختصاص الجنائي و منح ضمانات قانونية للمشتبه فيه.ويستتبع ذلك بيان كيفية التصرف في محل الجريمة كما سيتبين.

1 - الإختصاص الجنائي

تعتمد كل دولة متعاقدة التدابير الضرورية لإقامة إختصاصها حسب الحالات التي بينتها الماد09 من الإتفاقية،وهي:

- إرتكاب الفعل على إقليمها أو على متن سفينة تحمل علمها أو على متن طائرة مسجلة وفقا للتشريع الخاص بها أثناء إرتكابه.
- إرتكاب الفعل من طرف أحد رعاياها.

11 - أشير الى هذا التعريف في مرجع: محمد الفاضل:التعاون الدولي للمكافحة الإجرام،مطبعة المفيد الجديدة، دمشق ،1967،ص 360.

- إرتكاب الفعل ضد أحد رعاياها أوضد منشأة عامة تابعة لها، تقع خارج إقليمها، بما في ذلك السفارة أو بنايات المصالح الدبلوماسية أو القنصلية الخاصة بها .

- إرتكاب الفعل من طرف شخص عديم الجنسية يملك إقامة معتادة على إقليم الدولة .

- الهدف من إرتكاب الفعل هو إكراه الدولة المعنية على القيام بعمل معين أو الإمتناع عن عمل .

- إرتكاب الفعل على متن طائرة تستغلها حكومة الدولة المعنية.

ويتعين علي كل دولة طرف،أثناء التصديق،القبول أو إعتماد الإتفاقية،إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بقواعد الاختصاص التي حددتها في تشريعها الداخلي .

وفي حالة وجود المشتبه فيه داخل إقليمها ورفضت تسليمه،حينئذ إشترطت المادة 11 فقرة01 من الإتفاقية مباشرة الدعوى الجزائية دون تأجيل. و يستوي في ذلك أن يكون قد ارتكب الفعل داخل إقليمها أو لا تجسيدا لقاعدة فقهية نادى بها جروسيوس «Aut dedere,Aut punire» ومفادها أن يكون للدولة الخيار في محاكمة المذنب أمام قضائها الوطني أو إحالته على قضاء دولة أخرى مختصة لضمان عدم إفلاته من العقوبة[12].

وتجدر الإشارة إلى أن الاختصاص يشمل مرحلة التحقيق، طبقا للمادة 10 فقرة 01، في حالة وصول معلومات إلى الدولة بإرتكاب الفعل أو وجود المشتبه فيه على إقليمها،فتلتزم بتقصي الحقائق و ضمان التسليم أو التابعة القضائية و إلتزامها بإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بالنتيجة النهائية طبقا للمادة 19 من الإتفاقية.

2 ـ ضمانات المشتبه فيه أو الفاعل

منحت المادة 10 فقرة 03 من الاتفاقية ضمانات للمشتبه فيه أو الفاعل بعد توقيفه، تشمل الحقوق التي تمارس في إطار القوانين المعمول بها في الدولة التي يتواجد على إقليمها،وهي :

12- راجع في ذلك :محمد الفاضل:المرجع السابق،ص 152 .

- الإتصال دون تأجيل بممثل الدولة التي يحمل جنسيتها، أو تلك المؤهلة لحماية حقوقه ،أو التي يملك على إقليمها إقامة معتادة إذا كان عديم الجنسية.

- تلقي زيارة ممثل الدولة المعنية.

- إبلاغ المشتبه فيه أو الفاعل بالحقوق المذكورة أعلاه.

ويحق للدولة المعنية،طبقا للمادة 10 فقرة 05، دعوة اللجنة الدولية للصليب الأحمر للإتصال بالمشتبه فيه أو الفاعل وزيارته .وتلتزم الدولة التي إحتجزته إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة و الدول الأطرف التي أقامت إختصاصها بذلك.

وأضافت المادة 12 ضمانا للمشتبه فيه أو الفاعل، الذي أودع الحبس أو إتخذت تدابير ضده، يكفل له الحق في معاملة منصفة ومحاكمة عادلة وفقا للمعايير الدولية التي أوردتها المادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

3 - التصرف في محل الجريمة

حرست المادة18 من الإتفاقية على إلزام الدولة التعامل بحذر مع المواد أو الآليات الإشعاعية أو المنشآت النووية عقب إرتكاب الجريمة.فبعد التحكم في رقابتها،تلتزم الدولة الحائزة بإيقاف مفعولها وحجزها طبقا للضمانات الأمنية التي حددها الوكالة الدولية للطاقة الذرية لاسيما الحماية الفيزيائية ومعايير الصحة العامة و الأمن[13].

وبعد إنتهاء مرحلة التحقيق،تعاد تلك المواد إلى الدولة المالكة أو التي يتبعها الشخص الطبيعي أو المعنوي مالك المواد، أو إلى الدولة الطرف أين تم الإستيلاء على المادة أو الحصول عليها بطريقة أخرى غير مشروعة،بعد التشاور بشأن كيفية إرجاعها .

وأثارت المادة 18 فقرة 03 مسألة وجود قيد قانوني يمنع دولة طرف من إرجاع أو قبول تلك المواد و الآليات و المنشآت النووية،أو إذا أقرت الدول الأطراف ذلك،فعلى الدولة

13 - المادة 04 فقرتين 02 و 03 من الاتفاقية الخاصة بالحماية الفيزيائية المواد النووية، الصادرة في 03. 03. 1980 .

الحائزة الإستمرار في إتخاذ التدابير الأمنية.أما إذا كانت الحيازة غير قانونية تلتزم بتركها لدى دولة يمكن أن تحوزها بطريقة قانونية بشرط تقديم ضمانات تخص إيقاف مفعولها.

وأضافت الفقرة الرابعة من ذات المادة حالة عدم ملكية إحدى الدول الأطراف أو أحد رعاياها أو مقيم على إقليمها لتلك العناصر النووية،أو لم تكن مهيأة لإستقبالها.عندئذ، تتخذ قرارا بشأنها بعد التشاور مع الدول الأخرى و المنظمات الدولية المعنية.وفي كل الأحوال، ينبغي إبلاغ المدير العام للوكالة الدولية للطاقة الذرية بكيفية الإحتفاظ بها ومآلها.

رابعا :تدابير التعاون الدولي

تستدعي خطورة جريمة الإرهاب النووي تكثيف مجالات التعاون الدولي لقمعها لأن مقتضيات السلم و الأمن الدوليين تتطلب ذلك مع مراعاة مبدأ المساواة في السيادة، والوحدة التربية للدول، و عدم التدخل في شؤونها الداخلية.و تشمل التدابير الجوانب التشريعية،القضائية و التنظيمية.

1 ـ التعاون التشريعي

أمام عدم اكتمال معالم القانون الدولي الجنائي يظل التعاون التشريعي أسلوبا للتكامل في مجال قمع جريمة الإرهاب النووي من خلال تهيئة النصوص القانونية الرادعة.وقد نصت المادة 07فقرة01/ أ من الإتفاقية على إلتزام الدول بإدراج الأفعال الواردة في المادة 02 في تشريعاتها الداخلية، و إعداد النصوص المانعة لنشاطات الأفراد و المجوعات و المنظمات غير القانونية التي تشجع،تنظم،تمول أو تقدم المساعدة التقنية أو المعلومات لإرتكابها .

كما يقتضي التعاون التشريعي ضرورة توحيد المعايير المحددة لجريمة الإرهاب النووي، وإزالة التناقضات بين التشريعات بشأن مسألتي التجريم و العقاب.لذلك،ناشدت

الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول بجعل تشريعاتها مطابقة للإتفاقيات الدولية الخاصة بالإرهاب الدولي[14].

2 ـ التعاون القضائي

تتعلق تدابير التعاون القضائي بمرحلة التحقيق و التسليم و التحويل كما سيتضح .

أـ مرحلة التحقيق

إن منطلق التعاون القضائي هو تبادل المعلومات وتنسيق التدابير الإدارية و الإجراءات الجزائية لجمع الأدلة بشأن الجريمة و مكافحتها،طبقا للمادة07 فقرة 1/ب من الاتفاقية، تمهيدا للمتابعة القضائية[15].وتركت للدول الأعضاء حرية إيجاد الوسائل الضرورية للإستعلام بشأن الأفعال الواردة في المادة 02 و الأعمال التحضيرية لها مع إلتزامها بالحفاظ على الطابع السري للمعلومات.كما يجوز لها الإمتناع عن تقديمها إذا كان في ذلك تهديد لأمنها أو مساسا بالحماية الفيزيائية للمواد النووية .

ب ـ التسليم

أكدت المادة 13 من الإتفاقية على أن الأفعال المشار إليها في المادة 02 تعد، بقوة القانون،قابلة للتسليم،و في غياب معاهدة بهذا الخصوص تعتبر الإتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي أساسا قانونيا للتسليم. لذلك، لا ينبغي رفضه بحجة أن الأفعال وقعت لأسباب أو دوافع سياسية.غير أن المادة 16 من الإتفاقية جردت التسليم من الطابع الإلزامي إذا رأت الدولة التي تتلقى الطلب بأن المتابعة مرتبطة بإعتبارات عرقية، دينية، رابطة الجنسية أو الرأي السياسي.

14- AG.RES 40/61, 09.12.1985 . par5 .

15-CF.AG.RES 40/61, 09.12 .1985 . par8.

-AG.RES 42/159 , 07.12.1987. par 5 - B.

جـ -التحويل

نصت المادة 17 من الإتفاقية على جواز نقل شخص قيد الحبس أو يقضي فترة العقوبة على إقليم إحدى الدول الأطراف إلى دولة أخرى متعاقدة إذا كان حضوره ضروريا للإدلاء بشهادته، أو لتحديد هويته، أو لتقديم المساعدة أثناء تقصي الوقائع، في إطار تحقيق أو متابعة تمت مباشرتها بناءا على أحكام الإتفاقية الحالية، متى توفرت الشروط الواردة في الفقرة 01 من ذات المادة وهي:

- أن يقدم الشخص المعني موافقته بحرية وإدراك.

- أن توافق السلطات المختصة في الدولتين على العملية ما لم تطرح شروط خاصة .

وعليه، تلتزم الدولة المستقبلة بإبقاء الشخص المعني قيد الحبس ما لم ترخص الدولة المرسلة بخلاف ذلك.فتحتسب تلك الفترة ضمن المدة المقررة لقضاء العقوبة طبقا للفقر02/د من ذات المادة.كما لا يمكن إغتنام الفرصة لمتابعة أو تقييد حرياته بسبب أفعال أو أحكام بالإدانة سابقة على تاريخ التحويل. و لا يمكن،بأي حال من الأحوال،إعتبار العملية بمثابة تسليم لأنه بمجرد إنتهاء المهمة تلتزم الدولة المستقبلة بإرجاع المعني إلى الدولة المرسلة حسب ما قرره الطرفان.

3 - التعاون التنظيمي

نظمت المادة07فقرة 04 الإطار التنظيمي من خلال إتصال الدولة الطرف بالأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة و إبلاغه بشكل منتظم بما قررت إتخاذه، و التنسيق مع مراكز الربط المكلفة بالإتصال و تلقي المعلومات.وبدوره، يتولى الأمين العام إبلاغ الدول و الوكالة الدولية للطاقة الذرية، كجهاز للرقابة، حتى تتخذ ما تراه مناسبا بهذا الشأن.وقد أبرزت الفقرة 11 من منطوق قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، قم 159/42، المؤرخ في07. 12. 1987، أهمية التنسيق بين الدول و الوكالة،و هي فكرة تسند إلى حتمية الدفاع الإجتماعي و المحافظة على النظام العام الدولي بعدما رفض إقتراح إنشاء سلطة دولية لتسيير النشاطات الخطيرة [16].

16- Jean - Marie RAINAUD : Le droit nucléaire, Collection Que sais -je? Ed PUF Paris, 1994, p14.

خـــاتمة

لقد تعاظمت أخطار التطور التكنولوجي، في ظل إنفلات مشاكل الشعوب من الحدود الإقليمية للدول، خاصة مع تداعيات التغيرات العميقة التي مست النظام الدولي، فيما إصطلح عليه العولمة، فتراجع دور الدول أمام صعوبة التحكم في نظم الإتصالات التي أفرزتها التكنولوجيا الرقمية ،وأصبح الإرهاب النووي حقيقة ميدانية قابلة للتنفيذ بأخطر الوسائل وأفتك المواد .

إن مجرد ظهور عناصر تعتنق الإرهاب النووي و تتبنى المنهج الفوضوي بإستخدام غير مشروع للمواد و الأجهزة ذات تركيبة نووية يعد في حد ذاته مصدر خطر للمجموعة الدولية و يقوض مصير الإنسانية. لذلك سيكون للإتفاقية، موضوع الدراسة، شأن كبير في تمهيد السبيل لإعداد ضوابط قانونية للردع لا تدع مجالا لخروج الصناعة النووية عن السيطرة، و تساهم في تطوير و تدوين قواعد القانون الدولي الجنائي، و تعزز قواعد القانون الدولي النووي.

و الحال كذلك، ينبغي تجرد الدول النووية من نزعتها الأنانية و الإلتفات إلى المصلحة المشتركة للمجموعة الدولية من خلال نقل تكنولوجيا التحكم في المواد النووية و تقنيات إحتوائها في حالة إرتكاب جريمة الإرهاب النووي.كما ينبغي التحكم في المصدر بضبط قواعد الرقابة و السيطرة على الآليات و المنشآت النووية و على مواقع تواجد المواد الأولية التي تدخل في الصناعة النووية .و تستكمل الجهود الدولية بإجراء مراجعة دولية للمعايير التقنية الخاصة بالصناعة و المعالجة و الوقاية و السلامة الأمنية و ربطها بضوابط قانونية دقيقة ليبقى المجال النووي قيد الإستخدامات السلمية و تحت الرقابة الدولية.

Résumé:

Le terrorisme nucléaire se classe dans la catégorie de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et menace l'ordre public international . Pour cette raison, l'ONU s'est penchée à étudier la question et a élaboré une convention répréssive le 14.09.05. cette dernière précise les éléments du crime et instaure la résponsabilité pénale internationale.

Les Etats doivent, donc, s'impliquer en établissant leur compétence afin de connaitre les infractions et en intégrant la coopération internationale pour instaurer les mesures législatives, judiciaires et réglémentaires afin de prévenir l'usage illicite des matières nucléaires et réprimer les infractions.

المراجع :

1-www.nation- unies.collection trait

2-منتصر سعيد حمودة :الإرهاب الدولي،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 41.

3 -www.un.org.

4 - Dominique et Michèlle FREMEY:Quid 98:Tout sur tout et un peu plus que tout,Ed Robert LAFFONT, Paris, 1998,p 1631.

5- UN.DOC.ST/ILC/SER,2L,P7.

6-Yves DAUDET:Les travaux de la commission du droit international,AFDI 1999,558 .

7- http://www.vilp.de.

8 - محمد الفاضل:التعاون الدولي لمكافحة الإجرام،مطبعة المفيد الجديدة، دمشق ، 1967ص 360.

9- AG.RES 40/61.09.12.1985.

10-AG.RES 42/159.07.12.1987.

11- Jean-Marie RAINAUD: Le droit nucléaire,Collection Que sais- je?Ed PUF Paris, 1994, p14.

متطلبات نجاح إتفاق الشراكة الأوروجزائري

بقلم الأستاذ : ناصر مراد

كلية العلوم الإقتصادية و علوم التسيير

جامعة البليدة

الملخص

تشكل الشراكة بين الجزائر و الإتحاد الأوروبي ضرورة حتمية لمصلحة الطرفين ، و لتفعيل الإقتصاد الوطني بحيث تسمح بتطوير تنافسية الإقتصاد و الإندماج في الإقتصاد الدولي . و تطرح الشراكة الأوروبية الجزائرية عدة قضايا و التي تشكل شروط نجاح هذه الشراكة و إستمرارها ، لذلك يجب تحديد شروط تنفيذها مع مراعاة الإختلاف الموجود بين الطرفين . و قد تناولت الدراسة مختلف هذه الشروط من خلال التطرق إلى تأهيل المؤسسة الجزائرية، تأهيل محيط المؤسسة ، تأهيل التكوين و الإجراءات المرافقة

المقدمة

في سنة 2002 وقعت الجزائر رسميا إتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي ، والذي دخل حيز التنفيذ إبتداءا من الفاتح سبتمبر 2005، تعتبر الشراكة إتفاق بين طرفين فأكثر لتحقيق أهداف معينة و محددة الزمن ، و ترتكز الشراكة على الثقة و حسن النية بين الأطراف المعنية ، و تتضمن الإلغاء التدريجي للرسوم الجمركية على مدى 12 سنة أي إلى غاية سنة 2017 ، قصد إقامة منطقة تبادل حر ، و تقديم مساعدات مالية للجزائر من خلال برامج MEDA قصد تأهيل المؤسسات الجزائرية . إلا أن هذا الإتفاق يتم بين إتحاد

أوروبي متطور تكنولوجيا و فنيا و ماليا و منتجات ذات قدرة تنافسية عالية ، بينما نجد الإقتصاد الجزائري يعتمد على المحروقات (97% من إجمالي الصادرات)، و تشتغل طاقاته الإنتاجية أقل من 50 % ، كما أنه يعاني من مشاكل هيكلية و أزمات خانقة تعكس الظروف الصعبة التي تعيشها المؤسسات الجزائرية .

و إنطلاقا من هذا التباين الذي يميز الطرفين يتطلب إتفاق الشراكة ما بين الجزائر و الإتحاد الأوروبي توفر عدة عناصر النجاح على جميع المستويات . في هذا المجال نتساءل عن الإجراءات التي يجب إتخاذها لضمان نجاح إتفاق الشراكة الأوروجزائري ؟

من خلال هذه الدراسة سنتطرق إلى العناصر التالية :

- تأهيل المؤسسات الجزائرية
- تأهيل محيط المؤسسة
- تأهيل التكوين
- الإجراءات المرافقة

أولا : تأهيل المؤسسات الجزائرية

نقصد بالتأهيل على أنه تحضير و تكييف المؤسسة و محيطها وفق متطلبات التبادل الحر ، مع إدخال آليات للتقدم قصد تقوية نقاط القوة و إمتصاص نقاط الضعف التي تتعلق بالمؤسسة [1] . و يعمل التأهيل على تحسين أداء المؤسسة من خلال القضاء على نقاط الضعف ، و تحسين نقاط القوة و هذا يستدعي إتخاذ مجموعة من الإجراءات في ظل المنافسة الدولية ، و التكيف مع التحولات الإقتصادية الدولية قصد الإندماج في الإقتصاد الدولي ، و الإستعداد للمنافسة التي ستنتج عن الدخول الحر للسلع الأوروبية نحو السوق الجزائري، و بذلك تصبح المؤسسات خاصة الصغيرة و المتوسطة تنافسية على مستوى الأسعار و الجودة و قادرة على مواكبة تطور الأسواق ، و في هذا المجال يجب مراعاة ما يلي:

1 - www. mir - algeria 3 org, la mise à niveau des entreprises, site web de ministère de l'indusrie, consulté le 13 /09/2008.

- الإنتاج بالمواصفات الدولية
- إعتماد المنافسة الشديدة كمتغير ضمن إستراتيجية المؤسسة
- الإهتمام بالتصدير و الإندماج في السوق الدولي

و يعتبر التأهيل عملية مستمرة في الزمن و تتركز على التجديد ، التطوير و البحث ، ولتنفيذ برنامج التأهيل يجب توفر إرادة قوية للتغيير ، بالإضافة إلى إمكانية تحسين الوضع المالي و الإقتصادي للمؤسسة ، أي يجب أن يكون تقرير الخبير الخاص بتشخيص المؤسسة إيجابي ، بالإضافة إلى ذلك يتوقف نجاح التأهيل على إتخاذ عدة إجراءات تتمحور في العناصر التالية :

- تجديد أساليب التنظيم و الإنتاج ، الإستثمار و التسويق ، و كذلك التحكم في التكاليف و الجودة وفق قواعد السوق .
- إقرار برنامج و هياكل كفيلة بتنفيذ التأهيل .
- التركيز على الموارد البشرية من خلال الإهتمام بالتكوين الذي يعمل على الإنتاج بالمقاييس الدولية ، و بالتالي زيادة القدرة التنافسية للمؤسسة .
- تحسين عناصر المؤسسة في ظل التسيير الامركزي.
- مرافقة إعادة هيكلة القطاع الصناعي و برامج إعادة التأهيل قصد تحسين القدرة التنافسية للمنتجات الجزائرية .
- التحكم في أساليب التسيير و التسويق مع إستيعاب التكنولوجية المتطورة .
- ترقية الإستثمار المباشر و الشراكة الصناعية

و يهدف برنامج التأهيل إلى تحقيق ما يلي :

- عصرنة القطاع الصناعي بما يتناسب و المطلوب دوليا [2].

2 - قصاب سعدية ، الإقتصاد الجزائري بين التأهيل للشراكة الأوروبية و الأداء للإندماج في الإقتصاد العالمي ، مداخلة في الملتقى الدولي حول أهمية الشفافية و نجاعة الأداء للإندماج الفعلي في الإقتصاد العالمي، كلية العلوم الإقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر، 2003 .

- تدعيم و تقوية قدرات هياكل الدعم و ترقية الصناعات المنافسة .

- تحسين قدرات المنافسة للمؤسسة الصناعية .

- نقل المؤسسة من وضعية غير جيدة و أقل تنافسية إلى وضعية أفضل و أقدر على الإستمرار في ظل محيط تنافسي يتميز بالتهديدات و الفرص ، فالتأهيل يسمح للمؤسسة باستغلال الفرص التي يقدمها المحيط وتجنب التهديدات التي تؤثر على إستمرارها[3] .

- ضمان شروط الإنتاج و بالتالي تحسين الإنتاجية و جعلها أكثر تنافسية سواء على المستوى المحلي أو الدولي بالإضافة إلى المساهمة في النمو الإقتصادي .

و يتطلب تأهيل المؤسسة إتخاذ عدة إجراءات و التي تعمل على تحسين القدرة التنافسية للمؤسسة وتمكين نظام الإنتاج من التكيف مع متطلبات السوق الدولي، وتشمل هذه الإجراءات ما يلي :

- إعداد سياسة إقتصادية تعمل على رفع المستوى التأهيلي المؤسسات .

- توفير الآليات الضرورية التي تسمح للمؤسسات و الهيئات الحكومية القيام بإجراءات على المستوى القطاعي و الجزئي .

- تأهيل الأداة الإنتاجية و توسيع النسيج الصناعي الوطني.[4]

- تحسين طرق الإنتاج و المراقبة و التخطيط .

- عصرنة طرق التسيير من خلال إدماج إطارات أجنبية ضمن إدارة المؤسسة قصد التحكم في تقنيات وأساليب التسيير وفق المعايير الدولية .

- تحسين الأداء الإقتصادي المؤسسات العمومية بتطوير إنتاجها و هيكل أسعارها وإعطاء الأولوية للقطاع الخاص مع تقليص تدخل الدولة في الأنشطة الإنتاجية.

---

3 - ناصر دادي عدون ، عبد الرحمان بابنات ، دراسة حول تأهيل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و تحسين تنافسيتها مع نظرة أولية على حالة الجزائر ، مجلة الإصلاحات الإقتصادية و الإندماج في الإقتصاد العالمي ، العدد الثالث ، المدرسة العليا للتجارة ، 2007 ، ص 48 .

4 - زايري بلقاسم ، السياسات المرافقة لنجاح منطقة التبادل الحر ما بين الإتحاد الأوروبي و الجزائر ، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد الثالث ، جامعة الشلف ، 2005 ، ص 49.

- تشجيع المؤسسات الوطنية على تبني نظام الجودة الشاملة، و الحصول على شهادة مطابقة لنظام الجودة العالمية ISO ، و الذي يعكس المستوى الذي وصلت إليه المؤسسات و قدرتها على مواجهة المنافسة الأجنبية .

- إعتماد المنافسة الشديدة كمتغيرة يجب مواجهتها ، مع ضرورة الإهتمام بالتصدير كهدف أساسي وإستراتيجي للمؤسسة [5] .

- تحويل التكنولوجيا و إقتناء رخص الإختراعات .

- إعداد برامج إعلامية لها تأثير على القدرة التنافسية للمؤسسة.

- تدعيم الإجراءات المتعلقة بالبحث عن شركاء .

- تجديد التجهيزات و تحديث تقنيتها و التي تؤدي إلى تخفيض في التكاليف و تحسين الإنتاجية .

- دعم الإمكانيات المالية الذاتية .

- الحرص على التوازن المالي .

- التحكم في حجم و نوعية الديون مع ترشيد إستعمال القروض .

بالإضافة إلى الإجراءات السابقة يجب قياس و تحليل أداء كافة أفراد المؤسسة [6] قصد التحسين المستمر للنتائج في جميع المجالات و الوصول إلى التميز و التفوق مما يؤهلها إلى تحقيق ميزات تنافسية .

و لقد قامت وزارة الصناعة و إعادة الهيكلة الجزائرية بإعداد برنامج وطني يمتد من سنة 2000 إلى 2008 لإعادة تأهيل المؤسسات العمومية و الخاصة ، و الذي ينقسم إلى

5- بن عزوز محمد ، الإقتصاد الجزائري بين تفعيل الإصلاحات الإقتصادية و الشراكة الأجنبية ، الملتقى الدولي حول الإصلاحات الإقتصادية في ظل العولمة . واقع و رهانات ، الجمعية الوطنية للإقتصاديين الجزائريين ، الجزائر ، 2005 .

6 - Lamiri Abdelhak, la mise à niveau: Enjeux et pratiques des entreprises algériennes, revue des sciences commerciales et de gestion, N2, ESC, Alger, 2003, p 48 .

ثلاثة مراحل حيث تشمل المرحلة الأولى 150 مؤسسة خلال الفترة 2000 إلى 2002 ، والثانية 200 مؤسسة خلال الفترة 2003 إلى 2005، و الثالثة 300 مؤسسة خلال الفترة 2005 إلى 2008 [7] ، و يهدف هذا البرنامج إلى تحديث أنظمة الإنتاج و تكييفها مع التطورات الحاصلة في الدول المتقدمة حتى تكون في مستوى مواجهة المنافسة العالمية . وعلى هذا الأساس يعتبر تأهيل المؤسسة الجزائرية عملية ضرورية لحمايتها من المنافسة الشديدة، و تحقيق بعض المزايا التنافسية التي تضمن لها البقاء و النمو .

ثانيا : تأهيل المحيط

ترتبط القدرة التنافسية للمؤسسة بطبيعة محيطها لذلك يجب إتخاذ عدة إجراءات على مستوى المحيط لتمكين المؤسسة بمواكبة تحولات المحيط المحلي و الدولي، في هذا السياق تتمحور هذه الإجراءات فيما يلي:

- إعادة النظر في محيط المؤسسة و ذلك بتجديد وظيفة الإنتاج ، وظيفة التسويق و وظيفة التمويل و ذلك وفق قواعد إقتصاد السوق .

- تهيئة مناخ إستثماري محفز من خلال القضاء على البيروقراطية و إدخال المرونة على قوانين الإستثمار بما يشجع الإستثمار المحلي و الأجنبي .

- تجديد المناطق الصناعية مع ضرورة توفير البنى التحتية الضرورية لإستغلال المؤسسة .

- وضع محيط ملائم للمبادرة الفردية قصد حث و تنويع الإنتاج الموجه للسوق المحلي و الدولي [8].

7 - كربالي بغداد ، نظرة عامة على التحولات الإقتصادية في الجزائر ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة بسكرة ، العدد 08 ، 2005 ، ص 66.

8 - زعباط عبد الحميد ، الشراكة الأورومتوسطية و أثرها على الإقتصاد الجزائري ، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد00، جامعة الشلف ، 2004 ، ص60 .

- تجديد و توسيع شبكات المواصلات و ذلك بإحداث خدمات جديدة مع إعطاء الأولوية للمؤسسات الصناعية و السعي إلى الربط المباشر مع العالم الخارجي

- تطوير قطاع النقل و تحسين مستوى البنية الأساسية للطرقات و الموانئ البحرية و الجوية.

- إشراك القطاع الخاص في الإنتاج و الصيانة في البنية التحتية و الخدمات العامة الحضرية .

- مراجعة الإطار القانوني في إتجاه تشجيع الإستثمار و إنشاء المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، بالإضافة إلى تحرير التبادل التجاري .

- مراجعة التشريع الجزائري قصد ملاءمته مع التشريع الدولي و الذي يشمل القانون التجاري و القانون الضريبي و القانون الجمركي .

– ضرورة مرونة القوانين الإستثمارية بما يشجع الإستثمار الأجنبي المباشر .

- إصلاح النظام المالي و المصرفي مع ضرورة تبني الشراكة المالية قصد تفعيل البورصة و تنمية نشاط المؤسسات المالية .

- تطوير قطاع الإعلام الإقتصادي قصد توفير المعلومات لمختلف الأعوان الإقتصادية.

- الحفاظ على البيئة حيث أن نمو إقتصادي على حساب تدمير الموارد الطبيعية يشكل خطرا على التنمية.

يتضح مما سبق أن نجاح إتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي يتطلب تحضير محيط إقتصادي واسع يشمل جميع المجالات ذات الصلة بنشاط المؤسسة كإصلاح المنظومة النقدية و المالية و الجبائية و إصلاح القطاع المؤسساتي وفق قواعد إقتصاد السوق .

ثالثا : تأهيل التكوين

يشكل التكوين الركيزة الأساسية لعرض يد عاملة مؤهلة لذلك يجب الإهتمام بالتكوين و الإستفادة من المساعدات التقنية و المادية و المالية في إطار برامجMEDA ، و التي

تعمل على تكوين اليد العاملة قصد تأهيلهم ، و بالتالي جلب رؤوس الأموال الأجنبية وإستقطاب الأسواق ، في هذا المجال يجب إتخاذ الإجراءات التالية :

- التركيز على الموارد البشرية باعتماد عامل التكوين المستمر و الذي يدفع المؤسسة للمنافسة و الإنتاج بالمقاييس الدولية .

- إصلاح قطاع التكوين لتأهيل اليد العاملة .

- إعداد برامج واسعة للتكوين و الرسكلة الموجهة لإطارات المؤسسة ، و الذي يرقى إلى مستوى الشراكة الفعلية بين الطرفين [9].

- تحسين التكوين وفق متطلبات السوق لتوفير يد عاملة مؤهلة .

- الإهتمام بمراكز البحث العلمي و الجامعات و المعاهد و ذلك من خلال تسخير كافة الشروط الضرورية لترقية الخدمات المقدمة .

- تشجيع الإستثمار في مجال البحث و التطوير .

- إحداث مراكز فنية و تأهيل مخابر التحليل .

- تكوين أخصائيين في الجودة لتمكين المؤسسات الحصول على شهادة المطابقة للمواصفات الدولية . ISO

- الإهتمام بالمعرفة و العنصر البشري الذي أصبح أهم عنصر لتعزيز القدرة التنافسية للمؤسسة .

- إستخدام تكنولوجيا المعلومات في دعم عملية صنع القرار، و البحوث و التطوير ، وتصميم و تطوير المنتجات .

- تدعيم البحث و الإستغلال الأفضل لسياسات البحث و الإبداع و التطوير التكنولوجي قصد تحسين القدرة الصناعية .

- ضرورة التعاون مع الشركاء الأوروبيين من خلال إسهامهم في برامج التكوين والرسكلة الموجهة لعمال المؤسسة في سياق تعزيز دورهم كشركاء ماليين و فنيين للمؤسسة .

9- قصاب سعدية ، مرجع سابق .

رابعا : الإجراءات المرافقة

في ظل إتفاق الشراكة الأوروجزائري يستوجب على المؤسسات الجزائرية تطوير قدراتها والتكيف مع التحولات التي سيولدها إتفاق الشراكة ، لذلك تحتاج هذه المؤسسات إلى مرافقة من طرف السلطات العمومية لمساعدتها في تحمل الصدمة و مواجهة تحديات منطقة التبادل الحر . في هذا المجال يجب إتخاذ الإجراءات التالية :

- محاربة الفساد الإداري في جميع أشكاله خاصة الرشوة و المحسوبية.
- ضرورة محاربة البيروقراطية من خلال تبسيط و تحديث الإجراءات الإدارية.
- زيادة مردودية النظام الضريبي لتعويض الإنخفاض في الحصيلة الضريبية نتيجة إلغاء الرسوم الجمركية [10] من الإيرادات الجبائية و التي ستنخفض تدريجيا إبتداءا من سنة 2006 إلى غاية 2017 .
- الإستقرار السياسي و الأمني ، و الذي يعتبر عاملا هاما في عملية الشراكة .
- وضوح و شفافية القوانين و السياسات الإقتصادية مع إستقرارها.
- تحرير القواعد التنظيمية المطبقة على الإستثمار الأجنبي المباشر و قطاع الخدمات.
- تحديد سياسات و إستراتيجيات واضحة تتعلق بالإستثمار الأجنبي المباشر، ووضعه ضمن المهام الرئيسية للحكومة ، و تشجيعه بمختلف الوسائل ، و توجيهه إلى خدمة تنافسية الإقتصاد الوطني [11] .
- تشجيع الشراكة مع المؤسسات الأوروبية و الإستفادة من الخبرات في المجالات التسييرية و التسويقية و التكنولوجية .
- إصلاح القطاع العام و توسيع الخوصصة بما يؤدي إلى زيادة مساهمة القطاع الخاص في الإقتصاد.

10- تقرير حول الظرف الإقتصادي و الإجتماعي للسداسي الثاني من سنة 2004، الجزائر، جويلية 2005، ص 95 .

11- قلش عبد الله ، أثر الشراكة الأوروجزائرية على تنافسية الإقتصاد الجزائري ، مجلة علوم إنسانية ، العدد 29، 2006، ص 23 .

- تفعيل خوصصة المؤسسات الأقل كفاءة بما في ذلك البنوك .

- تعزيز المنافسة في النظام المصرفي و إستخدام أنظمة متطورة لأسواق المال والأوراق المالية .

- تغيير الذهنيات لدى المسؤولين في جميع المجالات خاصة تلك التي تتعامل مع الأجانب.

- توفير الظروف الملائمة لتنمية الصادرات خارج المحروقات .

- تعزيز الإستقرار المالي و إنضباط الميزانية مع تبني سياسة مرنة لأسعار الصرف، لتحقيق سعر صرف يتميز بالإستقرار و القدرة الحقيقية على المنافس[12] .

- تقليص حجم المديونية الخارجية قصد كسب ثقة المتعاملين الإقتصاديين ، و جذب المستثمرين .

- إقامة شبكة أمان إجتماعية لمساعدة الفئات الإجتماعية الأكثر تضررا لإنعكاسات تحرير الأقتصاد .

إن إتخاذ الإجراءات السابقة سيؤدي إلى :

- تفعيل مختلف القطاعات الإقتصادية بما فيها الخدمات .

- إعادة بناء النسيج الإقتصادي من خلال بعث المؤسسات الصغيرة و المتوسطة .

- توفير مناصب الشغل و تقليص حدة البطالة .

- التحكم في التسيير و إستيعاب التكنولوجية المتطورة بما يسمح بالإنخراط في الأسواق الخارجية .

- تحسين القدرة التنافسية للمنتجات الوطنية و الإندماج في الإقتصاد العالمي .

- توسيع النسيج الصناعي الوطني و المساهمة في النمو الإقتصادي و الإنضمام في المنظمة العالمية للتجارة .

12- زايري بلقاسم ، مرجع سابق ، ص74 .

الخاتمة

تعتبر الشراكة مع الإتحاد الأوروبي ضرورة حتمية لتفعيل الإقتصاد الوطني بحيث يمكن تطوير تنافسية الإقتصاد من خلال الشراكة كخيار إستراتيجي لمواجهة المنافسة والإندماج في الإقتصاد الدولي . و نظرا لتفاوت مستوى الأداء بين الإقتصاد الجزائري وإقتصاد دول الإتحاد الأوروبي ، لذلك تتطلب الشراكة تأهيل المحيط الإقتصادي و الذي يشمل عدة مجالات ذات الصلة بإصلاح المنظومة النقدية ، المالية ، الجبائية ، قطاع التكوين و قطاع المؤسسات بما يتماشى مع المعايير الدولية في ظل إقتصاد السوق، مع توسيع مجال الشراكة ليشمل بالإضافة إلى المجال الصناعي، المجال المالي والتسييري. مع ضرورة إستمرار عملية التأهيل عبر الزمن ، و التي ترتكز أساسا على التجديد ، التطوير و البحث.

ويتوقف نجاح إتفاق الشراكة الأوروجزائري على قدرة الدولة على إنجاح الإصلاحات، و يتجسد ذلك في نوعية المؤسسات و الخدمات العمومية في إطار دولة القانون ، وبمشاركة المجتمع المدني في ظل الحكم الراشد . كما أن دخول إتفاق الشراكة مع أوروبا حيز التطبيق سيخضع الجزائر لمنطق الإندماج في الإقتصاد العالمي ، و الذي ستكرسه مع الإنضمام المرتقب في المنظمة العالمية للتجارة .

المراجع

1 - بن عزوز محمد ، الإقتصاد الجزائري بين تفعيل الإصلاحات الإقتصادية و الشراكة الأجنبية ، الملتقى الدولي حول الإصلاحات الإقتصادية في ظل العولمة واقع و رهانات، الجمعية الوطنية للإقتصاديين الجزائريين ، الجزائر، 2005.

2- تقرير حول الظرف الإقتصادي و الإجتماعي للسداسي الثاني من 2004 ، الجزائر، جويلية 2005 .

3 ـ زايري بلقاسم ، السياسات المرافقة لنجاح منطقة التبادل الحر ما بين الإتحاد الأوروبي و الجزائر ، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد الثالث ، جامعة الشلف، 2005.

4 ـ زعباط عبد الحميد ، الشراكة الأورومتوسطية و أثرها على الإقتصاد الجزائري ، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد 00، جامعة الشلف ، 2004.

5ـ قصاب سعدية ، الإقتصاد الجزائري بين التأهيل للشراكة الأوروبية و الأداء للإندماج في الإقتصاد العالمي، مداخلة في الملتقى الدولي حول أهمية الشفافية و نجاعة الأداء للإندماج الفعلي في الإقتصاد العالمي، كلية العلوم الإقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2003.

6ـ قلش عبد الله، أثر الشراكة الأوروجزائرية على تنافسية الإقتصاد الجزائري ، مجلة علوم إنسانية ، العدد 29، 2006 .

7 ـ كربالي بغداد ، نظرة عامة على التحولات الإقتصادية في الجزائر ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة بسكرة، العدد08 ، 2005.

8ـ ناصر دادي عدون ، عبد الرحمان بابنات ، دراسة حول تأهيل المؤسسات الصغيرة و المتوسطة وتحسين تنافسيتها مع نظرة أولية على حالة الجزائر ، مجلة الإصلاحات الإقتصادية و الإندماج في الإقتصاد العالمي ، العدد 3 ، المدرسة العليا للتجارة،2007 .

10- Lamiri Abdelhak, la mise à niveau: Enjeux et pratiques des entreprises algériennes , Revue des sciences commerciales et de gestion N 2 , ESC , Alger , 2003 .

11- www.mir-algeria.org, la mise à niveau des entreprises, site web de ministère de l'industrie , consulté le 13/09/2008

مراقبة الهاتف

بقلم : د. نقادي حفيظ

أستاذ محاضر

كلية الحقوق ـ جامعة سعيدة

مقدمة

الاتصالات الهاتفية ميزة من معطيات التقدم العصري؛ وتؤدي وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية؛ بالسرعة التي أزالت الأبعاد ووفرت الأوقات فالاتصالات الهاتفية،السلكية أو لاسلكية ؛ نعمة للإنسانية في تسيير شؤون الحياة،في أسرع وقت وبأدنى جهد،إلى جانب ما تتسم به في الأصل من طابع السرية.

و قد استفاد أفراد المجتمع من التقدم الحضاري و التقني كل بما يحقق أغراضه و من هنا كان طبيعيا أن تستخدم الاتصالات الهاتفية فئات من المجرمين و من هؤلاء من دأبوا على ارتكاب جرائم المنظمة، وحلب المخدرات و الاتجار فيها، و جرائم الإرهاب ،وجرائم الإخلال بالآداب. و لهؤلاء المجرمين في القيام بأفعالهم ؛ وإخفاء أدلتها، وتغطية أشخاص الجناة،و سائل لا تقع تحت حصر و من أخطرها و أكثرها شيوعا المحادثات الهاتفية[1]. وهدا الخطر هو ما دعا إلى التنصت أو مراقبة المحادثة الهاتفية درء خطر الجريمة وملاحقة الجناة؛ مع أن الأصل الثابت أن لحياة الإنسان حرمتها و لأسرار محادثاته حمايتها و هو ما قررته المادة 39 من دستور الجزائر لسنة 1996.

1 ـ أنظر د. ـ أحمد فتحي سرور" مراقبة المكالمات الهاتفية" المجلة الجنائية القومية؛القاهرة؛ العدد الاول مارس 1963 ص 146.

و مما هو جدير بالذكر، أن الاتجاه الحالي منصب على استعمال الوسائل العلمية الحديثة لمحاربة الجريمة، وذلك لتسهيل مهمة كشفها و إثباتها و تعقب المجرمين للقبض عليهم. وكثيرا ما تتطلب إجراءات التحقيق ودواعي الأمن الالتجاء إلى مراقبة المحادثات الهاتفية[2] لبعض فئات من المجرمين ؛ كوسيلة من الوسائل التي يراها المحقق لضبط الجرائم والكشف عن الأدلة فيها ، أو العمل على منعها باستراق السمع إلى المكالمات الهاتفية كإجراء تحقيق خروجا على الأصل العام نزولا عند مصلحة التحقيق الأولى بالرعاية .

إن ضرورة المحافظة على كيان الحياة الآمنة في المجتمع ، و دعائم هذا الكيان ، قد اقتضت هذه المراقبة باعتبارها " استثناء " لضمان العيش الآمن ، و الحد من الظاهرة الإجرامية، فالتسمع على المحادثات الهاتفية هو اعتداء جسيم على حرمة الحياة الخاصة و سرية المحادثات بين المواطنين ، مما دعا إلى تقبل هذه المراقبة كاستثناء ، تحوطه ضمانات الحق في مباشرته ، و ضمانات اتخاذه ؛ بما يجعل مساسه بحرمة الأسرار في أضيق نطاق ممكن[3] و هذا هو الحال - تقريبا - في القانون الفرنسي ، أما في القانون الجزائري فقد جاءت تعديلات جديدة لقانون الإجراءات الجزائية المتضمنة بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعد و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية بصلاحيات جديدة لقاضي التحقيق ووكيل الجمهورية بمراقبة المكالمات الهاتفية و تسجيلها و ذلك لمواجهة أنواع معينة من الجرائم نظرا لخطورتها و طبيعتها الخاصة . و على ذلك ، فإن دراستنا لهذا الموضوع تقتضي التعرض لطبيعة إجراء مراقبة على المحادثات الهاتفية ؛ ثم نلقي نظرة مدى مشروعية الدليل الناجم عن مراقبة المحادثات الهاتفية في القانون الفرنسي و الجزائري؛ و لهذا فإن دراسة هذا الموضوع ستكون وفق التقسيم الآتي إيجازا:

2- يرى الدكتور عبد الله علي بن سعيد بن سامو أنه يقصد بالمراقبة الهاتفية أمران:

* الأول: هو التنصت على محادثة تدون من خلال الهاتف.

* الثاني: تسجيل هذه المحادثة بواسطة أجهزة التسجيل؛ ويكفي القيام بأحدهما تنصت أو تسجيلا لقيام المراقبة. أنظر الحماية الجنائية لحرمة المسكن " رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 2002 ص 412 .

3 - أنظر د. عبد المهيمن بكر " إجراء الأدلة الجنائية " الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، القاهرة : دار الفكر العربي 1997

المبحث الأول: طبيعة مراقبة المكالمات الهاتفية .

* المطلب الأول : الرأي الأول(هو إجراء تفتيشي).

* المطلب الثاني : الرأي الثاني (هو إجراء من نوع خاص).

المبحث الثاني: مدى مشروعية الدليل الناجم عن مراقبة المكالمات الهاتفية في القانون الجزائري

* المطلب الأول : مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 06 ـ 22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

* المطلب الثاني : ضمانات مراقبة المحادثات الهاتفية في القانون الجزائري .

المبحث الأول : طبيعة مراقبة المكالمات الهاتفية

إذا كانت المكالمات الهاتفية ليست إلا رسائل شفوية فتنطبق عليها الحماية المقررة لحرمة الإتصالات المنصوص عليها دستوريا في الجزائر .

إلا أنه قد ثار جدل في الفقه حول الطبيعة القانونية لمراقبة الاتصالات الهاتفية التي يرى فيها البعض[4] أنها ليست إلا نوعا من التفتيش ، من حيث أنها تتمثل في الاعتداء على سر المتحدث، في حين يرى آخرون أنه إجراء ذات طبيعة خاصة[5] ، و لهذا ستناول بالدراسة لهذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : الرأي الأول (هو إجراء تفتيشي)

يميل هذا الفقه الى تكييف مراقبة المكالمة الهاتفية على أنها نوع من التفتيش وتنطبق عليه أحكام التفتيش و للوقوف أكثر على أصحاب هذا الإتجاه سنتعرض الى :

4ـ أنظر د. أحمد فتحي سرور ˜ المقال السابق ˜ ص 147.

5ـ أنظر د. سامي الحسيني ˜ النظرية العمة للتفتيش في القانون المصري ˜ القاهرة : دار النهضة العربية 1972.

الفرع الأول : حجج هذا الرأي

إذ إن التفتيش هو البحث و التنقيب في وعاء السر توصلا الى السر ذاته و إزاحة ستار الكتمان عنه، فالعبرة في التفتيش هي بالوقوف على السر الذي يظهر الحقيقة أو يفيد في كشفها ، فليست العبرة إذن بالكيان المادي لوعاء السر ، فيصح أن يكون ماديا يمكن ضبطه ، بوضع اليد عليه استقلالا ؛ أو أن يكون شيئا معنويا يتعذر ضبطه إلا إذا اندمج في الكيان المادي[6] كما هو الحال في المكالمات الهاتفية المسجلة على أشرطة التسجيل. فمادامت المكالمات هي بحسب طبيعتها ؛ تنقيب على الأسرار؛ فهي نوع من التفتيش كما أن البعض الآخر[7] يذهب أبعد من ذلك لتأييد وجهة النظر هذه في مصر ؛ يرون أن ورود المادتين 95و95 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري في الفصل الرابع من الباب الثالث الذي عنوانه " في الانتقال و التفتيش و ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة "؛ إضافة إلى أن مساواة المادة 206 إجراءات جنائية مصري بين ضوابط مراقبة المكالمات الهاتفية ؛ وبين تفتيش غير المتهمين ومنازل غيرهم يدلل على ما بينها من اتحاد تشابه في التكييف القانوني لطبيعة كل منها. ومن ثم إذا خلا قانون الإجراءات الجنائية من تحديد شرط من شروط هذه المراقبة الهاتفية ؛ وجب الالتجاء إلى أحكام هذا التفتيش لسد هذا النقص وتكملته[8].

6- أنظر د. عبد المهيمن بكر " المرجع السابق " ص 352.

7- أنظر د. سليمان عبد المجيد " مراقبة المحادثات التلفونية " مجلة الأمن العام؛القاهرة ، أبريل 1968 ص 24.

8- أنظر د. محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة الثانية عشر ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1988 ص 264.

الفرع الثاني : نقد هذا الاتجاه

ومع هذا فقد ذهب البعض إلى أن الاستماع للمكالمات الهاتفية لا يمكن أن يعد نوعا من التفتيش؛ لأن حسبهم[9]؛ التفتيش غايته ضبط الأدلة المادية للجريمة. و الحديث الهاتفي ليس له كيان مادي يمكن ضبطه، حقا إن مراقبته اعتداء على سر المتحدث؛ و لكنها لا تسفر عن ضبط دليل مادي؛ إنما هي تتضمن مجرد الاستماع إلى أقوال شفوية لا يقال أنها شيء مادي يمكن لمسه و يتبعون القول بأن الحديث الهاتفي حسب الرأي الأول يندمج في كيان مادي في أسلاك الهاتف ؛ فهو لا ينهض دليلا على كون مراقبة المكالمات الهاتفية تؤدي إلى ضبط دليل ذي كيان مادي. فإن المستمع لم يضبط شيئا ماديا؛ و إنما توصل إلى دليل طرق سمعه؛ و أسلاك الهاتف أو شريط التسجيل ليست هي الدليل نفسه ؛ إنما هي وسائل عاونت في الوصول إلى الدليل أو في المحافظة عليه .

المطلب الثاني : الرأي الثاني (هو إجراء من نوع خاص)

ليس من الشك أن مراقبة المكالمات الهاتفية إجراء من إجراءات التحقيق ، إذ يشترط لممارستها أن يكون لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جريمة تتولى سلطات التحقيق أمر البحث فيها لكن هذا الإجراء ليس تفتيش بحسب ما يذهب إليه أصحاب الرأي الثاني؛ و من ثم يتعين البحث عن طبيعته القانونية. وللوقوف أكثر على هذا الاتجاه سوف نبدي حججهم ثم ندلي برأينا في الموضوع من خلال :

9- أنظر د. سامي الحسيني : حيث يعلل رفضه أن هذه المراقبة هي نوع من التفتيش و أن أحكام مراقبة المكالمة الهاتفية وردت في الباب الذي يتناول أحكام التفتيش ؛ لا يجدي نفعا في تكييف تلك المراقبة بوصفها تفتيشا . كل ما هنالك أن المشرع المصري أراد أن يسحب على مراقبة المكالمة الهاتفية أحكام ضبط الرسائل ؛ من حيث أن الحديث الهاتفي ليس إلا رسالة شفوية . وهو أمر لا علاقة له بالتكييف القانوني لطبيعة لطبيعة مراقبة المحادثات الهاتفية " المرجع السابق" ص 346.

- و أنظر أيضا د. سامي صادق الملا " إستعمال الحيل لضبط الجناة و حجيتها أمام القضاء" مجلة الأمن العام ، العدد 54- يوليو 1971 ص 23.

الفرع الأول : حجج هذا الرأي

يعارض أصحاب هذا الرأي[10] أن المراقبة الهاتفية ليست تفتيشا ؛ بل إجراء يؤدي إلى الحصول على إقرار أو اعتراف غير قضائي . فهو صادر بحرية صاحبه ؛ في غير مجلس القضاء . و لكن الاعتراف حسبهم يتطلب لصحته إحاطة المتهم علما بالتهمة ؛ كما أن أقوال المتهم في الحديث الهاتفي لا يصح اعتباره اعترافا لم تتجه إرادته إليه . بل أن المتهم لو علم أن هناك من يتنصت على أقواله ما أدلى بها[11] .

وأقصى ما يمكن أن يقال حسب هذا الرأي أنه لو تم الحصول على أقوال المتهم دون إرادته الحرة فيعد الاعتراف باطلا .

لا مناص إذن من القول بأن مراقبة المكالمات الهاتفية حسب هذا الرأي إجراء من نوع خاص[12]؛ وهو إجراء " يماثل التفتيش " و لكنه ليس في الحقيقة تفتيشا .

الفرع الثاني : رأينا الخاص

و نحن من جانبنا لا يسعنا إلا أن نؤيد الرأي الأول الذي يعتبر إجراء مراقبة المكالمة الهاتفية تفتيشا . و نستند في تأييد وجهة نظرنا على أمرين :

أولهما : أننا لو أردنا تعريف التفتيش لقلنا هو البحث و التنقيب لوعاء في السر ذاته ؛ فالعبرة هو الوقوف على السر الذي يبدي الحقيقة أو يفيد في كشفها . إذن فلا عبرة في طبيعة كيان السر ذاته ؛ فيستوي أن يكون شيئا ماديا ممكن ضبطه مثل الأسلحة والمخدرات ؛ أو أن يكون شيئا معنويا يتعذر ضبطه إلا إذا اندمج في كيان مادي عبر الأسلاك مثل المكالمات الهاتفية.

10- أنظر د. سامي الحسيني " المرجع السابق " ص 347 .

11 - أنظر د. عبد المهيمن بكر " المرجع السابق "، ص 355.

12- أنظر د. سامي الحسيني " المرجع و الموضع السابقين " و هذا الرأي ساد في الفقه المصري .

ثانيهما : أنه في حالة خلو قانون الإجراءات الجنائية من تحديد شرط من شروط هذه المراقبة الهاتفية ؛ وجب اللجوء إلى أحكام التفتيش لسد هذا النقص و هذا ما يفهم من كلام الدكتور بوسندة بقوله : "إن الوسائل غير المنصوص عليها قانونا تعد غير جائزة إذا ما انطوت على مساس بحقوق المتهم ؛ إلا إذا أمكن إدخالها في إطار إجراء معين ؛ و بالتالي يشترط لصحته ما يشترط في صحة هذا الإجراء ..."[13]. وما يؤكد أن مراقبة المكالمة الهاتفية الدليل الناتج عنها لا يخرج عن كونه تفتيشا قوله أيضا " أن إجراء مراقبة الحديث الهاتفي أو تسجيل حديث الشخص خلسة عمل غير مشروع الدليل الناتج عنهما لا يمكن استخدامه في الإثبات الجنائي و إن كان يمكن ضبطهما و تفتيشهما باعتبارهما كيان مادي ملموس "[14] .

المبحث الثاني : مدى مشروعية الدليل الناجم عن مراقبة المحادثات الهاتفية في القانون الجزائري.

نظرا لعدم وجود نص قانوني - في مرحلة ما قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بموجب القانون رقم 06 - 22 المؤرخ في20 ديسمبر 2006 - يعالج شرعية مراقبة المحادثات الهاتفية. فقد ثار جدل في الفقه الجزائري - ما بين مؤيد ومعارض - بشأن هذه المسألة في المرحلة السابقة على تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بالنصوص الجديدة في المواد 65 مكرر 05 وما يليها من القانون السالف الذكر الذي يكون قد حسم هذه المسألة وقطع دابر الخلاف الذي ساد موقف الفقه في ظل الفترة السابقة.

13- أنظر د.. بوسندة عباس " حماية المتهم في الخصومة الجنائية" رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس ، 2003 ص87.

14- أنظر نفس المؤلف "رسالته" ص88 .

وعلى ذلك يمكن التطرق إلى هذا الموضوع بالتمييز بين مرحلتين مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. ومرحلة ما بعد صدور القانون؛ وذلك في مطلبين أساسيين:

المطلب الأول : مرحلة ما قبل صدور القانون رقم06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 باستقراء نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قبل التعديل؛ لم نجد من بينها ما يسمح بإجراء ضبط المكالمات الهاتفية عن طريق الإذن بالتصنت عليها. كما أننا لم نجد أي حكم قضائي بشأن هذه المسألة ولم يرد في قضاء المحكمة العليا ما يفيد بأن هذه المسألة قد أثيرت أمامها.

وحق يمكننا أن نجيب عن مدى إمكانية مراقبة المكالمات الهاتفية يجدر بنا أن نقف حول موقف الفقه الجزائري ثم نستعرض موقفنا الخاص من خلال هذين الفرعين الأساسين:

الفرع الأول: موقف الفقه الجزائري

اختلف الفقه الجزائري - ما بين مؤيد ومعارض - حول إمكانية مراقبة المكالمات الهاتفية وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يتزعمه الدكتور أحسن بوسقيعة والذي يرى بشرعية إجراء التنصت على المحادثات الهاتفية. ويستند إلى نص المادة 68 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تسمح لقاضي التحقيق بأن يقوم باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة .[15]

ويدعم هذا الرأي أيضا موقف الأستاذ أحمد غاي عندما يؤكد أنه بالرغم من عمومية نص المادة 39 من الدستور إلا أن ضمان سرية المراسلات والمكالمات الهاتفية وحماية

15- أنظر د. أحسن بوسقيعة "التحقيق القضائي" الديوان الوطني للأشغال التربوية؛ الجزائر"2000" ص 231.

القانون لها ليست حماية مطلقة بل نسبية نظرا لتدخل المشرع بواسطة القواعد الإجرائية وتقييد هذه الحرمة أحيانا تغليبا للمصلحة العامة المتمثلة في حسن سير التحقيقات القضائية بغرض الوصول إلى الحقيقة على المصلحة الخاصة المتمثلة في ضمان الأسرار الخاصة للأفراد؛ ويضيف قائلا أن المشرع الجزائري الذي لم ينص على حكم يتعلق بوضع المكالمات الهاتفية تحت المراقبة غير أن الممارسة الواقعية تفيد أن وكيل الجمهورية بصفته مدير للشرطة القضائية هو وحده المختص باتخاذ مثل هذا القرار[16].

الاتجاه الثاني : وتزعمه الدكتور عبد الحميد عمارة ويرى أن المشرع الجزائري قد أحاط سرية المكالمات الهاتفية بعناية تامة حيث لم يجز إفشائها ورتب عليها عقابا جزائيا طبقا للمواد 46 و85 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري[17].

الفرع الثاني: رأينا في الموضوع

إن خلو قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية من إيراد نص بشأن المكالمات الهاتفية في الفترة السابقة على صدور القانون الجديد لا يتفق مع التطور العلمي و التكنولوجي فمما لا شك فيه أن المجرم في الوقت الحالي عرف كيف يشغل تطور العلم ووسائل الاتصال في اقتراف جرائمه وإخفاء الأدلة كي يفلت من العقاب فأتسم الإجرام بالحيلة و الخداع ، ولذلك نجد أن مهمة القائمين على مكافحة الجريمة، وضبط مرتكبها أصبحت صعبة وشاقة، ولا تلحق بالركب التطور العلمي ما لم يلجؤوا بدورهم إلى استخدام الوسائل التي أوجدها التطور التقني الحديث .

16- أنظر أحمد غاي "ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية - دراسة مقارنة"- دار هومة؛ الجزائر؛2003؛ ص 231.

17- أنظر د.عبد الحميد عمارة "ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الإبتدائي في الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري- دراسة مقارنة"- دار المحمدية؛1998؛ ص 369.

المطلب الثاني: الضمانات في القانون الجزائري لمراقبة المحادثات الهاتفية .

إن مراقبة المكالمات الهاتفية خلسة ،بإعتباره إستثناء ، له قيود و ضمانات مراقبة المحادثات الهاتفية ،جاء بموجب المادة 65 مكرر 5 الجديدة المتضمنة بالقانون رقم 06- 22 المؤرخ في20 ديسمبر 2006 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية مكنت ضابط الشرطة القضائية من إعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الإتصال السلكية واللاسلكية وذلك عند فتح تحقيق أو في جرائم معينة نظرا لخطورتها [18].

ومن الضمانات التي أحاط بها المشرع الجزائري للحكم بمشروعية مراقبة المحادثات الهاتفية نجد:

الفرع الأول : الجهة المختصة بإصدار الأمر بالمراقبة

ينعقد الإختصاص بإصدار الإذن بمراقبة المحادثات الهاتفية بإعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الإتصال السلكية و اللاسلكية لقاضي التحقيق في حالة فتح تحقيق قضائي وتحت مراقبته المباشرة وهذا بموجب الفقرة 6 مادة 65 مكرر 5 ق.إ.ج .

كما يجوز أيضا لوكيل الجمهورية في الجرائم المتلبس بها أو أثناء التحقيق الإبتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أوجرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف و جرائم الفساد وذلك بموجب الفقرة 1 المادة 65 مكرر5 ق.إ.ج .

18- وهي جرائم المخدرات أو الجريمة المنضمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالعرف وجرائم الفساد وفقا للفقرة 1 المادة 65 مكرر 05 من القانون رقم 06- 22 المؤرخ في 20ديسمبر 2006 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

وبناء على ما تقدم فلا يجوز لضابط الشرطة القضائية مراقبة المحادثات الهاتفية إلا بعد إنتدابه لمباشرة هذا الإجراء من قبل قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية بحسب الأحوال . فإذا قام ضابط الشرطة القضائية بالتصنت على المحادثات الهاتفية أو تسجيلها دون إذن بذلك ، فإن الدليل المستمدمن المراقبة يكون باطلا ، وتبطل جميع الإجراءات التي بنيت عليه[19].

الفرع الثاني : ضرورة أن يكون الإذن بمراقبة المحادثات مسببا .

إذا كان المشرع الجزائري قد إشترط أن يصدر بالإجراء إذن مكتوب مسبب من قبل قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية حسب الأوضاع التي أشرنا إليها من قبل ، كما يجب أن يتضمن هذا الإذن المكتوب تسبيبا كاملا مبينا العناصر التي تسمح بالتعرف على الإتصالات المطلوب إلتقاطها و الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدبير وذلك وفقا للمادة للفقرة 1 المادة 65 مكرر 7 . وإشتراط أن يكون الإذن الصادر من القضاء بإجراء المراقبة مسببا ، يرجع إلى أن مراقبة المحادثات الهاتفية يعد إجراء خطيرا يمس حريات الأفراد ، وينتهك حقهم الطبيعي في السرية ، فهو إجراء إستثنائي يرد على الأصل العام المنصوص عليه في الدستور ، والمتمثل في حرمة الحياة الخاصة للمواطنين و حقهم في سرية إتصالاتهم وهذا الإستثناء تبرره المصلحة العامة في كشف النقاب عن جريمة وقعت ، إذا وجد تسبيب للإذن القضائي الصادر بمراقبة المحادثات على نحو يمنع التعسف .

19- د. محمد ابو العلا عقيدة "مراقبة المحادثات التليفونية" دارالفكرالعربي القاهرة 1993 ص 122 وما بعدها.

الفرع الثالث : جسامة الجريمة .

إذا كان القانون الفرنسي الجديد[20] المنظم للتنصت على المحادثات الهاتفية قد وضع معيار يحدد جسامة الجريمة و أساس العقوبة المقررة لها ، فنص على أن التنصت على المحادثات جائز في مواد الجنايات و الجنح إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة تساوي أو تزيد عن الحبس لمدة سنتين وفقا للمادة 100 قانون إجراءات جنائية فرنسي .

أما المشرع الجزائري فقد أجاز لوكيل الجمهورية الإذن بالمراقبة في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف و جرائم الفساد بموجب الفقرة 1 المادة65 مكرر 5 أما بالنسبة لقاضي التحقيق عند فتح تحقيق قضائي يمكنه أن يأذن بالمراقبة في جميع الجرائم بإستثناء المخالفات بقصد إظهار الحقيقة .

الفرع الرابع : تحديد مدة المراقبة

من الضمانات الهامة اللازمة لمشروعية مراقبة المحادثات الهاتفية ، ضرورة أن يتضمن إذن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق – بالمراقبة - تحديد مدة المراقبة ، على نحو يلتزم بها ضابط الشرطة القضائية الذي يباشر تنفيذ الأمر بالمراقبة ، فحدد هذه المدة بأربعة أشهر كحد أقصى ، وجعلها قابلة للتجديد بنفس الشروط التي صدر بها الأمر الأصلي وهذا تطبيقا للفقرة 2 من المادة 65 مكرر 4 .وترجع حكمة تحديده مدة معينة للأمر بالمراقبة إلى عدم التعسف [21] ، و أساس ذلك هو ضرورة أن تكون المراقبة ضرورية

20- هو القانون رقم 91- 646 المؤرخ في 10 جويلية 1991 المنظم لمراقبة المحادثات و الإتصالات في فرنسا أنظر قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي - دالوز- 2004.

21- د. احمد محمد حسان "نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الأفراد - دراسة مقارنة- "دار النهضة العربية "؛ 2004؛ ص 463.

لكشف الحقيقة و هذه الضرورة هي التي تساعد القاضي في تقدير المدة ، فترتبط هذه المدة بالضرورة وجودا و عدما.

فإن لم يكن هناك ضرورة للإستمرار في المراقبة أمر قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية بحسب الحالات بوقفها حق ولو لم تنتهي المدة المحددة لها بعد، وهذا يؤدي إلى تنبيه مؤداها أن الامر أو الإذن بالمراقبة نتيجة لايشترط أن يكون بالمادة الواردة الوارد بالقانون سواء عند صدوره إبتداء أو عند تجديده .

الفرع الخامس : تنفيذ قرار المراقبة

و لتنفيذ الإجراء فلوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق إذا كان مصدر للإذن بالمراقبة أو ضابط الشرطة القضائية المأذون له بشأن إعتراض و تسجيل المراسلات ، للجوء لكل عون مؤهل يعمل لدا مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية و اللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية لإعتراض و تسجيل المراسلات السلكية و اللاسلكية [22]. ويحرر ضابط الشرطة القضائية المأذون له محضرا عن كل عملية إعتراض وتسجيل المراسلات السلكية واللاسلكية و يشير إلى اليوم والساعة التي بدأت فيها العملية و الساعة التي إنتهت فيها. ولقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 65 مكرر 10 تترجم المكالمات الصادرة باللغة الأجنبية للعربية عن طريق مترجم يطلب لهذا الغرض. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الإجراءات تنطلق من المبدأ العام الذي نص عليه هذا القانون والذي يتضمن خضوع أعمال الإعتراض و التسجيل للمكالمات الهاتفية تحت إشراف ورقابة وكيل الجمهورية في الجرائم المعنية كما سبق البيان أو قاضي التحقيق عند فتح تحقيق قضائي إذا أذن بذلك وفقا للفقرة 4 المادة 65 مكرر05.

22- أنظر المادة 65 مكرر5 من القانون المعدل لقانون الإجراءات الجزائري السابق ذكره.

خاتمة

إن احترام الحريات العامة يقضي تخويل الناس حق الاحتفاظ بسرية مراسلاتهم؛ أيا كان نوعها؛ وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 39 من الدستور الجزائري على أن "سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة" . ومع هذا فإن هذه السرية لم تعد حقا مطلقا بالمعنى الذي قررته الثورة الفرنسية؛ وإنما هي حق نسبي تجوز التضحية به في سبيل المصلحة الجماعية ولا ريب أن التدخل الخفي يهدد الحياة الخاصة لأنه يتم من خلال العديد من الوسائل التي كان للتقدم العلمي و التقني السبب الرئيسي في كثرتها ؛ فقد يتم التنصت عل مكالمات الشخص وتسجيلها دون علمه ؛ وهذا له اكبر الأثر في تهديد الحياة الخاصة.

وبقدر ما يمثل هذا التقدم العلمي من خطر على حياة الإنسان الخاصة إلا أنه يسهل إلى حد كبير إثبات الجرائم و الكشف عنها؛ وبالتالي أصبح من الضروري ولمصلحة أمن المجتمع و الحفاظ عليه المساس بهذه الخصوصية.

وإذا كان استخدام هذه الوسائل المتمثلة في اعتراض وتسجيل المراسلات السلكية و اللاسلكية من شأنه أن يساعد في مسائل الإثبات الجنائي إلا أنها و لا شك تنطوي على مساس بالحق في الحياة الخاصة؛ و الأحاديث الشخصية هي التي يجنح المرء إلى إحاطتها من الكتمان و السرية بوصفها من أخص خصوصياته فلا يدلي بها إلا لمن ائتمنه أو وثق فيه.

و الواقع أن المعادلة بين الحق في حرمة الحياة الخاصة ومصلحة العقاب قد يترتب عليها إما تغليب حق الخصوصية للأفراد؛ أو تغليب مصلحة العقاب في سبيل مكافحة الجريمة. ولذلك تفطنت الكثير من الدول منها الجزائر في اتخاذ إجراء اعتراض المراسلات السلكية و اللاسلكية التي تدور بين الأشخاص في حدود الضوابط و الضمانات ـ السابق ذكرها ـ و الذي وضعا القانون الجديد المعدل لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

يحق إذن لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بحسب الأحوال؛ أن يأذن بمراقبة المحادثات الهاتفية للحصول على أدلة الجريمة؛ واكتشاف الحقيقة ما دام هناك ضمانات تحيط بهذا الإجراء وتحول دون التعسف في ممارسته؛ فحريات الأفراد مكفولة و لا يحق لمن ارتكب جريمة بان هذا الإجراء يمس حقوقه؛ إذ هو يحق لمن قد بدأ بالخروج على النظام العام؛ ومن تم فلا يلومن إلا نفسه.

المراجع

1ـ د.ـ أحمدفتحي سرور " مراقبة المكالمات الهاتفية " المجلة الجنائية القومية؛ القاهرة؛ العدد الاول مارس 1963 .

2ـ الدكتور عبد الله علي بن سعيد بن ساموه، الحماية الجنائية لحرمة المسكن" رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 2002.

مهيمن بكر " إجراء الأدلة الجنائية " الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، القاهرة : دار الفكر العربي 1997 .

4ـ د. سامي الحسيني " الذظرية العمة للتفتيش في القانون المصري " القاهرة : دار النهضة العربية 1972.

5ـ د. سليمان عبد المجيد " مراقبة المحادثات التلفونية " مجلة الأمن العام؛القاهرة ، أبريل 1968.

6ـ د. محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة الثانية عشر ، القاهرة : دار النهضة العربية، 1988.

7ـ د. سامي صادق الملا " إستعمال الحيل لضبط الجناة و حجيتها أمام القضاء " مجلة الأمن العام ، العدد 54ـ يوليو 1971 .

8ـ د. بوسندة عباس " حماية المتهم في الخصومة الجنائية " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس ، 2003 .

9- أنظر د. أحسن بوسقيعة "التحقيق القضائي" الديوان الوطني للأشغال التربوية؛ الجزائر2000 .

10- أنظر أحمد غاي "ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية - دراسة مقارنة" دار هومة؛ الجزائر2003.

11- أنظر د.عبد الحميد عمارة "ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الإبتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري - دراسة مقارنة" دار المحمدية؛1998 .

12- د. محمد ابو العلا عقيدة "مراقبة المحادثات التليفونية" دارالفكرالعربي القاهرة 1993 .

13- د. احمد محمد حسان "نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الأفراد - دراسة مقارنة" دار النهضة العربية"؛ 2004 .

بطاقات الوفاء كوسيلة للدفع الالكتروني

من إعداد: د. فتيحة يوسف

أستاذة محاضرة–كلية الحقوق - جامعة تلمسان

إن مفهوم وسائل الدفع بصفة عامة تتمثل في أي صك مهما كان شكل السند أو الوسائل التكنولوجية الحديثة المستخدمة في هذه الصكوك للسماح لكل الأشخاص بتحويل الأموال، وهذا ما يستخلص من نص المادة 69 من الأمر رقم03/11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض[1].

كما هو ملاحظ، فإن هذا التعريف واسع، بحيث يشمل كل وسائل الوفاء سواء التقليدية، المثبتة للحقوق في سندات، كالسفتجة والشيك والسند لأمر، الخ، وكذلك تلك الوسائل التي تسمح بنقل النقود بطرق تقنية حديثة، أي وسائل الدفع الالكترونية.

وعلى هذا يمكن القول أن مصطلح وسائل الدفع الالكترونية، واسع هو الآخر حيث يشمل في مضمونه كل وسائل الدفع التي تستخدم فيها تكنولوجيا متقدمة للوفاء، مثل التحويل الالكتروني للأموال، والشيك الالكتروني، والسفتجة الالكترونية[2]، والبطاقات

---

1 ـ تنص المادة 69 من هذا الأمر على ما يلي: " تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" وهذا ينطبق تماما مع التعريف الذي جاءت به المادة 4 من قانون البنوك الفرنسي الصادر في 24 جانفي 1984.

2ـ وهذا ما يتضح من التعديل الذي جاء بصدد الوفاء بهذين السندين، بموجب القانون 05-02، حيث عدلت وتممت المادتين 414و502 . وأصبح نصهما كالآتي: المادة 2/414و3 من القانون التجاري تنص على ما يلي: " يعتبر التقديم المادي للسفتجة لغرفة المقاصة بمثابة تقديم للوفاء. يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"

كما تنص المادة 2/502و3 من القانون التجاري على ما يلي: " يعتبر التقديم المادي للشيك لغرفة المقاصة بمثابة تقديم الوفاء. يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"

الصادرة من البنوك، كبطاقات الدفع، والائتمان الممغنطة[3] ، كما تشمل أيضا ما يعرف اليوم بالنقود الإلكترونية[4].

وبالنظر إلى الأهمية التي تكتسيها بطاقات الدفع التي انتشرت انتشارا مذهلا على الصعيد الدولي، والتي يتوقع أنها تجتاح جميع المجالات - الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع الجزائري مؤخرا بالنص عليها، دون التفصيل في الأحكام القانونية التي تطبق عليها- ارتأينا مدى أهمية بحث هذه البطاقات من حيث عرض التعريف بهذه البطاقات وتطورها، والتنظيم التشريعي لها (I)، ثم النظام القانوني الذي يحكمها عند الوفاء بها(II).

I - التعريف ببطاقات الوفاء، وتطورها، وتنظيمها التشريعي

1- الأنواع المختلفة لبطاقات الوفاء

إن أهم تصنيف من الناحية القانونية للبطاقات التي تصدرها البنوك، تميز بين البطاقات تبعا للوظيفة التي تقوم بها. وهذا ما يتضح من نص المادة 543 مكرر23 التي ميزت بين بطاقة الدفع التي تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال، وبطاقة السحب التي تسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال[5]. وطبعا هذا الاختلاف في الوظيفة يكون على الأساس الاتفاق بين صاحب البطاقة ومصدر البطاقة.

---

3 - وهذا حسب التعريف الذي ورد في مشروع قانون المعاملات الالكترونية المصري، ومشروع قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري، حيث عرف الوفاء الالكتروني بأنه" وفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية مثل الشيكات الالكترونية والكمبيالات الالكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة" أشار إلى ذلك د.ابراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية 2003، ص 106.

4 - د. شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية-رؤية مستقبلية-، دار الجامعة الجديدة2007، ص7، هامش1.

5 - وهذه المادة تقابل حرفيا المادة 57 - 1 من القانون الفرنسي

والملاحظ أن المشرع الجزائري - على غرار المشرع الفرنسي - أهمل الوظيفة التي تقوم بها بعض البطاقات، وهي وظيفة الائتمان، خاصة أن أهم ما يميز البنوك منحها الائتمان لعملائها، وهذا بفضل ما يتوفر لديها من موارد مالية ضخمة [6].

غير أن الواقع العملي يعرف أشكالا مختلفة للبطاقات، حيث تضطلع هذه الأخيرة ب3 وظائف رئيسية. وهذه الوظائف يمكن أن تشتملها بطاقة واحدة.كما يمكن أن تقتصر على وظيفة واحدة. وأول هذه الوظائف، وظيفة السحب المنصوص عليها صراحة، والتي تمكن صاحبها من السحب مباشرة من الصراف الآلي. أما الوظيفة الثانية، فتتمثل في الوفاء.إذ يلتزم البنك مصدر البطاقة بالوفاء لكل التجار المعتمدين من طرفه، أو من طرف مؤسسة مالية أخرى أحيانا، والذين أصبحوا دائنين لحامل البطاقة نتيجة استعمالها.أما الوظيفة الثالثة، فهي الائتمان، إذ بموجب ذلك، يكون الهدف أصلا هو منح البنوك تسهيلات لحاملي بطاقات الوفاء بالتزاماتهم، وعلى هذا فهي تصدر عادة لفائدة فئة معينة تختارها الجهة المصدرة، حيث تدفع هذه الأخيرة للتاجر(البائع) المعتمد، قيمة كل ما قام به صاحبها من عمليات شراء أو تلقي خدمات. وتمنح صاحبها أجلا للوفاء نقدا أو بأي وسيلة وفاء معروفة، كالشيك أو التحويل، أو ما إلى ذلك..

2 - تطور بطاقات الوفاء

يرجع ظهور بطاقات الوفاء والائتمان إلى سنة 1914 في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصدرت بعض الشركات الأمريكية التي تعمل في مجال البترول بطاقات معدنية لعملائها لتسوية مشترياتهم من منتجات هذه الشركات بواسطتها في نهاية كل مدة محددة. غير أن هذه البداية بقيت داخلية حتى سنة 1950، إذ منذ هذا التاريخ بدأ الكلام عن وجود بطاقات الائتمان كوسيلة جديدة من وسائل الوفاء[7].

6 - د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية 1981، ص1. سميحة القليوني، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية 1988، ص 317.

7 - د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء بالمنصورة، 1990، ص 6. د. مصطفى كمال طه، ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية، ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي 2005، ص 353.

هذا، وقد انتقلت هذه الوسيلة إلى فرنسا عام 1954، بظهور «carte de diners club»، ثم تم إصدار أهم البطاقات المعروفة في فرنسا في 1967، وهي الكارت الذهبي الذي صدر عن اتحاد الفنادق، ثم البطاقات الزرقاء الصادرة عن مجموعة البنوك الفرنسية.

غير أن عولمة التقنيات البنكية، والتطور التكنولوجي الذي فاق كل التوقعات، جعل هذه البطاقات كغيرها من وسائل الوفاء الأخرى، ليست في منأى من هذا التطور التقني الحديث. إذ أن المؤسسات مصدرة هذه البطاقات، تفاجئنا يوم بعد يوم بآخر ما توصلت إليه من تطوير. وهذا الأخير مس البطاقة ذاتها وكيفية الاتصال بين أطرافها.

2.أ- التطور في جسم البطاقة ذاتها

إن التطور التكنولوجي أدى إلى إحداث تعديلات كثيرة على جسم البطاقة ذاتها، حيث تطورت كثيرا، والهدف من كل هذه التطورات هو توفير الآمان لهذه الوسيلة الحديثة من بطاقة عادية، إلى بطاقة الكترونية، إلى ذكية أي محفظة للنقود الإلكترونية.

2.أ1- البطاقة العادية، وهي بطاقة تتضمن بيانات خاصة، كرقمها، تاريخ صلاحيتها، اسم المؤسسة الذي أصدرتها، واسم صاحبها(العميل) وتوقيعه مكتوب بحروف بارزة. وفي هذا النوع يقوم التجار بطبع هذه البيانات على قسيمة البيع، أي الفاتورة (إشعار خصم، كشف نفقات) المتضمنة لثمن البضائع. مع ملاحظة أن هذه عبارة عن أوراق مطبوعة سلفا من مصدر البطاقة، ومنحها للتاجر، حيث يكتفي هذا الأخير فقط بتمرير بطاقة الوفاء بعد وضعها على النموذج المطبوع، بواسطة ماكينة خاصة، يصطلح على تسميتها ب « fer à repasser » . أما فيما يخص طبيعة المعاملة التي قام بها صاحب البطاقة، وتاريخها، فتدرج بخط يد التاجر.مع ملاحظة أن اسم المحل الذي تعامل معه صاحب البطاقة، فإنه يطبع على النموذج بمجرد مروره على الماكينة السالفة الذكر.

2.أ.2- البطاقة الالكترونية، وهذه بدورها تنقسم من حيث التكنولوجيا الفنية المستعملة في إعدادها إلى:

*بطاقة بلاستيكية ممغنطة: تتخذ شكلا موحدا وفقا للتوجيهات الصادرة من منظمة المعايير الدوليةISO ، وبهذا فهي قطعة مستطيلة من مادة بلاستيكية تتضمن وجهين ، حيث يستعمل أحدهما للتسجيل الكترونيا بعض البيانات الخاصة بتحديد شخص العميل، ورقم حسابه، والرقم السري للبطاقة وتاريخ آخر استعمال لها، والمبلغ المسموح به.وتقرأ هذه البيانات بواسطة الحاسبات الآلية.

***البطاقة ذات الذاكرة carte a puce**

إن التطور التكنولوجي، أدى ببعض الدول المتقدمة- كفرنسا، الخ.. - إلى إدخال تعديلات عديدة على جسم البطاقة، حيث استخدموا بطاقة يطلق عليها la carte a micro processeur ، حيث تحتوي على ذاكرة يخزن فيها برنامج يتضمن تسوية جميع المعاملات مع التجار الذين يقبلون الوفاء بهذه البطاقة، حيث تشمل على الرقم السري للبطاقة وتاريخ آخر استعمال لها، المبلغ المتفق عليه مع حاملها، كما تشمل على منطقة كهربائية تمكن من نقل كل المعلومات المخزنة على البطاقة وإظهارها للخارج على شاشة القراءة التي يستعملها التاجر والتي تتناسب مع هذا الشكل من البطاقات. مع ملاحظة، أن الجهة المصدرة ملزمة بتزويد التاجر بهذه الآلات الحديثة.وهذه الذاكرة الالكترونية توضح مدى كفاية الرصيد من عدمه، وجود معارضة في الوفاء، حيث تستطيع تلقائيا قبول العملية أو رفضها.

2.أ.3-البطاقة الذكية أي محفظة النقود الالكترونية

يصطلح على تسميتها بمحفظة النقود الالكترونية، على أساس أنه تخزن فيها وحدات ذات قيمة مالية تصلح للوفاء بواسطتها، مثلها مثل المحفظة العادية، والكترونية على أساس أنها لا تحتوي على نقود حقيقية، بل مجرد وحدات تنتقل الكترونيا، وتمثل قيما مالية محددة[8]. وهناك طريقتين لاستخدام هذه المحفظة في الوفاء:

8. يصطلح على تسميتها بمحفظة النقود الالكترونية، على أساس أنه تخزن فيه وحدات ذات قيمة مالية تصلح للوفاء بواسطتها، مثلها مثل المحفظة العادية، والكترونية على أساس أنها لا تحتوي على نقود حقيقية، بل مجرد وحدات تنتقل الكترونيا، وتمثل قيما مالية محددة. وهناك من يطلق عليها النقود الرقمية. أنظر في تفصيلات ذلك، كل من: شريف محمد غنام، السالف الذكر، ص 66. دابراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية،2003، ص85 إلى 89.

1 ـ تخزين النقود الالكترونية على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي للعميل. وتمكن هذه الطريقة العميل من استخدامها في الشراء متى يريد من خلال شبكة الأنترنت. ولهذا يصطلح على تسميتها بالنقود الشبكية. ويتم خصم ثمن السلع أو الخدمات في ذات الوقت من القيمة النقدية المخزنة في ذاكرة الكمبيوتر الشخصي، لتضاف إلى القيمة النقدية لحساب التاجر أو مقدم الخدمة.

2 ـ البطاقة الذكية، هي بطاقة وفاء بلاستيكية يثبت في خلفها شريحة ذكية، تسمح بتخزين معلومات ووحدات الكترونية تصلح للوفاء سواء عند التاجر، أو على شبكة الانترنت، وبالتالي تعمل كمحفظة نقود الكترونية. وعلى هذا يمكن القول أن البطاقة الذكية تعتبر تطورا للبطاقات البلاستيكية العادية. وهذا ما أدى بكثير من الدول الأوروبية المتقدمة إلى إصدار توصيات إلى بنوكها بتطبيق نفس التكنولوجيا التي تقوم عليها محفظة النقود الالكترونية، على بطاقات الوفاء التي تصدرها، ومن أشهر هذه المحافظ، محفظة Geldcarte الألمانية، وmoneo الفرنسية. كما أن هناك بعض البنوك—في هولندا مثلا— أدخلت تعديلات تكنولوجية على بطاقات الوفاء، بحيث تجتمع في البطاقة الواحدة إمكانية استعمالها، كبطاقة وفاء أو محفظة للنقود من خلال المفاتيح المثبتة[9]. كما عرفت الولايات المتحدة الأمريكية هذه المحافظ منذ أمد، تعمل من خلا النظام المفتوح، بمعنى استخدامها لأغراض عديدة في أماكن مختلفة.ويرجع الفضل في ذلك إلى مساهمة شركة فيزا العالمية Visa.

2.ب ـ التطور في وسائل الاتصال

لم يقتصر التطور الذي عرفته بطاقات الدفع في حد ذاتها، بل شمل ذلك وسائل الاتصال بين مصدر البطاقة والتجار الذين يقبلونها في الوفاء.إذ تعمل هذه البطاقات بمختلف أنواعها وفقا لطريقتين في وسائل الاتصال، أحدهما الانضمام إلى النظام المباشر، والآخر النظام غير المباشر.

9ـ من هذه البنوك الهولندية، أن

2.ب.1 ـ الانضمام إلى النظام المباشر (on line) en ligne

يعتمد هذا النظام على أن جميع التجار الذين تعاقدوا مع مصدر البطاقة، يرتبطون مع هذا الأخير بخط اتصال الكتروني بالحاسب الآلي المركزي. بمعنى أن الحاسب الآلي التاجر يرتبط مباشرة بمركز للاتصال بين البنوك. وهذا النظام يمكن التاجر بمجرد إدخال رقم البطاقة الشخصي للحامل التحقق من كفاية أو عدم كفاية الرصيد، وعدم وجود معارضة في الوفاء. وفي هذه الحالة يتم الوفاء فورا، عن طريق التحويل الالكتروني من حساب العميل إلى حساب التاجر.

2.ب.2 ـ النظام غير المباشر (off line) hors ligne

في هذا النظام، فإن التجار الذين قبلوا الوفاء بالبطاقة، لم يرتبطوا بخط اتصال الكتروني بين حاسبهم الآلي ومركز الاتصال بين البنوك.وعلى هذا لا يمكن للتاجر التحقق من كفاية الرصيد وعدم وجود معارضة في الوفاء. وفي هذا النظام ما على التاجر سوى تسجيل جميع بيانات العمليات الكترونيا، وإرسالها إلى غرفة المقاصة لإجراء التحويل من حساب الحامل إلى حساب البائع.

3ـ التنظيم التشريعي لبطاقات الوفاء

3.أ- التنظيم التشريعي الدولي:

هناك توصيات صدرت من الاتحاد الأوروبي تتعلق بالوفاء الالكتروني بصفة عامة وببطاقات الوفاء والائتمان بصورة خاصة[10]، وأهم هذه التوصيات، إحداهما في القواعد الأوروبية للتعامل السليم في مجال الوفاء الالكتروني، الصادرة في 8 ديسمبر 1987، تحت رقم 598/87،والأخرى تتعلق بالعلاقات التي تربط بين حاملي البطاقات والمصدرين، ووسائل الوفاء بصفة عامة، والصادرة في17نوفمبر 1988.

10 - Christian Gavalda; Dalloz, carte de paiement, p.3; n° 8 .

وهناك توصية ثالثة تتعلق بالعمليات التي تتم بوسائل وفاء الكترونية، صادرة بتاريخ 30 يوليو 1997،وأخرى رابعة تتعلق بمكافحة الغش والتزوير لوسائل الوفاء غير النقدي ، والصادرة في 1 يوليو1998.

2.ب- التنظيم الداخلي

أراد المشرع الجزائري بموجب قانون 05-02المؤرخ في 6 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري- أن يسطر الإطار القانوني لبطاقات الدفع، بإضافته بعض وسائل وطرق الدفع الذي تمم بها الكتاب الرابع، وجاء النص على بطاقات الدفع في الفصل الثالث من هذا الباب. تحت عنوان " بطاقات الدفع والسحب". وقد تناول ذلك في نصين فقط، وهما المادتين 543 مكرر23 و543 مكرر 24.

وعلى غرار القانون الفرنسي[11]، فإن المشرع الجزائري اكتفى بوضع نصين، إحداهما عرف بموجبها بطاقة الدفع[12]، والأخرى تنص على عدم الرجوع في الالتزام المعطى للأمر بالدفع، إلا في حالات معينة[13] .

---

11 - المادة 57 - 1 من القانون الفرنسي، الذي أدخلها المشرع الفرنسي في القانون الخاص بحماية الشيكات وبطاقات الدفع ، بموجب قانون صادر في 30 ديسمبر 1991حيث أضاف جزء جديد يتعلق ببطاقات. ومحتوى هذه المادة، أن بطاقات الدفع تصدرها مؤسسات الائتمان أو المؤسسات المشار إليها بموجب المادة 8 من قانون البنوك الصادر في 24جانفي 1984، وهم الخزينة العامة، البنك الفرنسي، الخدمات المالية للبريد، وكذا les caisses des dépots et consignations

12- تنص المادة 543 مكرر23/1 على ما يلي:" تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال"

13- تنص المادة 543 مكرر24، على ما يلي:" الأمر أو الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع غير قابل للرجوع فيه ولا يمكن الاعتراض على الدفع إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانونا أو تسوية قضائية أو إفلاس". تقابل المادة 57 - 2فرنسي

II ـ الإطار القانوني لنظام الدفع ببطاقات الوفاء

مهما كان التطور الذي لحق بطاقات الدفع، سواء في ذاتها أو في وسيلة الاتصال بها، فإن النظام القانوني لهذه البطاقات يتمثل في عبارة واحدة وهي الوفاء بواسطتها. إذ أن نظام الدفع بموجب البطاقات، لا يمكن استعماله والتعامل به إلا في ضوء اتفاقات تعاقدية سابقة بين أطرافها الثلاثة، وهم مصدر البطاقة، والتاجر الذي يقبل التعامل بها، والعميل صاحب البطاقة، حيث تنشأ بين هذه الأطراف علاقات قانونية ترتب التزامات قانونية هامة على عاتق كل منهما. الأمر الذي يقتضي الكلام عن هذه العلاقات، قبل الكلام عن الوفاء الالكتروني بها ومشاكل الإثبات.

أولا: الإطار التعاقدي لبطاقات الوفاء

إن استعمال البطاقات لتأدية وظيفتها كأداة وفاء وائتمان، يسجل في إطار تعاقدي، يتشكل من عقدين أساسيين، وهما: العقد بين مصدر البطاقة والحامل،والآخر، العقد بين مصدر البطاقة والتاجر. كما أن هناك عقدا ثالثا، وهو عقد البيع الذي يربط بين التاجر والحامل. ويعتبر هذا العقد الأخير السبب في وجود العقدين السابقين[14]. وعلى هذا لا يمكن الكلام عنه، كون أن هذا العقد تحكمه القواعد العامة التي تحكم عقد البيع أو تقديم الخدمة، حيث يقبل كل منهما التعامل باستخدام البطاقة، وهذا منطقي طالما أن كلا الطرفين يربطهما عقد مع الجهة مصدرة البطاقة.

وعلى هذا نكتفي بدراسة هذين العلاقتين الأساسيتين، والتي تتمثل أساسا في علاقة مصدر البطاقة بحاملها، وعلاقة مصدر البطاقة بالتاجر أو المورد:

14 ـ د. فايز نعيم رضوان، السالف الذكر، ص 12 .

1 . العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها

يطلق على العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها، عقد الحامل contrat-porteur أو عقد الانضمامcontrat- d 'adherent. غير أن هناك من يؤيد تكييفه بعقد إذعان[15]، على أساس أن حامله لا يمكن له مناقشة بنوده المعدة سلفا من طرف الجهة المصدرة له في نموذج محدد. فهذا العقد يحدد شروط إصدار البطاقة، وكيفية استعمالها مع تحديد حقوق والتزامات الطرفين.

ومهما كان التكييف الممنوح لهذا العقد، والذي هو مما لا جدال فيه أنه عقد إذعان،إذ تحتفظ المؤسسة المصدرة بالحق في تعديله بإرادتها المنفردة، مع تركها للحامل مدة معينة، تبدأ من تاريخ إخطاره بالتعديل، حتى يستطيع رد البطاقة وإنهاء العقد.

هذا ويتميز هذا العقد، بأنه من العقود المحددة المدة ، والتي تقوم على الاعتبار الشخصي. حيث يحتفظ مصدر البطاقة بحق رفض التعاقد حتى ولو وقع طالب البطاقة على النموذج المتضمن الإيجاب الصادر من مصدرها. ويرتب هذا العقد التزامات في جانب الطرفين محددة سلفا في العقد، وتتمثل هذه في ما يلي:

1 .أ- التزامات الجهة مصدرة البطاقة

* الالتزام بالوفاء للتاجر بجميع العمليات التي قام بها حامل البطاقة، غير أن هذا الالتزام قد يكون مقيدا بشرط في العقد، وهو إلزام الحامل بضرورة عدم تجاوزه مبلغا محددا.

* كما تلتزم الجهة المصدرة بإرسال كشف بالنفقات للحامل كل فترة معينة يحددها العقد.

1 .ب ـ التزامات الحامل

يلتزم حامل البطاقة بدفع العمولة المتفق عليها في العقد، ويم ذلك عادة بخصمها من حسابه لدى المؤسسة المصدرة للبطاقة. كما يلتزم باستعمال البطاقة باسمه شخصيا،

15ـ د. كمال طه، ووائل أنور بندق، السالف الذكر، 358 .

فلا يمكن له التنازل عنها للغير، وهذا غير ممكن طالما أن البطاقة تحمل توقيعه، ورقم شخصي خاص به، يلتزم دوما بالمحافظة على سريته، إذ يقوم بتكوينه على جهاز معد لذلك عند إجراء أية عملية سواء سحب أو دفع.

وتنعقد مسئولية حامل البطاقة في حالة فقدها أو سرقتها، إذ يظل مسئولا عن جميع المخاطر الناتجة عن استعمال البطاقة من جانب الغير الذي وقعت البطاقة الضائعة أو المسروقة تحت يده، إلى أن يقوم بإخطار مصدرها بواقعة السرقة أو الضياع.إذ من هذا التاريخ تنتقل المسئولية عن الاستعمال غير الشرعي إلى مصدر البطاقة. وتنتهي مسئولية المصدر حين إخطار التجار الذين تعاقدت معهم الجهة المصدرة، وذلك عن طريق إدراج رقم البطاقة في قائمة المعارضات التي ترسل حسب وسيلة الاتصال.وهنا يجب على التجار المراقبة الدقيقة لاستعمال هذه البطاقة عن طريق مراجعة قائمة المعارضات، والا انعقدت مسئوليتهم عن المبالغ التي استعملت فيها البطاقة بعد الإخطار

2- العلاقة بين مصدر البطاقة والمورد أي التاجر contrat-fournisseur

على غرار العقد الذي يربط المصدر بالحامل، فإن العقد الذي يربط المصدر بالتاجر هو الآخر عقد نموذجي يقوم على الاعتبار الشخصي، إذ يرجع للمؤسسة مصدرة البطاقة اعتماد أو عدم اعتماد الفئة المعينة من التجار أو مقدمي الخدمات بموجب البطاقات التي تصدرها.كما يتميز هذا العقد بأنه محدد المدة يتجدد ضمنيا مع إيراد شرط في العقد يمكن لطرفين من إنهائه في أي وقت، على شرط أن يخطر الطرف الآخر بذلك في وقت ملائم. كما تحتفظ دائما الجهة المصدرة بحقها في تعديل شروط العقد مع التحفظ بترك للتاجر مدة معينة لإبداء رغبته في رفض ذلك. وغالبا ما تحدد هذه المدة بشهر واحد في الأوقات العادية، وبخمسة أيام(5)في الحالات غير العادية، كاكتشاف التاجر لاستعمال بطاقة مفقودة أو مسروقة [16] .

16 - G . Ripert et R . Roblot; droit commercial, T2, 15 éd. Par P . Delebecque et M.germain, p . 558.

هذا، ويرتب العقد التزامات على عاتق كلا الطرفين

2.أ- التزامات مصدر البطاقة

* الالتزام بتوفير كل الأجهزة التقنية والتكنولوجية الحديثة لاستخدم البطاقة في الوفاء.

يلتزم مصدر البطاقة بإعداد جميع الأدوات التي يتطلبها تسجيل العمليات من بيع وشراء التي يقوم بها حاملي البطاقة. ويختلف هذا الالتزام باختلاف ما تحمله البطاقة من تطور، إذ يتوجب على مصدر البطاقة أن يخضع البطاقات لتطور مستمر، حتى تتلاءم مع الأجهزة الحديثة التي يعمل بموجبها التاجر. وعلى هذا إذا كانت البطاقة من نوع ابطاقات الذكية التي تحمل وحدات نقدية، فيجب على الجهة المصدرة لهذه البطاقة أن تسلم التاجر محفظة الكترونية وهي محفظة- طبعا- تختلف عن محفظة العميل، من حيث أنها تستقبل فقط الوحدات النقدية المرسلة إليها من محفظة العميل.كما تلتزم بالإفصاح عن جميع البيانات والمعلومات المرتبطة باستعمال المحفظة.

وعلى هذا فإن جميع هذه الوسائل قد تكون موضوعا لشروط اتفاقية بين التاجر ومصدر البطاقة، حيث تختلف أشكال هذه الأدوات باختلاف العقود التي يبرمها حاملوا البطاقات مع التجار المعتمدين لدى الجهة المصدرة.

* الالتزام بإخطار التاجر بسرقة أو ضياع البطاقة، حتى يتمكن من رفض جميع العمليات التي تستخدم فيها البطاقة مهما كان شكلها.

* الالتزام بضمان الوفاء:

من أهم الالتزامات التي تترتب على العقد الذي يربط الجهة المصدرة بالتاجر،يتمثل في التزامها بضمان الوفاء بكل ما يجريه صاحب البطاقة من عمليات في حدود الضمان الموجود في العقد. غير أن هذا الالتزام مقيد بشروط محددة في العقد تعتبر بمثابة التزامات تقع على عاتق التاجر.

2.ب ـ التزامات التاجر

هناك التزامات أساسية تابعة لنظام الوفاء، وأخرى تبعية تتعلق بالوفاء. ويمكن إجمال كل الالتزامات فيما يلي:

قبول البطاقات كأداة للوفاء بثمن البضائع التي يشتريها صاحب البطاقة، أو تقديم الخدمات.ولا يمكن له التمسك في مواجهة الحامل بأي دفوع تكون بينه وبين مصدر البطاقة لرفض الوفاء.

* الالتزام بحل جميع المنازعات الناشئة بينه وبين عملائه. وهذا يعتبر نتيجة طبيعية كون مصدر البطاقة أجنبيا عن العقد. وإن كان هذا لا يمنع التزام مصدر البطاقة بتزويد كل من الحامل والتاجر بالمعلومات والوثائق التي تتوفر لديه، ولها علاقة بالنزاع.

* الالتزامات الناتجة عن فسخ العقد الذي يربط التجار بمصدر البطاقة:

يترتب على فسخ العقد أن التاجر يلتزم بإرجاع جميع الأدوات والأجهزة التقنية التي وضعها مصدر البطاقة في متناوله. ومن أهم الأمثلة على ذلك، القراءات التي تتناسب مع شكل البطاقة والبيانات المخزنة فيها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى جميع الوسائل التي تساعد على تنفيذ الاتصال المباشر بين التاجر ومصدر البطاقة، في حالة ارتباط التجار بالحاسب المركزي.

* التزام التاجر بالرقابة على استخدام البطاقة في الوفاء

يتوجب عل التاجر التأكد من صحة البطاقة سواء من حيث تاريخ صلاحيتها، أو عدم وجودها مدرجة في قائمة المعارضات. كما يلتزم بالتأكد من صحة توقيع حاملها على الفاتورة بمضاهاته بنموذج التوقيع الموجود على ذات البطاقة، بعد تمريرها على الآلة الخاصة fer à repasser. وإما بإدخال الرقم السري(كودي) في قراءة الآلة. علما أنه منذ 6جانفي 1993فإن البطاقة ذات الذاكرة carte a puceمع قراءة الآلة le terminal قد فرضت من طرف التجمع البنكي CB.

كما يلتزم التاجر بالتأكد من المبلغ المضمون الوفاء به من طرف مصدر البطاقة.وهذا لم يصبح مشكلا مع انتشار البطاقات ذات الذاكرة الالكترونية، والارتباط بالخط الالكتروني مع الحاسب المركزي لمصدر البطاقة، إذ توضح مدى كفاية الرصيد من عدمه، وجود معارضة في الوفاء، حيث تستطيع تلقائيا قبول العملية أو رفضها.

* يلتزم التاجر أو مقدم الخدمة إزاء الجهة المصدرة بدفع الاشتراك السنوي المتفق عليه، مع دفع عمولة مستحقة عن جميع العمليات التي تجريها الجهة المصدرة لحسابه[17]

ثانيا- الوفاء ببطاقات الدفع، وكيفية الإثبات

من خلال العلاقات السابقة بين الطرفين الأساسيين - مصدر البطاقة والتاجر- في عقد بطاقة الوفاء، يتضح أن النظام القانوني لهذه الأخيرة يتمثل في الوفاء بواستها.

ويكون ذلك عن طريق الأمر بالدفع الذي يتميز بمميزات معينة، كما يثير مشكل الإثبات بصدد العمليات المطلوب تنفيذها

1- مميزات الأمر بالدفع بموجب بطاقة الوفاء

1 .أ- الأمر بالدفع بموجب بطاقة الوفاء، نهائي، لا رجعة فيه

يتميز الأمر بالدفع الصادر من حامل البطاقة إلى الجهة التي أصدرتها - وذلك بتحويل مبلغ من حسابه إلى حساب التاجر البائع، أو مقدم الخدمة- بأنه نهائي، لا رجعة فيه. وهذا تطبيقا لنص المادة 543 مكرر24 من القانون التجاري[18]. ويترتب على ذلك، نتيجة هامة، وهي عدم إمكانية حامل البطاقة إلغاء الأمر إذا ثبت له عدم مطابقة السلعة للمواصفات، أو الخدمة المرجوة.

17- د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال، ج3، وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع في القانون رقم 17 لسنة 1999، ص 469 .

18- تنص المادة 543 مكرر24 من القانون التجاري - المعدل والمتمم بموجب - على ما يلي: " الأمر أو الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع غير قابل للرجوع فيهولا يمكن الاعتراض على الدفع إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانونا، أو تسوية قضائية أو إفلاس المستفيد".

هذا، وقد حدد المشرع الحالات التي تجيز الاعتراض على الدفع، وحصرتها في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانونا، وكذا في حالة إفلاس المستفيد أو دخوله نظام التسوية القضائية. وهذا الحكم يتطابق مع حالات المعارضة في الوفاء في السندات التجارية، كالسفتجة [19] والشيك[20]، والسند لأمر، ونفس الحكم بالنسبة للسندات الأخرى، التي تنطبق عليها أحكام هذه السندات، كسند النقل، وسند الخزن.

وقد يثار التساؤل عن كيفية إصدار هذا الأمر، باعتبار هذا الأخير هو الذي يعبر عن إرادة الحامل.

1.ب ـ التعبير على الأمر بالتوقيع

يتمثل هذا الأمر في مجرد التوقيع على الفاتورة في حالة البطاقة العادية، وفي إدخال الرقم السري أي الكودي في حالة بطاقة الدفع الالكترونية، وهو ما يعرف بالتوقيع الالكتروني. وينفذ هذا الأمر فورا وتلقائيا وفقا للنظام المباشر en ligne.

وفي هذا النوع من الدفع، فإن مسألة مكان وزمان الدفع، باعتبارهما من القواعد التقليدية، تثير التساؤل حول ما إذا كان مجرد التوقيع من قبل الحامل يعني الوفاء بقيمة السلع أو تقديم الخدمة، أي بمعنى آخر متى يتم الوفاء بالبطاقة؟

للجواب على ذلك لا بد من الرجوع إلى المقصود بالوفاء. فهذا الأخير يعرف على أنه وسيلة لتنفيذ الالتزام، ولا يتم إلا بتسليم النقود.

وعلى هذا فإن زمن الوفاء المبرئ للذمة يتحدد تبعا للوسيلة المستعملة. فالنقود، لما تمتاز به من قوة إبرائية، فإن الوفاء بها يتم بمجرد التسليم. أما الوفاء بواسطة بطاقات الدفع عن طريق التوقيع الصادر من حامل البطاقة، فليس إلا مجرد اعتراف بالدين،

19ـ تنص المادة 419 من القانون التجاري، على ما يلي: " لا تقبل المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السفتجة أو إفلاس حاملها".

20ـ تنص المادة 503/2 من القانون التجاري، على ما يلي: " ولا تقبل معارضة الساحب على وفاء الشيك إلا في حالة ضياعه أو تفليس حامله".

وبالتالي لا يكون الوفاء بها مبرئا إلا بعد قيام مصدر البطاقة بالوفاء إما نقدا، وإما عن طريق القيد في الجانب الدائن من حساب التاجر - كغيرها من النقود الكتابية- وهذا وفقا للاتفاق الذي يكون بين مصدر البطاقة والتاجر الذي قبلها في الوفاء. وعلى هذا يعبر عن الوفاء ببطاقات الدفع بأن لها قوة إبراء اتفاقية لا قانونية[21]، بمعنى أنها تستمد قوتها من رضاء العميل باستخدامها، وقبول التاجر الوفاء بواسطتها. إذ غالبا ما ينص العقد المبرم بين مصدر بطاقات الوفاء والتاجر الذي يقبلها في الوفاء على تحديد فترة يتم خلالها الوفاء بقيمة السلع الذي اقتناها العميل باستعمال البطاقة. ولهذا يمكن القول بأنه في علاقة العميل بالتاجر أو مقدم الخدمة، يعتبر الوفاء بالبطاقة بكل أشكالها علاقة وفاء حقيقية حيث تبرأ ذمة العميل بشكل نهائي من الدين، وخاصة في حالة استخدام البطاقة الذكية، أي محفظة النقود الالكترونية. غير أن التاجر أو مقدم الخدمة لا يعتبر مستوفيا لحقه إلا عند تحويل المبلغ إلى حسابه البنكي[22].

ومما هو جدير بالملاحظة أن هناك عقود نموذجية تحدد كل ما يتعلق بالوفاء الالكتروني، كالعقد النموذجي الفرنسي، حيث يحدد العملة المستعملة في الوفاء، ومدى جواز الوفاء بعملة أجنبية، تحديد نفقات التسليم وغير ذلك من المسائل التي تثور بشأن عقود البيع أو تقديم الخدمات، كأن ينص العقد مثلا على أن السلعة المباعة تبقى ملكا للبائع لحين الوفاء بكامل ثمنها، ومصاريف السحب والجمارك والرسوم، الخ..

هذا ويحرص واضعي نماذج عقود التجارة الالكترونية على النص على أن يتم الوفاء على الخط المباشر على الشبكة نفسها سواء بواسطة بطاقة دفع أو أية وسيلة أخرى يقبلها المحل التجاري المشارك في الشبكة الدولية للاتصال عبر الانترنت. وطبعا فإن الدفع عبر شبكة الانترنت يقتضي من حامل البطاقة القيام ببعض الإجراءات المعينة للتحقق من شخصية العميل الذي يود الشراء أو الحصول على الخدمة. وبواسطة

21- د. شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية، السالف الذكر، ص 34 .

22 - Christan Gavalda, carte de paiement, Rép. com . Dalloz, 1996, p6, n°40.

البطاقات ما على مستخدمي الويب الذين يودون إجراء معاملات شراء الكترونية، سواء كان تاجرا أو مستهلكا سوى القيام بنقل رقم البطاقة البنكية الصادرة محليا، وتاريخ انتهاء صلاحيتها إلى موقع التاجر الذي يرسله بدوره إلى البنك مصدر البطاقة للحصول منه على مقابل الخدمة أو السلعة. ويقيد البنك هذا المبلغ بعد ذلك في الحساب المدين لحامل البطاقة.

2 ـ إثبات العمليات التي تمت بواسطة البطاقة

بالنظر إلى تطبيق النظم الفنية المتطورة في مجال التعاقد الالكتروني وانتقال المعلومات، فإن بطاقات الوفاء بأشكالها المختلفة تثير مسألة كيفية الإثبات لعدم تلاءمها مع قواعد الإثبات التقليدية. فالتطور الذي مس البطاقة في ذاتها وكذا في وسائل الاتصال والتعامل بها يتطلب بالضرورة وجود تغير في طرق الإثبات التقليدية كاستخدام الأرقام السرية للتأكد من شخصية حامل البطاقة.

وعلى هذا اتجه القضاء الفرنسي إلى اعتبار اللجوء إلى التوقيع باستخدام الرقم السري يشكل دليلا كافيا في الحالات التي تخضع لحرية الإثبات[23]، الأمر الذي ينطبق على بطاقات الوفاء، لصدورها من مصارف تحترف القيام بالأعمال التجارية، تطبيقا لنص المادة 2 من القانون التجاري[24].

غير أن تطبيق هذه القاعدة على عميل مدني تثير بعض المشاكل، خاصة في المعاملات التي تتجاوز قيمتها 5000 في القانون الفرنسي، و100.000د.ج في القانون الجزائري[25]، تطبيقا للقاعدة التقليدية في الإثبات التي تقضي بحرية لإثبات فيما لا يزيد عن100.000دج.

---

23 Montpellier, 9 avril 1987, J.C.P., 1988.2.20984, note M.Boizard.

24ـ المادة 13/2 من القانون التجاري: يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: كل عملية مصرفية أو عملية صرف....

25ـ تطبيقا لنص المادة 333من القانون المدني المعدلة والمتممة

إلا أن استعمال الوسائل العلمية الحديثة قد غيرت من مقتضى ذلك، حيث أصبحت المؤسسات التي تصدر هذه البطاقات، تؤكد مدى حرصها على إدراج الشروط المتعلقة بالإثبات، وذلك في نماذج طلب البطاقة[26].

والظاهر أن هذا أيضا ما دفع المشرع الجزائري، إلى تتميم قواعد الإثبات بموجب قانون 10/05 ـ المعدل والمتمم للقانون المدني– بنص المادتين، 323 مكرر، و323مكرر1 من القانون المدني، حيث نص في الأولى، على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها". كما نصت المادة 323 مكرر1، على ما يلي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

هذا، وإذا ثارت منازعات حول صحة العمليات التي تمت بواسطة بطاقة الوفاء، كحدوث خطأ بواسطة الآلة المستعملة من طرف التاجر، أو من طرف مصدر البطاقة، كأن يفاجأ الحامل بقيد مبلغ في حسابه في الجانب المدين يفوق قيمة العملية التي أجراها. في هذه الحالة فإن العميل سواء كان تاجرا أو غير تاجر، فهو بصدد إثبات عمل اتجاه تاجر، سواء كان مصدر البطاقة أو التاجر، وهو هنا يستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، تطبيقا لنص المادة 30 من القانون التجاري.

---

26 ـ أنظر المادة 7 / 1 من عقد البطاقة بين البنوك،الصادرة من القرض الشعبي الجزائري(CIB)، إذ تقضي بما يلي:

«Les opérations effectuées au moyen de la carte sont enregistrées automatiquement sur un support électronique/ ces enregistrements constituent la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte et la justification de leur imputation au compte sur lequel cette carte fonctionne.(art.7 du contrat interbancaire de paiement)

التنمية في البلدان العربية النفطية
في ظل قواعد العولمة

بقلم : الأستاذ عكة عبد الغني (*)

يشهد العالم حاليا حركة غير مسبوقة في الصراع بين مختلف القوى والتي تتفاعل في العلاقات فيما بينها بصورة مبنية على المصلحة الخاصة، حيث كان ولا يزال للتنمية الاقتصادية مكانة في هذا الصراع الذي يزداد حدة مع مرور الوقت نظرا للأهمية البالغة التي تكتسيها في حياة الشعوب وهي التي تعتبر الملاذ لتجسيد طموحاتها من أجل العيش في كرامة ورخاء ورفاهية.

وبالمقابل نجد أن مفهوم التنمية في الدول النامية مر بعدة مراحل تعكس كل منها طبيعة وظروف هذه الدول من حيث تركيبتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وعلاقتها بالأنظمة الدولية، حيث كان ينظر لها على أنها إرتفاع في مستوى الدخل الفردي ثم تحول هذا المفهوم إلى مدى قدرة الاقتصاد القومي على الزيادة في الناتج القومي بدرجة أعلى من معدل زيادة السكان وصولا إلى التنمية الشاملة للمجتمع بأسره إلى أن تحول في وقتنا الحالي إلى الأبعاد البيئية والبشرية والتي أصبحت تعرف بالتنمية المستدامة، أي الموازنة بين النظام الاقتصادي والنظام البيئي بدون هدر للموارد الطبيعية.

---

* خريج المدرسة الوطنية للإدارة، ماجستير علوم إقتصادية، فرع نقود ومالية، جامعة الجزائر.

وبما أن النفط يعد من الموارد الطبيعية غير المتجددة والعامل الأساسي للتنمية في الدول النامية المنتجة له بما فيها البلدان العربية، كما أنه أصبح في عصرنا من الموضوعات الأكثر إثارة للدراسة والتحليل الاقتصادي في العقود الأخيرة نتيجة للتطورات والتغيرات المستمرة والمتلاحقة التي تعرفها السوق البترولية المتأثرة بالمتغيرات الاقتصادية الدولية، و هو عصب الحضارة الحديثة وسلعة تتمحور حولها كل الاستراتيجيات والخيارات ومصدر للطاقة والأزمات وهو اليوم الوسيلة الفعالة لتحريك عجلة التنمية لكافة دول العالم حتى أنه أصبح أحد طرفي معادلة التقدم والارتقاء الاقتصادي والاجتماعي وأعظم متغير في التجارة الدولية وتلتف حوله مختلف الدراسات القانونية والسياسية والاقتصادية، وتعد صناعته من أهم الصناعات الحديثة التي ساهمت في بناء هذه الحضارة التي نعيشها، كما أن عملية التنمية في أي دولة تتوقف بصورة كبيرة على هذا المورد الطبيعي غير المتجدد.

لكن المتتبع لواقع التنمية في الدول العربية المنتجة للنفط يلحظ وجود مقاربة مزدوجة وغريبة تتمثل في توفرها على مقومات التنمية من جهة والتخلف من جهة أخرى وذلك راجع ربما لغياب التحليل التقني لعوائق التنمية من قبل النخب القائدة وفشلها في إيجاد أدوات التحليل لتغيير هذا الواقع، لذا فإنه أصبح من الضرورة بما كان على كافة هذه الدول في عصر العولمة أن تتكافل فيما بينها بصورة تجعلها تنهض بإقتصادياتها إلى مصاف الدول المتقدمة، وبما أن التنمية كانت ولازالت في صلب إهتمام الشعوب العربية الأمر الذي يحتم علينا الخوض في غمار هذه الدراسة التي يهدف من وراءها البحث حول مكانة النفط في الحركية الاقتصادية والتنموية للدول العربية المنتجة له، لأنه يعتبر أهم مورد في تمويل موازناتها بالعملة الصعبة.

و من خلال ما سبق تطرح الإشكالية الآتية:

- ما دور النفط في المسار التنموي للدول العربية المنتجة له ؟

- كيف يمكن للدول العربية المنتجة للنفط تحقيق أهداف التنمية في ظل قواعد العولمة ؟

و للإجابة على السؤالين السابقين قسمت هذه الدراسة إلى النقاط التالية:

- مفهـــوم التنميـــة .
- مكانة النفط في تنمية البلدان العربية المنتجة له.
- إدارة عوائد النفط في البلدان العربية المنتجة له.
- العولمة والتنمية في البلدان العربية المنتجة للنفط.

1- مفهـــوم التنميـــة :

1- 1- ماهيـــة التنميـــة : تبلور مفهوم التنمية بشكل أكثر وضوحا في الخمسينيات من القرن الماضي بعد قيام العديد من الدول النامية في محاولات لتغيير واقعها المتخلف بجميع جوانبه الاقتصادية الاجتماعية، الثقافية والسياسية، في هذه المرحلة بالذات، وفي ظل هذه المتغيرات تزايد إهتمام مختلف الباحثين الاقتصاديين بالتنمية الاقتصاديـة، حيث تضاربـت الآراء حول مفهومـها وإختلفت بإختلاف المنطلقات الفكرية للاقتصاديين الذين لم يميز بعضهم بينهـا وبيـن النمو الاقتصادي،حيث يميلون إلى إستعمال المصطلحين بمعنى واحد ويعتبرونهما مترادفين في جوهرهما وإن كانت هناك فوارق جوهرية في معنييهما.

ويرى آخرون أن التمييز بينهما لا يستند إلى أسس علمية بل يهدف إلى تحقيق أغراض محددة لوضع فواصل بين مجموعتي البلدان النامية والدول المتقدمة لذا فقاموا برفضها [1]، كما إهتم الاقتصاديون الكلاسيكيون بالكيفية التي تؤدي بها تفاعلات المتغيرات

1- سعد حسين فتح الله، التنمية المستقلة، المتطلبات والاستراتيجيات والنتائج، دراسة مقارنة في أقطار مختلفة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1999 ، ص 22 .

الاقتصادية إلى تحقيق التوازن كحل تتوقف عنده حركة تلك المتغيرات، وساهم تحليل الاقتصادي الايطالي باريتو"pareto " في وصف هذا الوضع بأنه الأمثل لأن تجاوز أي طرف له يحقق منفعة زائدة تحمل الآخرين خسائر، إذن إذا تغيرت مجموعة الظواهر التي تعتبر من قبيل المعطيات دفعت بإتجاه نقطة توازن جديدة تتحدد بالأسلوب نفسه، وبالتالي فإن ما قصدوه كان تحقيق التوازن في الأجل الطويل وليس التنمية بالمعنى الدقيق [2].

ويعد الكاتب النمساوي جوزيف شومبيتر "josef schumpeter" أول من وضع أسسا واضحة لكل من المفهومين في العقد الثاني من القرن الماضي، حيث أوضح أنه في ظل ثبات فنون الإنتاج يتعرض ما سماه التدفق الدائري للإنتاج إلى " النمو" بدافع من نمو السكان وما يصحبه من تراكم رأس المال، أما " التنمية " فهي خروج عن التوازن يحدثه جهد المنظمين الرواد الذين يغرون الرأسماليين بتمويل تجديدات في دالة الإنتاج تتخذ شكل إدخال منتج جديد أو إستعمال أسلوب جديد للإنتاج أو فتح سوق جديدة أو إكتشاف مصادر جديدة للمواد الأولية أو إعادة تنظيم الصناعة ويعتبر كسبهم الإضافي ربحا اما يقومون به من " هدم خلاق " يهدم الفنون القديمة وإحلال أخرى أفضل منها، إذن هو ينظر إلى التنمية كعملية إقتصادية بحتة لكن من ناحية النوعية لا الكمية [3].

لذا يستنتج أن شومبيتر ميز بين النمو والتنمية الاقتصادية على أساس أن المفهوم الأول يعني زيادة كمية في مستوى الدخل بدون أن يصاحبها تغيير في هيكل الإنتاج والاقتصاد القومي أما التنمية الاقتصادية فتعني إلى جانب نمو الدخل حدوث تحولات أخرى، مثل التغير في هيكل الاقتصاد بحيث يتقلص النصيب النسبي للزراعة في الناتج

2- محمد محمود الإمام، بحث مقدم في الموسوعة العربية للمعرفة من أجل التنمية المستدامة، الدار العربية للعلوم المجلد الأول، مقدمة عامة، الطبعة الأولى 2006، ص 347 .

3- نفس المرجع، ص 347 .

المحلي الإجمالي لصالح إسهام قطاع الصناعة فيه وتزيد نسبة السكان في الحضر بمعدل أكبر من نظيرتها في الريف وتدخل أساليب حديثة في مجال الإنتاج ويزيد الاعتماد على النقود كوسيط للتبادل بدلا من المقايضة، وتزداد نسبةالإنتاج المسوق بدلا من الإنتاج المعيشي وهكذا، إلا أن المفهوم الأساسي للتنمية إرتبط برفع متوسط نصيب الفرد من الناتج المحلي الإجمالي [4].

وعليه، فالتفرقة الرئيسية بينهما ترتبط بالتلقائية والتدخل في تحقيقهما بمعنى أن النمو يحصل تلقائيا مع مرور الوقت بإستمرار وجود تشكيلة إجتماعية معينة فالزيادة في عدد السكان يقابلها نمو إحتياجاتهم من السلع والخدمات هذا ما يدفعهم إلى الرفع من إنتاجهم، لذلك إرتبط النمو الاقتصادي بمعدل نمو الناتج القومي الإجمالي، أما التنمية فهي فعل يتطلب تدخل وتوجيه الدولة لتنمية المجتمع إقتصاديا بشكل خاص، حيث تكون هي المسؤولة عن مدى نجاح سياساتها التنموية وبالتالي فالدولة هي التي توجه المجتمع نحو المجالات المساعدة لإحداث التنمية.

ومن جهة أخرى، النمو يعني حدوث تغيرات كمية في بعض المتغيرات الاقتصادية وتنحصر في إستخدام الموارد المالية لزيادة الإنتاج في المستقبل، من دون أن يهتم بعملية التوزيع والآثار الجانبية الأخرى التي ترافقها، أما التنمية الاقتصادية فتتضمن حدوث تغيرات نوعية في هذه المتغيرات التي تهدف من وراءها إلى رفع القدرة الإنتاجية وكفاءة أداء أفراد المجتمع مع ضمان العدالة الاجتماعية في توزيع ثمار التنمية إضافة إلى أهداف أخرى في المجالات الاجتماعية، الثقافية والسياسية.

2-1 ـ أهداف التنمية : إن أهداف التنمية بالنسبة للدول العربية تصبوا بصفة أساسية إلى التخفيض من الفقر كأولوية ، ثم الإتجاه نحو تعزيز قدراتها في شتى

4. محمد سلطان أبو علي، بحث مقدم في الموسوعة العربية للمعرفة من أجل التنمية المستدامة، الدار العربية للعلوم، المجلد الرابع، البعد الاقتصادي الطبعة الأولى 2007، ص 49.

المجالات، وتشير أغلب المؤشرات على أن معدلات الفقر ما برحت ترتفع مصحوبة بإرتفاع الفوارق في توزيع الثروة، أما تعزيز القدرات فهو اليوم أكبر تحدي تنموي ملح في عملية تطوير القدرات الوطنية لإنهاء الحلقة الخبيثة للفقر واللامساواة والدمار البيئوي، وتحتاج المنطقة إلى العمل المنسق لمواجهة هذه التحديات، خاصة وأن بعض التقديرات تدل بأن الفقر في المنطقة العربية يشمل حوالي 23% من السكان، منهم ما يصل إلى 18% يعيشون تحت خطوط معدلات الفقر كما حددتها التقارير الوطنية لأهداف الألفية التنموية لذلك فإنه ليس من المرجح من الدول العربية ككل تحقيق هدف التخفيض من الفقر بدون جهود منظمة وموارد إضافية [5]،

وبصفة عامة يمكن تلخيص أهم أهداف التنمية في النقاط التالية [6]:

- **أهداف إقتصادية**: يرجى منها تحقيق النمو، المساواة والعدالة في الفرص بين أفراد المجتمع.

- **أهداف إجتماعية**: تمكن أفراد المجتمع من المشاركة في الحراك الإجتماعي، لضمان الحد الأدنى من التماسك الإجتماعي تعزيزا للهوية الوطنية وهذا كله بهدف تحقيق التطوير المؤسسي.

- **أهداف إيكولوجية**: يأمل منها توحيد النظم الإيكولوجية بغية تعزيز قدرات تحمل النظام البيئي لحماية التنوع البيولوجي.

5- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ملخص التقرير النهائي لورشة العمل الإقليمية وشبكة المعنيين حول تخفيض وتوزيع القدرات والحكم المحلي،شرم الشيخ مصر،3- 6 سبتمبر2007،ص 1.

6- بالتصرف عن، ف. دوجلاس موسشيت، مبادئ التنمية المستدامة، ترجمة، بهاء شاهين، الدار العربية الدولية للإستثمارات الثقافية، القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص 72.

3 ـ 1ـ أبعـاد التنميـــة : هناك أربعة أبعاد رئيسية للتنمية تلخص فيما يلي [7]

ـ أبعاد إقتصادية : هي تتعلق برفع معدل النمو، الدخل وعدالة توزيعه وتتجلى في السعي من أجل التقليص في تبعية البلدان النامية للدول الصناعية الغربية، وذلك أملا في تحقيق المساواة في توزيع الموارد سواء داخليا أو خارجيا.

ـ أبعاد بشرية : تتعلق بالجانب الإجتماعي للتنمية كتثبيت النمو الديمغرافي وتطوير القطاع الصحي وتحسين أداء المنظومة التربوية، دون نسيات تعزيز دور المرأة في المجتمع من خلال المساواة في الفرص بينها والرجل، مع تحسين الحاكمية والتي يهدف من ورائها ترسيخ مبدأ المشاركة في الحكم بصورة أكبر إضافة إلى تدعيم الشفافية بين أوساط هذه المجتمعات.

– أبعاد بيئية : تتعلق بحماية البيئة من خلال حماية الموارد الطبيعية والحفاظ على المناخ من الاحتباس الحراري إضافة إلى تنمية المحيط الاجتماعي في الدول الأقل فقرا وذلك بصيانة المياه من خلال وضع الحد للتبديد في إستخدامها .

2ـ مكانة النفط في تنمية البلدان العربية المنتجة له : للنفط أهمية كبيرة للدول العربية تتمثل في:

1ـ 2 ـ موقع النفط في الاقتصاديات العربية المنتجة له : لقد أصبح النفـط دون منازع يلعب دور الريادة في بلورة الاستراتيجيات التنموية التي تتبعها الدول العربية المنتجة والمصدرة له، خاصة وأنه يستحوذ على حصة الأسد في تمويل موازناتها بالعملة

7ـ تقرورت محمد، طرشي محمد، إشكالية النفط والتنمية المستدامة في الدول العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي للتنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية للموارد المتاحة بالتعاون مع مخبر الشراكة والاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الفضاء الأورومغاربي أيام 7 ـ 8 أفريل 2008، ص ص4،5 .

الصعبة بنسبة تفوق في غالب الأحيان 90% ، الأمر الذي جعلها في تبعية تامة لقطاع المحروقات دون القطاعات الأخرى التي تكاد تهمل تماما في هذه الدول، وبما أن النفط أهم مصدر تعتمد عليه في تلبية متطلباتها من السلع والخدمات وتستعمل الفوائض منه في تمويل عمليات التنمية وبالتالي فإن أسعاره تؤثر بشكل مباشر على حكومات هذه الدول في تنفيذ سياساتها ومخططاتها التنموية.

ومن هذا المدخل يلاحظ بأن صناعة البترول من أهم وأكبر الصناعات في العالم من حيث إستثماراتها وعوائدها، وتتميز بتركيزها في عدد محدود من الدول والشركات العالمية المنتجة للنفط، لذلك فإن التعايش بين هذه القوى يعد مهما لاستقرار الأسواق العالمية، خاصة وأن البترول يعتبر سلعة عالمية ومناطق تواجده تعد بالإستراتيجية،كما لا يتوقع على المدى القصير أن تظهر بدائل للبترول كمصدر إقتصادي للطاقة، وذلك لأن الطاقة الشمسية مثلا لم يتم تطويرها بالصورة المطلوبة، أما الطاقة النووية فهي مصدر غير متاح إقتصاديا، فضلا عن مخاطرها المتعددة وإرتفاع تكاليف إنتاجها.

2 ـ 2ـ مساهمة النفط في تنمية البلدان العربية المنتجة له : في ظل التوجسات العالمية التي تشير إلى قرب نضوب النفط في المستقبل القريب ونظرا للتطورات الهائلة في حجم الاستهلاك العالمي الذي سيأدي لا محالة إلى إستنزاف هذا المورد الذي يوصف بالنابض والذي سيكون له آثار هائلة على مستقبل هذه الاقتصاديات، الأمر الذي حتم على الدول المنتجة العمل على الترشيد في إستهلاك الطاقة محليا ورفع أسعارها بالنسبة للمستهلك النهائي على أمل أن يساهم ذلك بقسط وفير في دفع عجلة التنمية بها وترك البقية للأجيال اللاحقة في شكل صناديق بترولية كنمط مستحدث في أعقاب الأسعار العالية والمتقلبة للنفط في السنوات الأخيرة [8]، خاصة وأن الحفلة قد

8 ـ جيفري ديفز وآخرون، صناديق النفط، هل تطرح المشكلات بوصفها حلول؟ مجلة التمويل والتنمية المجلد38، العدد4، ديسمبر 2001، ص 56.

إنتهت و ولى عهد النفط الرخيص الثمن لنتأكد بصفة قطعية بأننا نعيش في عالم أصبح فيه التنافس والسعي الحثيث للسيطرة على منابع النفط ومناطق تواجده سمة من سمات العصر،الأمر الذي سيتم التطرق له من خلال عرض تطور إنتاج النفط في هذه الدول.

1ـ 2 ـ 2 إجمالي إنتاج البترول في الدول العربية: حظي البترول بقدر كبير من الاهتمام لدى الدول العربية المنتجة له خاصة الخليجية منها، وبذلت فيه كل الجهود والعناية الكافية لإستغلاله أحسن

إستغلال للدفع بعجلة التنمية فيها وإستفادت منه محليا في تحريك آلتها الإنتاجية وكذلك في تصديره لذا سيتم التطرق في هذه النقطة عن تطور إنتاج البترول في الدول العربية خلال الفترة من سنة 2000 الى غاية 2006 كما يلي [9] :

قدر إنتاج البترول في الدول العربية مجتمعة سنة 2000 نحو 21000 ألف برميل يوميا ولكنه إرتفع إلى ما يعادل 23093 ألف برميل يوميا سنة 2006، أي بزيادة تقدر بـ: 9 %، وبطبيعة الحال تحتل المملكة العربية السعودية المرتبة الأولى في إنتاج النفط بين الدول العربية، حيث بلغ إنتاجها من الزيت الخام سنة 2000، حوالي 8090 ألف برميل يوميا، وإرتفع إلى نحو 9208ألف برميل يوميا سنة 2006.

وتليها دولة الإمارات العربية المتحدة بحجم إنتاج بلغ سنة 2000 حوالي 2280 ألف برميل يوميا حتى بلغ 2568 ألف برميل يوميا سنة 2006 بنسبة تقدر بـ :11 % ، ويختلف حجم الإنتاج من دولة عربية لأخرى إلا أنه ينعدم في كل من المملكتين الهاشمية الأردنية والمملكة المغربية .

2-2-2 إحتياطي النفط في الدول العربية: لقد أدى تزايد إهتمام الحكومات العربية بالنفط والذي قابله الدعم الذي لقيته من الشركات البترولية الكبرى ومن وراءها

9ـ منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول (أوابك) التقرير الإحصائي السنوي 2007،ص 24 .

الدول الصناعية المستهلكة إلى إقامة عدة مشروعات عملاقة في الوطن العربي بهدف البحث والتنقيب عن الذهب الأسود الذي تزخر به المنطقة، هذا ما جعل الاحتياطات البترولية العربية في إرتفاع مستمر رغم إستنزافها بشكل رهيب من طرف الدول والشركات العاملة فيه، حيث بلغ إجمالي الاحتياطات العربية من النفط الخام 646.8 مليار برميل سنة 2000، وإزداد حتى بلغ بفضل التكنولوجيا والاكتشافات الجديدة حوالي 669.3 مليار برميل سنة 2006.

لكن هذا لا يعني أن كل الدول العربية تزخر بإحتياطي معتبر، بل الأمر يختلف من دولة لأخرى هو الذي يمكن إبرازه فيما يلي [10]:

تستحوذ المملكة العربية السعودية والعراق على حصة الأسد من الاحتياطات العربية من الذهب الأسود حيث قدرت سنة 2000 على التوالي بحوالي: 262.8 مليار برميل و 112.5 وهو ما يعادل 58 % من الاحتياطي العربي، وإرتفع في السعودية سنة 2006 وصولا إلى 264.2 مليار برميل بنسبة 39.5 % من الاحتياطي العربي، أما العراق قد بلغت إحتياطاته المؤكدة سنة 2006، 115 مليار برميل بنسبة تقدر بـ: 17.21 % من الاحتياطي العربي وتليها كل من الكويت الإمارات العربية المتحدة، وليبيا على التوالي بـ: 101.5 ، 97.8 ، 41.5 مليار برميل سنة 2006، لكن من جهة أخرى يلاحظ بأن دولا عربية أخرى مثل تونس تقل فيها الاحتياطات البترولية حيث وصلت سنة 2006 حوالي 0.4 مليار برميل كما أنها تنعدم في المملكة المغربية.

2-2-3 دور النفط في تنمية البلدان العربية المنتجة له : تضطلع الدول العربية النفطية إلى لعب دور مهم في المعادلة العالمية من أجل تحقيق الاستقرار في السوق البترولية، وهي تعمل لذلك لثلاث أسباب رئيسية:

10- نفس المرجع، ص 20.

- شعورها بالمسؤولية إتجاه توفير مستلزمات الاقتصاد العالمي من الطاقة .

- إمكانياتها البترولية المعتبرة .

- تهدف إلى الحفاظ على إستقرار السوق العالمية من أجل إستغلال إمكانياتها لدفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية تعزيزا لرفاه مجتمعاتها .

إن النفط والتنمية في الوطن العربي قد أصبحا مترادفين متلازمين فلولا البترول نكاد لا نتحدث عن التنمية في أغلب الدول العربية لأنها دول بترولية بأتم معنى الكلمة، وقد أثر البترول على الاقتصاد القومي العربي من عدة إتجاهات ويتجلى ذلك بوضوح عند دراسة التوزيع القطاعي للطلب على الطاقة والنفط بصفة خاصة في هذه الدول، الأمر الذي من شأنه أن يوضح العلاقة بين التنمية الاقتصادي والطاقة، هذه الأخيرة التي أصبحت تؤثر على الاقتصاديات العربية في عدة نقاط أهمها [11] :

- توفير العملة الصعبة: إن إرتفاع الصادرات من النفط والتي يرافقها إستقرار في الأسعار في الأسواق العالمية تعتبر مصدرا مهما للدول العربية في تحصيل العملات الأجنبية التي تساهم بدورها في تمويل التنمية الاقتصادية وعند دراستنا للعوائد المترتبة عن الصادرات العربية من البترول خلال الفترة 2000 - 2006، يتبين لنا أهمية هذا القطاع بالنسبة للدول العربية المنتجة والمصدرة للبترول.

لقد وصل إجمالي قيمة الصادرات البترولية في الوطن العربي ما يعادل 188.8 مليار دولار سنة 2000 وهي الفترة التي شهدت فيه عودة إنتعاش الأسواق العالمية بزيادة الطلب وإرتفاع الأسعار وصولا إلى 423.5 مليار دولار سنة 2006، أي بزيادة تقدر بـ : 234.7 مليار دولار أي +55.4% ، وتأتي المملكة العربية السعودية في طليعة الدول العربية في تصدير النفط الخام حيث بلغت قيمة صادراتها سنة 2000 حوالي 71مليار دولار وتطورت بفضل

11- منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول (أوابك)، الاستثمار في قطاع الطاقة في الدول العربية واقعه وآفاقه الإدارة الاقتصادية، سبتمبر 2007 ، ص 21 .

الثورة التي شهدتها الأسواق العالمية للنفط إلى أن بلغت سنة 2006 إلى ما يعادل 171.4 مليار دولار، وتتبعها في ذلك دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث بلغت قيمة صادراتها سنة 2000 نحو 26 مليار دولار ثم إرتفعت سنة 2006 وصولا إلى 52.7 مليار دولار [12].

ومن خلال ما سبق، يتبين حجم القدرات العربية في مجال تصدير البترول والتي تعود عليها بعوائد معتبرة وهي في إرتفاع مستمر بفضل إرتفاع الأسعار في الأسواق العالمية وكذلك للتطور التكنولوجي الذي ساهم في إكتشافات جديدة، وبالتالي فإن الارتفاع في العائدات من شأنه أن يساهم في عملية تمويل التنمية في الدول العربية بإعتبارها دول نامية هي في حاجة إلى مصادر مالية هائلة لتمويل برامجها التنموية ونعطي مثال لذلك الجزائر التي أطلقت فيها مشاريع تنموية رائدة في الوطن العربي وضخت فيها أموال معتبرة من خلال سياسة دعم النمو الاقتصادي التي رصد لها ما يعادل 150 مليار دولار سنة 2005 [13]، وذلك لتمويل مشاريع التنموية ذات الأولوية الوطنية والتي من شأنها أن تساهم في تغير حالة الركود الذي يشهده الاقتصاد الوطني بتوفير المنشآت القاعدية اللازمة والضرورية لتوفير الجو المناسب لجلب الاستثمارات الأجنبية والمحلية في قطاعات ضلت حكرا على الدولة فيما مضى وأعطيت الأولوية لقطاع المنشآت القاعدية وذلك بإطلاق مشروع القرن المتمثل في الطريق السيار شرق غرب وبناء السدود من أجل تغطية العجز المسجل في ري المساحات المسقية على المستوى الوطني، إضافة إلى إنجازات ذات أبعاد إجتماعية من شأنها أن تساهم في تحسين الواقع المعاش.... الخ .

- تكوين رأس المال : تعد الصناعة البترولية من أضخم الصناعات كما أنها تحتاج إلى تكنولوجيا متطورة ودقيقة هذا ما يدفع بالدول النفطية إلى ضخ أموال معتبرة للاستثمار في هذا القطاع في كل مراحله من الاكتشاف، الإنتاج إلى النقل .

12 - منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول (أوابك) مرجع سابق، ص 78 .

13 - http://www.elmoustakbel.net/content/view/1221/92 .2009.

وترتكز الاستثمارات في قطاع الطاقة في الدول العربية بالخصوص في ثمانية بلدان هي: المملكة العربية السعودية، قطر، الجزائر، مصر، الإمارات العربية المتحدة، الكويت ليبيا وعمان [14]، ولقد شهد حجم المتطلبات الاستثمارية في قطاع الطاقة في الدول العربية زيادات غير مسبوقة منذ سنة 2004 وتشير التقديرات إلى أن الاستثمارات الإجمالية في قطاع الطاقة قد إنتقلت من 150 مليار دولار سنة 2004 إلى 175 مليار دولار سنة 2008 ويتوقع أن تقفز هذه الاستثمارات بصورة ملحوظة لتصل إلى 345 مليار دولار سنة 2011 ، وتشكل الاستثمارات في الصناعة النفطية في الدول العربية في نفس الفترة بما يعادل 141.5 مليار دولار وترتكز بصورة واضحة في المملكة العربية السعودية بـ: 40.8 مليار دولار، أي حوالي 28.8 % من الاستثمارات في الصناعة النفطية العربية، وتليها دولة الكويت حيث بلغت الاستثمارات فيها حوالي 15.4 مليار دولار، ثم الإمارات والجزائر على التوالي بـ: 12.5 ، 12.1 مليار دولار .

وتتوزع الاستثمارات في الصناعة النفطية في الدول العربية خلال الفترة 2007 - 2011 على النحو التالي [15]:

* **صناعة الاستكشاف والإنتاج** : ويتوقع أن يبلغ حجم الاستثمارات المتوقعة في هذه الصناعة إلى حوالي 48.1 مليار دولار ويمثل ذلك حوالي 34 % من إجمالي الاستثمارات المتوقعة في الصناعة النفطية، وستتوجه هذه الاستثمارات نحو عمليات صيانة وتعزيز الإنتاج والتطوير للحفاظ على المستوى الحالي من الإنتاج .

* **الصناعة الوسطى (التخزين، النقل والشحن)** : يتوقع أن يبلغ حجم الاستثمارات المطلوبة في هذه الصناعة إلى حوالي 5.7 مليار دولار ويشكل ذلك حوالي 4% من إجمالي الاستثمارات المتوقعة في الصناعة النفطية .

14 - منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول (أوابك)، مرجع سابق ، ص37.

15 - The Arab Petroleum Research Center, Arab Oil `& Gas. Vol. XXXVI.856.16 May 2007, p 4.

* **مشروعات التكرير** : ستصل الاستثمارات المطلوبة لهذه المشروعات إلى حوالي 87.8 مليار دولار، ويشكل ذلك حوالي 62 % من إجمالي الاستثمارات المتوقعة في الصناعة النفطية والتي تحتل بدورها أكثر من ربع الاستثمارات الإجمالية في قطاع الطاقة في الدول العربية .

لذلك فإنه يمكن القول بأن لصناعة الطاقة دورا مهما في تكوين رأس المال سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، حيث تشكل الاستثمارات المخصصة لقطاع الطاقة حوالي 20 % من الاستثمارات المباشرة على مستوى العالم .

* **خلق مناصب الشغل** : إن الاستثمارات الهائلة التي أطلقتها الدول العربية في الفترة الممتدة بين سنوات 2007 و2011 سوف تخلق العديد من المناصب وتساهم في التخفيض من حجم البطالة، خاصة وأن هذه الصناعة تلقى إهتماما كبيرا لدى فئة العمال نظرا لإرتفاع الأجور التي يتقاضاها عمال هذا القطاع، كما أنها توفر مجالا واسعا للتكوين المستمر في هذا الميدان بمختلف تخصصاته ويشغل قطاع الطاقة في الوطن العربي خيرة خريجي المعاهد والجامعات العربية والدولية، وهذا دليل آخر على أن هذا القطاع يجلب إليه اليد العاملة ذات الكفاءة العلمية والمهنية العالية، الأمر الذي من شأنه أن يساهم في تطويره.

3- إستراتيجية إدارة عوائد النفط في البلدان العربية المنتجة له :

نتيجة للطفرة البترولية الأخيرة التي شهدتها السوق العالمية للنفط فإن ذلك قد أثر بصورة كبيرة على إقتصاديات هذه البلدان و تم إستغلال فوائض العوائد النفطية في عدة جوانب عادت بالفائدة على المجتمعات العربية والتي يمكن أن تلخص في النقاط الآتية:

3-1- التسديد المسبق للمديونية (حالة تنفرد بها الجزائر) : عاشت أغلب الدول العربية خاصة النفطية منها في سنوات التسعينيات من القرن الماضي أزمة قوية

هزت إقتصادياتها نتيجة لتراجع أسعار الزيت الخام مما جعلها تتخبط في مديونية إتجاه المؤسسات الدولية والتي زادت من جراحها نتيجة للسياسات المفروضة عليها من طرف هذه الأخيرة نتيجة لجدولة ديونها، الأمر الذي شكل عبئا على إقتصادياتها عوض التخفيف من حدة الأزمة، لكن قد إنفرج الأمر مع الطفرة النفطية الأخيرة والتي إستغلتها في التسديد المسبق للمديونية وهو ما حذت حذوه السلطات العمومية في الجزائر حينما قررت سنة 2004 التسديد المسبق للمديونية الخارجية والتي كانت قد بلغت سنة 2003 حدود 23.4 مليار دولار منها 12.2 مليار تمت إعادة جدولتها مع نادي باريس ولندن.

وتجسد ذلك في تسديد الجزء الأول من المديونية بشكل مسبق سنة 2005 والمقدر بـ:3.3 مليار دولار وهذا ما جعل نسبة الدين الخارجي من الناتج المحلي الخام تنتقل من34 % في نهاية 2003 إلى أقل من 4.5% في نهاية سنة 2006، وإنخفض معدل خدمة الدين إلى مستوى 4.16 %من الصادرات لسنة 2006[16].

3-2 ـ صندوق ضبط الموارد: هو أحد الآليات التي إستخدمتها البلدان العربية لضمان تمويل النفقات العمومية حالة وقوع تذبذبات وسط السوق العالمية للنفط والتي بدورها قد تأثر على موارد ميزانية الدولة، لذلك إهتدت هذه الدول إلى فكرة إنشاء صندوق لضبط الموارد يمول من الفارق بين السعر المرجعي المعتمد في إعداد الميزانية العامة للدولة والسعر الفعلي للزيت الخام في السوق النفطية، وبالتالي الجباية الناتجة عن الفرق بين السعر الفعلي في الأسواق العالمية والسعر المرجعي المعتمد في إعداد الموازنة العامة للدولة هي مصدر تمويل هذا الصندوق، ليستخدم في ضبط توازن الميزانية وهو ما إستفادت منه الجزائر في التسديد المسبق لمديونيتها.

16 ـ قدي عبد المجيد، الاقتصاد الجزائري والنفط، فرص أم تهديدات، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الدولي للتنمية المستدامة والكفاءة الإستخدامية للموارد المتاحة، جامعة فرحات عباس سطيف، بالتعاون مع مخبر الاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الفضاء الأورو مغاربي 08/07 أفريل 2008، ص 05.

لكن بالمقابل يعاب على الحكومات التي تعتمد على إنشاء مثل هذه الصناديق، بأنها تهدف من ورائها تجنب الرقابة البرلمانية في صرف المال العام والذي يجب أن يمر في الحالات العادية حتميا بقنوات الرقابة المتعارف عليها دوليا والتي تعتبر أساسا للحكم الراشد،خاصة حالة إرتفاع أسعار النفط في الأسواق العالمية مقارنة بالسعر المرجعي في إعداد الموازنة العامة للدولة، أما الحكومات يختلف رأيها عن ذلك مبررة هذا الإجراء بالضرورة القصوى والسرعة في تنفيذ دون المرور بالإجراءات المعقدة والطويلة في مثل هذه الحالات.

و تتمثل إستخدامات الصندوق في النقاط التالية:

- تعويض ناقص القيمة الناجم عن مستوى إيرادات الجباية البترولية الذي يقل عن تقديرات قوانين المالية.

- التقليص من الدين العام الداخلي والخارجي.

- التسديد المسبق للمديونية.

3-3 - صناديق السيادة : إن صناديق الثروة السيادية هي أدوات إستثمارية حكومية تدير أصولا تزيد عن 2 تريليون دولار، وهي تستخدم أساسا في الإستثمار في الأسواق العالمية، علاوة على إستخدام مدخراتها في القضايا العامة كتطوير الطاقة مثلا ، وإزدادت أهميتها خلال الأشهر القليلة الماضية حينما ضخت مبلغ 60 مليار دولار في البنوك الأمريكية التي ضربتها الأزمة المالية.

وعليه، بادرت دول عربية في إنشاء صناديق سيادية نتيجة لتعاظم حجم إيراداتها بالعملة الصعبة المتأثرة بإرتفاع أسعار النفط وذلك سعيا وراء رفع عوائد مدخراتها بالعملات الصعبة والتنمية الوطنية الطويلة الأجل، وقد إنتشرت صناديق السيادة العربية في الأقاليم الإفريقية والأوربية والأسيوية وتمكنت بذلك من تغيير تشكيلة

الإستثمار في العالم كله ودفعت بعجلة تنمية الإقتصاديات العالمية ، لذا فهي قوة صاعدة أصبحت تخشى منها الدول الغربية خاصة أمريكا [17]

وتعتبر الكويت من أول أنجح الدول العربية التي قادت إستثمارات خارجية، حيث يقدر حجم صندوقها السيادي بأكثر من 350 مليار دولار وأكدت كافة الإحصائيات والأرقام المحايدة مدى نجاح وفعالية الصندوق الكويتي لأن إستثماراته كانت مبنية غلى أساس العوائد والمخاطر [18]

4 ـ العولمة والتنمية في البلدان العربية المنتجة للنفط :

العولمة هي ظاهرة مركبة ومتعددة الأبعاد والجوانب تتميز عن غيرها من الظواهر الاقتصادية بالحركية المستمرة والسرعة الهائلة في الانتشار والتموقع بسهولة تامة في كل مكان من العالم وبالتالي فهي ظاهرة إجتياحية لها مظاهرها وآلياتها، كما أن لها أيضا إفرازاتها وإنجازاتها ونتائجها كما أنها أصبحت لصيقة بكل ما هو عصري وحديث، و إرتبطت في صورتها الاقتصادية بنشاط الشركات المتعددة الجنسيات وفي شقها المالي بالمؤسسات المالية العملاقة للتمويل الدولي ومن أبرزها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي.

1 ـ 4 ـ العولمة والتنمية في البلدان العربية : مع دخول النظام الرأسمالي الدولي مرحلة العولمة الإقتصادية تجد الدول العربية نفسها مجبرة على التكيف مع شروط وظروف عامة جديدة أفرزتها هذه الظاهرة، إذ هي ملزمة على إعادة النظر في تنظيمها لمواجهة هذا المد العارم للإندماج مع الشروط الحالية للإقتصاد العالمي الذي تغيرت

17 - http://arabic.people.com.cn/31659/6410436.html 17/02/2009.

18 - http://www.awan.com.kw/node/29112 19/02/2009.

فيه المفاهيم وأدوار الهيئات الدولية المالية والتجارية وإتجهت نحو فرض الإطار الجديد للهيمنة بشكل أكثر وضوحا عن ما كان من قبل. [19]

إذن هل العولمة نعمة أم نقمة على التنمية في البلدان العربية ؟

1-1- 4 فرص العولمة الاقتصادية : إن العولمة تؤدي لا محالة إلى تعاظم حجم التبادلات التجارية بين الدول نتيجة سهولة ولوج السلع والخدمات عبر الحدود فضلا عن التدفقات المالية التي زادت من تطور مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، كما أنه كان لعمليات البحوث والتطوير دور كبير في التنمية العلمية والتكنولوجية، هذا ما قد يساهم في إتاحة الفرصة للدول العربية لكي تطور إقتصادياتها إن تمكنت من توفير المناخ المناسب لتحقق قفزة نوعية نحو التقدم والرقي.

وبما أن العولمة تشجع على إلغاء كل العوائق والحواجز الاقتصادية بين الدول فإنها تتيح فرصا كبيرة لتوسيع نطاق الأسواق وهذا ما يؤدي بطبيعة الحال إلى تشجيع عمليات التصدير والاستثمار والتي بدورها سوف تنعكس مباشرة على معدلات النمو لكل البلدان فضلا عما تتيحه من وفرة من السلع والخدمات خاصة بإتجاه الدول النامية، ونحن نعلم أن التحليل الاقتصادي يشير إلى الارتباط الوثيق بين نمو الناتج المحلي الإجمالي من جهة ونمو حجم الصادرات والاستثمارات من جهة أخرى فعلا هذا ما يجب أن تستفيد منه الدول العربية وذلك بتعظيم حجم صادراتها نحو الخارج، و ولوج الأسواق العالمية مع التطوير من نوعية قدراتها التنافسية وتهيئة المناخ المناسب لقدوم الاستثمار الأجنبي المباشر لتتمكن من الحصول على أعلى معدلات التنمية وفقا لما تمليه متطلبات العولمة الاقتصادية.

19 ـ ناصر دادي عدون، شعيب شنوف، الحركية الإقتصادية في الدول النامية بين عالمية مالك بن نبي والعولمة الغربية، دار المحمدية العامة، الجزائر2003، ص 123.

إن قدرة الدول العربية على إستيعاب العولمة في جوانبها الايجابية والتقليص من آثارها السلبية يجب أن يقترن بإدارة عامة كفؤة، إذن فإن الانفتاح الاقتصادي نحو الخارج وتحرير التجارة والصرف والدخول في علاقات تجارية إقليمية دفع إلى زيادة حجم مشاركة الدول العربية في التجارة العالمية من 23 % في 1985 إلى 29 % في 1995 وإرتفعت التجارة البينية، أي بين الدول العربية من 27.5 مليار دولار سنة 1998 إلى 98.1 مليار دولار سنة 2005، لكنه يبقى دون المستوى المطلوب حينما نجده يمثل نسبة 10% من التجارة الخارجية العربية [20]، رغم ذلك هذا التحول أدى إلى الإرتفاع في مستوى إشباع حاجات المستهلكين من خلال تنوع السلع والخدمات المتاحة وزيادة فرص الحصول عليها بأقل تكلفة وأعلى جودة، وهذا ما يخلق حركية تدفع إلى هيكلة جديدة للاقتصاديات الوطنية لكي تتأقلم وتتكيف مع ما يطرأ على الأسواق من متغيرات [21].

نظرا اما سبق ذكره، يلاحظ بأن العولمة تتيح فرصا عديدة ومشجعة تدفع إلى تحقيق التنمية الاقتصادية لو أستغلت بالصورة المثلى كنتيجة للانفتاح على الأسواق الخارجية، لكن هذا لايعني أنه لا يتولد عنها عدة مخاطر، وهو ما يتم التطرق له في النقطة الموالية.

2-1-4 ـ تحديات العولمة الاقتصادية: يترتب عن العولمة عدة تحديات ليست محصورة في البعد الاقتصادي فقط، لكنها تغطي كافة جوانب الحياة والمجتمع لتشمل الجوانب السياسية الاجتماعية والثقافية، حتى أنها تتجه نحو تقييد السيادة الوطنية في بعض المجالات، لذا قد أثارت العولمة العديد من القضايا والأزمات التي جعلت منها

20 - http://www.aleqt.com/2007/09/24/article_109583.html 17/02/2009.

21ـ صندوق النقد الدولي، آفاق الاقتصاد العالمي، دراسات إقتصادية ومالية، ماي 1997، ص 55.

نطاقا ينطوي على الكثير من الجدل الفكري الذي جعل البعض ينادي في مؤتمر دافوس الاقتصادي سنة 1999 إلى البحث عن عولمة أكثر عدالة [22].

لقد أثارت العولمة الاقتصادية قضية تراجع سلطة الدولة في البلدان النامية بالخصوص كنتيجة لتخلي الدولة عن وظائفها الأساسية، ويتجلى ذلك في تراجع دور الحكومات في صنع القرارات السياسية والاقتصادية لصالح أصحاب النفوذ من رجال الأعمال والشركات متعددة الجنسيات، خاصة وأنها لم تعد قادرة على التحكم في أسعار الصرف وحرية حركة رؤوس الأموال وسعر الفائدة المحلية التي أصبحت تتأثر بما يحدث من متغيرات في العالم نظرا لتوجه الأسواق العالمية للتكامل، كما أن لإسقاط الحماية للمنتوجات المحلية في البلدان العربية نتيجة لفتح الأسواق أمام منافسة المؤسسات الصناعية العملاقة يمكن أن يؤدي إلى محاصرة وتقزيم المشروع الصناعي المحلي الوطني [23].

إن تنامي ظاهرة الاندماج في الاقتصاد العالمي وإرتفاع حجم الاعتماد الاقتصادي المتبادل أدى إلى تعرض بعض الاقتصاديات الوطنية للصدمات الخارجية مثل ما حدث في المكسيك سنة 1994 والأزمة الأسيوية سنة 1997 [24]، نتيجة للتدفقات الاستثمارية الأجنبية ذات الطبيعة المضاربية، علما أن 95% من رؤوس الأموال التي تدور في العالم يتم المضاربة بها للحصول على عوائد سريعة، كما أن لهذه الأزمات آثارا على البلدان النامية ، الأمر الذي دفع بها للبحث عن الآليات اللازمة لتفادي مثل هذه الصدمات في المستقبل المنظور.

22- عبد المطلب عبد الحميد، العولمة الاقتصادية، منظماتها، شركاتها، تداعياتها، الدار الجامعية، الإسكندرية 2006، ص227.

23 - إكرام عبد الرحيم، التحديات المستقبلية للتكتل الاقتصادي العربي، العولمة والتكتلات الإقليمية البديلة، مكتبة مدبولي العربية للطباعة والنشر، 2002، ص194.

24 - روبرت جران، ترويض النمور، نهاية المعجزة الأسيوية، ترجمة سمير كريم، مركز الأهرام الترجمة والنشر القاهرة 1999 ، ص 226.

كما إرتبطت العولمة الاقتصادية بظاهرة ذات أهمية بالغة تتمثل في سوء توزيع الدخل في الدولة الواحدة وفي العالم، حيث أصبح الغني يزداد غنى والفقير يزداد فقرا، مع تفشي ظاهرة التنمية غير العادلة [25]، الأمر الذي أدى إلى تعميق الفجوة بين المداخيل والثروات بشكل يجعل مطلب إعادة توزيع الدخل ضرورة للفقراء، خاصة وأننا نعيش في وقت أصبح 20 % من سكان العالم يسيطرون على 80 % من الدخل العالمي، كما يتوقع أن يصبح عدد الأشخاص الذين يعيشون سنة 2009 على أقل من دولار واحد في اليوم إلى أكثر من 420 مليون نسمة في هذا السياق يقترح " جيفري ساكس " الاقتصادي الأمريكي الشهير فكرة العولمة المستنيرة التي ترتكز على نشر الديمقراطيات والتعددية والتعاونية والاقتصاد المبني على تحقيق حاجات الفقراء والقضاء على فقرهم ونشر العلم والتكنولوجيا وتسهيل الوصول إليها ويحمل المسؤولية للحكومات لكي تصوغ قواعد التجارة الدولية بطريقة سلمية تسمح بإخضاع الشركات العالمية لتلك القواعد وللقضاء على الفقر حيث، يقترح على الدول الغنية صب حوالي 70 إلى 80 مليار دولار إتجاه الدول الأكثر فقرا أي ما يعادل 0.07% من الناتج القومي العام للدول الغنية، لكن لن يتحقق ذلك في الوقت الراهن نظرا لتزايد وتسارع أطماع الشركات العالمية التي أصبحت تتخذ القرارات مكان الحكومات.

من جهة أخرى، وكنتيجة لحرية إنتقال رؤوس الأموال عبر الحدود الوطنية تحدث ثغرات مفاجئة تطرأ على إتجاه إنتقال هذه الأموال مما يؤدي كذلك إلى تذبذب أسعار الصرف، وبالتالي تتضرر القطاعات الإنتاجية خاصة في الدول النامية وتتلقى خسائر كبيرة إن لم تتخذ القرارات الجماعية لمحاصرة هذه المسالك السلبية فإن وضع الأسواق المالية ينذر بحدوث خسائر لا يمكن توقع عواقبها على إقتصادياتها فضلا عن

25 - Chems Eddine Chitour, Mondialisation L'espérance ou le chaos? Edition ANEP 2002, P 58.

أن المنافسة قد صارت كل شئ في ظل العولمة حيث لم تعد هناك أهمية لفرص العمل، في الوقت الذي تقوم فيه الحكومات المعاصرة بخوصصة العديد من القطاعات، كالاتصالات، الكهرباء، الماء، النقل الجوي .....الخ، فإنها بدون شك تتسبب في تعميق أزمة الشغل، خاصة وأن المنافسة غير المشروعة أصبح لها مكان في عصر العولمة تحت غطاء شراء الشركات التي تعرف تذبذبا في التسيير، بشكل يراد به تصفية هذه الشركات والتخلص نهائيا من منافستها [26] هذا ما يدفع إلى تسريح عدد كبير من العاملين في هذه المؤسسات، ويخلق بذلك فائضا في سوق العمل يفترض على حكومات هذه الدول إحتوائه فإن لم تتمكن من ذلك فإنها قد تقع في قلاقل إجتماعية يمكن أن تتطور إلى أبعد حد.

أما بالنسبة للدول العربية نجدها تواجه في هذا الوقت بالذات الكثير من التحديات من أهمها وهن العلاقات البينية وتدني مستوياتها، وضآلة ما حققته مشاريع التكامل العربي من منجزات والتحدي الأخطر الذي يواجهه الوطن العربي، هو الدعوة إلى إنشاء مشروعات إقليمية بديلة في المنطقة العربية والذي تروج له الدول المتطورة تحت غطاء العولمة والتفتح الاقتصادي للاستفادة من مزايا تنافسية في الأسواق العالمية مثل التكتل المتوسطي الذي تدعو له أوربا والتكتل الشرق أوسطي الذي تتزعمه أمريكا وإسرائيل بدعم من المؤسسات الدولية التي هي في الحقيقة إلا صورة خفية للأنظمة الامبريالية الحديثة في ثوب جديد.

وفي الأخير نستنتج بأن فوائد العولمة ومزاياها لم ولن تعود بالفائدة على الدول العربية حين نرى أن نمط النمو فيها لم يأت متكافئا في كل البلدان ويلاحظ في الواقع إرتفاع الفجوة بين الدول الغنية والفقيرة.

26-زكرياء محمد عبد الوهاب طاحون، بيئات ترهقها العولمة، جمعية المكتب العربي للبحوث والبيئة 2003 ص ص 220،219.

4-2 الأبعاد الإقتصادية للعولمة وتأثيرها على التنمية في البلدان العربية:

يعد عدم الاستقرار وإنتشار الأزمات الاقتصادية والسياسية بحدة على الساحة الدولية من أهم سمات هذه المرحلة والتي عرف فيها العالم نقلة نوعية في مسار العلاقات الدولية خاصة بعد ما شهدته الولايات المتحدة الأمريكية من أحداث مست برموز سيادتها والتي ترتب عنها عدة إضطرابات مست كافة دول العالم في كل الميادين.

وقد نتج عن التفاعل بين السياسات الاقتصادية للدول النامية بالخصوص والدور الذي تلعبه المؤسسات الدولية المختلفة المتأثرة بضغوط القوى الفاعلة في الاقتصاد العالمي إلى وقوع نقلة نوعية في مسار العلاقات الاقتصادية الدولية تحت مظلة العولمة بمختلف جوانبها والتي أثرت بصورة مباشرة على البيئة الاقتصادية العالمية.

إن الدول العربية شأنها شأن بقية دول العالم تأثرت بمسيرة العولمة حيث أصبحت إقتصادياتها أكثر إندماجا وتأثرا بما يحدث في الاقتصاد العالمي من تطورات وأحداث وأزمات وبالتالي فإنها أصبحت أكثر عرضة للصدمات الخارجية من ذي قبل، وخير مثال على ذلك هو إنكشاف الاقتصاديات العربية، ممثلا في نسبة التجارة الخارجية إلى الناتج المحلي الإجمالي، والذي يصل في بعض الحالات إلى حوالي 84% في المتوسط وهو مستوى مرتفع بالمقاييس الدولية [27].

لذا فإنه يجب على الدول العربية بذل المزيد من الجهد حتى تتمكن من مسايرة التحولات الاقتصادية الناتجة عن تسارع وتعاظم ظاهرة العولمة، تجنبا لمخاطرها وسلبياتها، الأمر الذي يدفع إلى إحداث إصلاحات إقتصادية من خلال خلق مشاريع ترتكز على معايير إقتصادية صلبة، تجنبا لإرهاق إقتصادياتها بمشاريع غير مجدية إقتصاديا، تستنزف مواردها من دون أن تكون لها عوائد ملموسة، وهذا كله كي تضمن

27 - علي لطفي، الطاقة والتنمية في الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية بحوث ودراسات، القاهرة 2008 ص40.

تحقيق معدلات نمو تتلائم وطموحاتها، خاصة وأن معظم إقتصاديات الدول العربية لم تفلح في الوصول إلى درجة مقبولة من التنمية، فمثلا الدخل الفردي في مصر في الخمسينيات من القرن الماضي كان مماثلا للدخل الفردي في كوريا الجنوبية بينما يصل اليوم إلى أقل من 20 % من الدخل الكوري الجنوبي كذلك كان للمملكة العربية السعودية ناتج إجمالي يفوق ما كان لتايوان في نفس الفترة لكنه اليوم يبلغ 50 % من الناتج التايواني، كما كان الناتج المحلي الإجمالي في المغرب وماليزيا على قدم المساواة، أما اليوم في المغرب هو يعادل فقط ثلث الناتج المحلي الماليزي،هذا ما يعكس فشل الدولة العربية في تحقيق تنمية متوازنة ومستقلة قادرة على تلبية الحاجيات الأساسية لشعوبها.

ويمكن التعبير عن مظاهر الإخفاق في المسيرة التنموية مثلا في الدول العربية حين نعلم أن الفجوة الغذائية لهذه الدول حسب تقرير إتحاد المهندسين الزراعيين المقدم إلى مؤتمرهم الخامس والخمسين، بنحو 20 مليار دولار، وتشير أرقام إتحاد غرف التجارة والصناعة في الإمارات العربية إلى أن الفجوة الغذائية قد بلغت في دول الخليج نحو 13 مليار دولار[28]، هنا بالذات تكمن أهمية زيادة معدلات النمو ورفع معدلات الادخار والاستثمار وتوسيع القاعدة الإنتاجية .

لكن كل ذلك لا يمكن تحقيقه، دون إعطاء العنصر البشري المكانة اللازمة له بتوفير المزيد من فرص العمل والشفافية في منحها، تشجيعا للمنافسة لإكتساب المهارات والذي يعتبر عاملا من أهم العوامل كي ترفع دولنا التحدي أمام هذا المد العارم الذي تفرضه العولمة، خاصة إذا علمنا أن نسبة الأمية في البلدان العربية حسب التقرير الاقتصادي العربي الموحد تصل نحو 25 % من السكان، أي ما يعادل 70 مليون أمي، وذلك جاء كنتاج للإنفاق الضئيل في قطاع التعليم في هذه الدول و في مختلف مراحله والذي لا

28 - http://www.elhayet. net. 2008

يتجاوز 7 % من الموازنة العامة في أحسن الحالات وتتدنى هذه النسبة إلى أقل من 5% في البلدان العربية الفقيرة ، كما نسجل حوالي 7,6 مليون طفل عربي غير مسجل في المدارس بسبب عدم توفر الأماكن والظروف الصعبة لعائلاتهم وحاجتها لعملهم.

إذن إن تأهيل الموارد البشرية للدول العربية بالعلم والتدريب من شأنه أن يدفع بإقتصادياتها إلى مصاف إقتصاديات الدول المتطورة، لكن من جهة أخرى يجب الإلتفات إلى ظاهرة أخرى تنخر جسد الدول النامية بما فيها الدول العربية والمتمثلة في إرتفاع نسبة هجرة الأدمغة إتجاه دول الشمال خاصة من الفئة المتمثلة في أصحاب الكفاءات والاختصاصات الهامة والحيوية، رغم كل الحواجز المفروضة على حرية إنتقال الأفراد إضافة إلى تعاظم الهجرة غير الشرعية [29] وهم يعدون بالملايين، فمثلا يقدر حجم العمالة العربية المهاجرة نحو الخارج حوالي 15 مليون دفعها لذلك ضيق سبل العيش والخلافات السياسية والعشائرية والعقائدية في هذه الدول وكذلك لقلة فرص العمل، حيث يقدر معدل نسبة البطالة في هذه البلدان حوالي 20 % من القوة العاملة، لذا فإنه أصبح من الضرورة بما كان على الحكومات العربية المحافظة على النسيج الاجتماعي وتعزيزه وتطويره بفتح المجال على المنافسة الخلاقة والتساوي في الفرص بين أفراد المجتمع أملا في الحد من النزيف البشري الذي يحدث في مجتمعاتنا خاصة وأن شباب اليوم أصبح يعاني من إرهاصات العولمة كنتيجة لما يشاهده على القنوات الفضائية والتي تعتبر من أهم الأجهزة المروجة للعولمة بمختلف أشكالها .

إضافة لذلك، الدول العربية مجبرة أكثر من أي وقت مضى في القضاء على الإتكالية في أوساط مجتمعاتها وبث أخلاقيات العمل المنتج وذلك بإقامة منظومات وطنية تربوية

29 - Paul R.Krugman, La MONDIALISATION N'EST PAS COUPABLE, Vertus et limites du libre échange, Edition Casbah, Alger1999 p 73.

مبنية على أسس علمية نابعة من ثقافاتها وتوجهاتها تربي الفرد على حب العمل وحب الوطن وعدم الاتكال على الغير والتي تعتبر أهم وأبرز العناصر التي لا يجب تجاهلها لتحقيق تنمية إقتصادية مستدامة على المدى المتوسط والبعيد.

إن الحصيلة السلبية لمسيرة التنمية في غالبية الدول العربية ليست نتاجا لضعف وعدم تأهيل الموارد البشرية وقلة ما جادت به الطبيعة من موارد، بل يعود لعدم إستغلالها وتوظيفها بالصورة المثلى للخروج من دائرة التخلف لبناء إقتصاديات ذات قاعدة عصرية ومتينة، لذا فإنه في ضوء الواقع الراهن لإقتصاديات الدول العربية يصعب القول أنها مؤهلة لمواجهة مخاطر بيئة عالمية تحكمها آليات العولمة وتسودها منافسة شرسة، لأن إقتصادياتها هشة ومرهقة وذات قواعد إنتاجية ضعيفة وتقليدية لا يمكنها في كل الأحوال الصمود في وجه منافسة السلع الأجنبية في أسواقها الداخلية فما بالك في الأسواق الخارجية لذلك فإنه يجب على الدول العربية حسم موقفها من العولمة والتعامل معها بعقلية جديدة والإدراك بأنها تحتاج إلى الاستفادة من العالم أكبر من حاجة العالم إلى الاستفادة منها [30] إذن فهي أصبحت ملزمة على فك قبضتها على الاقتصاد والمجتمع وزيادة درجة التنسيق وتعزيز التعاون والتضامن الاقتصادي فيما بينها، هذا من شأنه أن يرفع من مناعة إقتصادياتها إتجاه ما يحدث في الساحة الدولية من متغيرات ومجاراتها للإستفادة من مزاياها وتجنب من ناحية أخرى لمخاطرها وسلبياتها على إقتصادياتها.

3- 4 ـ متطلبات التنمية في البلدان العربية في ظل العولمة :

4-3-1 تعزيز التعاون الإقتصادي العربي : إن أهم شكل للتعاون بين الدول العربية يجب أن يندرج ضمن تكتل إقليمي عربي موحد والذي من شأنه أن يدعم ويعزز التعاون البيني من خلال توحيد الإستراتيجيات العربية للتنمية، أملا في تحفيز التجارة بين دول

30ـ علي لطفي، مرجع سابق ، ص 41.

المنطقة وكذلك في الدور الذي يمكن أن يلعبه في التعاون والتنسيق التجاري مع الدول الأخرى خاصة مع تزايد إهتمام دول العالم في السنوات الأخيرة في إقامة تكتلات إقتصادية والتي تأخذ عدة أشكال وذلك من أجل الوصول إلى أعلى درجات من التكامل الاقتصادي .

وهناك عدة عوامل تحتم على الدول العربية الإندماج في تكتل عربي موحد يمكن أن تلخص فيما يلي:

- دوافع داخلية .
- دوافع خارجية .

*** دوافع داخلية : تتمثل فيما يلي :**

-إن الهدف الرئيسي من الدخول في تكتل إقليمي عربي هو دفع عجلة التنمية داخل المنطقة عن طريق السماح بحرية إنتقال السلع والخدمات داخلها بلا قيود ولا حواجز وذلك لتحقيق أقصى إستخدام وإستغلال لعناصر الإنتاج بأرخص الأسعار وأبسط الشروط [31].

- دعم الاستثمار في الدول العربية وخلق فرص عمل جديدة تمكن الدول الأطراف من تحقيق أقصى الفرص الممكنة ارفع حجم التجارة البنية وتطوير صناعات جديدة بين الدول الأعضاء .

- وقد يكون البعد الأمني من أهم العوامل الدافعة لخلق تكتل لأنه يعد من أبرز العوامل المساعدة لضمان أمن وإستقرار دول المنطقة عن طريق التكامل الاقتصادي، هذه الفكرة التي دافع عليها "جان موني GEAN MONET" والتي كانت المنطلق والدافع لإنشاء المجموعة الأوربية عقب الحرب العالمية الثانية [32].

31- عبد الأحد جمال الدين، اللجنة الخاصة المصرية لمتابعة خطوات السوق العربية المشتركة، القاهرة 1999، ص29ص، 30 .

32 - Dominique Carreau et Patrick Guillard , Droit international Economique , 4 éme Edition, L.G.D.J,1998 p292

- إن إنضمام الدول العربية في تكتل إقليمي قد يكون بالنسبة لها كمنفذ للاندماج في الاقتصاد العالمي خاصة التي لم تعد تقوى على تأمين إقتصادها بسبب الزيادة السريعة والمستمرة للسكان [33] بالإضافة إلى ضعف مبدلاتها التجارية بإستثناء المواد الخام الأمر الذي عرقلها عن الاندماج في الاقتصاد العالمي نظرا لكثرة القيود والحواجز .

* دوافع خارجية : تلخص في النقاط التالية :

- إن الإندماج في تكتل إقليمي عربي موحد من شأنه أن يشكل مجموعة قوية يمكنها التصدي لنمط العولمة المفتوحة وغير المنضبطة التي تهدف سيادة الدولة على المستوى الوطني [34] لتحسين موقعها في مواجهة المتغيرات الإقليمية والدولية من مركز قوة .

- تشكل الوحدة العربية جوابا لعولمة الأسواق وبالتالي فهي لا تتناقض معها ولكن تكملها بالفعل وهذا ما يزيد من هامش مناوراتها في الميدان الاقتصادي وكذلك لتأكيد هويتها على الساحة الدولية .

- إن الاتفاقيات التجارية المنشئة لتكتلات إقليمية تعتبر وسيلة هامة تتمكن من خلالها الدول العربية الولوج في الاقتصاد العالمي تحت غطاء تكتل واحد و موحد، الأمر الذي يمكنها من التأثير بصورة أو بأخرى في المفاوضات الاقتصادية الدولية [35].

33 - فيرنز فاينفلد، يوزيف يانتج، سفن بيريند، التحولات في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، التحديات والاحتمالات أمام أوربا وشركاءها، دراسات عالمية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، العدد 17، بدون سنة النشر ص 24 .

34- موله عبد الله، منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى الامتحان الأخير لتجاوز العصبيات، مجلة المستقبل العربي، العدد262 ديسمبر 2000، ص 57 .

35 -Virgil Pace, L'organisation Mondiale du Commerce et le Renforcement de la Réglementation Juridique, Des Echanges Commerciaux Internationaux p 316, Lharmattan 2000.

- سعي الدول العربية إلى البحث عن دور إقليمي أكبر الأمر نتيجة لتحول الموازين في مجال القوى، الأمر الذي جعل من مصلحة بعض التكتلات الدولية الكبرى كالإتحاد الأوربي [36] توجيه إهتمامه إلى دول الجنوب منها الدول العربية للحفاظ على مكانته الإستراتيجية، وكذلك من أجل وقف المد الأمريكي وبالتالي الإبقاء على دوره كقطب مركزي في إطار ما يسمى بالعولمة وهذا ما قد يساعد الدول العربية ولوج الأسواق الأوربية خاصة الدول المغاربية منها .

وعلى العموم يمكن تلخيص أهم ما يمكن أن تستفيد منه الدول العربية حالة إستكمال مسارها في الإندماج في النقاط أدناه:

- فتح أسواقها وتوسيع نطاقها.
- الرفع من مستوى رفاهية المواطن.
- خلق مناخ ملائم للتنمية الإقتصادية.
- دعم إقتصاديات دول المنطقة بما يقلل إعتمادها على الخارج.
- عامل من عوامل الإستقرار الإقتصادي.

4- 3- 2 التذليل من معوقات التعاون العربي المشترك : إن معوقات العمل العربي المشترك عديدة تتمثل فيما يلي [37]:

- إستثمار معظم المدخرات العربية في الخارج والتي بلغت أكثر من 900 مليار دولار، حيث قدرت في الفترة الممتدة من سنة 1974 - 1995 بحوالي 670 مليار دولار، أي أن كل دولار يستثمر داخل الوطن العربي يقابله 56 دولار خارجه.

36 - سمير أمين، علي الكنز، منير الحمش ومصطفى الجمال، العلاقات العربية الأوربية، مركز البحوث العربية، منتدى العالم الثالث، المنتدى العالمي للبدائل، دار الأمين ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2002، ص 55.

37 - سميحة فوزي، الأسباب السياسية والإقتصادية وراء تباطؤ مسيرة الإندماج العربي، المركز المصري للدراسات الإقتصادية 2002، ص ص 12، 20.

- ضعف التجارة البنية العربية والتي تمثل حوالي 9 % من التجارة العربية الخارجية،أي أن العرب يتعاملون مع الخارج كمستوردين ومصدرين بنسبة 91 % .

- التفاوت في مستويات الدخول بين الدول العربية ، مما يحقق قدرا من عدم التوافق في النسيج الإقتصادي، خاصة وأنها تفتقر إلى آلية متينة لتحفيز الإستثمارات العربية البينية.

- إرتباط العلاقات الإقتصادية بالتوجهات السياسية بين الدول العربية مما يخلق جوا من عدم الثقة في الشريك العربي.

لذا فإنه من الضرورة بما كان على الدول العربية القيام بإصلاحات بنيوية موحدة مبنية على إستراتيجية شاملة من شأنها تدعيم التعاون العربي المشترك ويمكن تحقيق ذلك من خلال النقاط التالية:

- تشجيع الاستثمارات العربية البينية من خلال تسهيل عمليات إنتقال رؤوس الأموال وخفض القيود لأقصى حد ممكن والتنسيق بين السياسات الإقتصادية للدول العربية.

- تعزيز القدرة التنافسية للسلع العربية وذلك بتهيئة بيئة إستثمارية عربية جيدة مشجعة تسمح بجلب الإستثمارات الدولية والإقليمية في المنطقة، تكون مرفوقة بتطوير البنية التحتية.

- تطوير نظام معلومات موحد بإعداد قاعدة بيانات تبين خصوصية كل دولة عربية مما يسهل عملية توجيه المستثمرين بدون إشكال.

- تطبيق سياسات وبرامج عربية تهدف إلى تطير البحوث في شتى المجالات وتبادل الخبرات في ذلك.

- دعم آليات الإنتاج الآمن والنظيف وذلك باستخدام التقنيات الحديثة في صناعة النفط حفاظا على البيئة.

- تحديث أنماط الإنتاج والإستهلاك المستدام في الدول العربية وتشجيع إستخدام المنتجات التي تساهم في حماية الموارد الطبيعية.

خـــاتمـــة :

يعتبر النفط أحد أهم الوسائل التنموية التي مكنت الدول العربية من خلق بنية إقتصادية تعتبر بمثابة القاعدة للمضي في تسطير برامج تنموية قطرية معتمدة في ذلك على الموارد المتاحة سواء كانت طبيعية أو بشرية، هذه الأخيرة التي يجب الإهتمام بها وتدعيمها وإعطائها الفرصة للمساهمة في المجال التنموي العربي.

وفي الأخير يمكن القول بأن قدرة الدول العربية النفطية في تحقيق التنمية بكافة أبعادها يرتكز على تعزيز جهودها من خلال تبني إستراتيجية موحدة تعمل على تذليل كل العقبات في مجال التكامل العربي وتجنب كل العراقيل التي من شأنها الحد من هذا المسار، الأمر الذي قد يمكنها من التغلب على مشاكلها الاقتصادية، الاجتماعية وحتى البيئية، خاصة في ظل الوفرة المالية الناتجة عن تعاظم مداخيلها نتيجة إرتفاع أسعار النفط، رغم التذبذب الذي شهدته في الاونة الأخيرة بسبب الأزمة المالية العالمية .

المراجـع :

1 - سعد حسين فتح الله، التنمية المستقلة، المتطلبات والاستراتيجيات والنتائج، دراسة مقارنة في أقطار مختلفة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1999.

2- محمد محمود الإمام، بحث مقدم في الموسوعة العربية للمعرفة من أجل التنمية المستدامة، الدار العربية للعلوم المجلد الأول، مقدمة عامة، الطبعة الأولى 2006.

3ـ محمد سلطان أبو علي، بحث مقدم في الموسوعة العربية المعرفة من أجل التنمية المستدامة، الدار العربية للعلوم، المجلد الرابع، البعد الاقتصادي الطبعة الأولى 2007.

4ـ ف. دوجلاس موسشيت، مبادئ التنمية المستدامة، ترجمة، بهاء شاهين، الدار العربية الدولية للإستثمارات الثقافية، القاهرة، الطبعة الأولى2000.

5ـ ناصر دادي عدون، شعيب شنوف، الحركية الإقتصادية في الدول النامية بين عالمية مالك بن نبي والعولمة الغربية، دار المحمدية العامة، الجزائر2003.

6ـ علي لطفي، الطاقة والتنمية في الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية بحوث ودراسات، القاهرة 2008.

7ـ عبد المطلب عبد الحميد، العولمة الاقتصادية، منظماتها، شركاتها، تداعياتها، الدار الجامعية، الإسكندرية 2006.

8 ـ إكرام عبد الرحيم، التحديات المستقبلية للتكتل الاقتصادي العربي، العولمة والتكتلات الإقليمية البديلة، مكتبة مدبولي العربية للطباعة والنشر، 2002.

9ـ روبرت جران، ترويض النمور، نهاية المعجزة الأسيوية، ترجمة سمير كريم، مركز الأهرام للترجمة والنشر القاهرة 1999.

10ـ زكرياء محمد عبد الوهاب طاحون، بيئات ترهقها العولمة، جمعية المكتب العربي للبحوث والبيئة 2003 .

11ـ عبد الأحد جمال الدين، اللجنة الخاصة المصرية لمتابعة خطوات السوق العربية المشتركة، القاهرة 1999.

12 ـ فيرنز فاينفلد، يوزيف ياننج، سفن بيريند، التحولات في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، التحديات والاحتمالات أمام أوربا وشركاءها، دراسات عالمية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، العدد 17، بدون سنة النشر .

13ـ سمير أمين، علي الكنز، منير الحمش ومصطفى الجمال، العلاقات العربية الأوربية،

مركز البحوث العربية، منتدى العالم الثالث، المنتدى العالمي للبدائل، دار الأمين ، القاهرة، الطبعة الأولى 2002.

14ـ سميحة فوزي، الأسباب السياسية والإقتصادية وراء تباطؤ مسيرة الإندماج العربي، المركز المصري للدراسات الإقتصادية 2002.

15ـ تقرورت محمد، طرشي محمد، إشكالية النفط والتنمية المستدامة في الدول العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي للتنمية المستدامة والكفاءة الاستخدامية للموارد المتاحة بالتعاون مع مخبر الشراكة والاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الفضاء الأورومغاربي أيام 7ـ 8 أفريل 2008.

16ـ قدي عبد المجيد، الاقتصاد الجزائري والنفط، فرص أم تهديدات، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الدولي التنمية المستدامة والكفاءة الإستخدامية للموارد المتاحة، جامعة فرحات عباس سطيف بالتعاون مع مخبر الاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الفضاء الأورو مغاربي 07/08 أفريل 2008.

17ـ مولە عبد الله، منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى الامتحان الأخير لتجاوز العصبيات، مجلة المستقبل العربي، العدد262 ديسمبر 2000.

18ـ جيفري ديفز وآخرون، صناديق النفط،هل تطرح المشكلات بوصفها حلول؟ مجلة التمويل والتنمية المجلد 38، العدد4، ديسمبر2001.

19ـ منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول (أوابك)، التقرير الإحصائي السنوي 2007.

20ـ منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول (أوابك)، الاستثمار في قطاع الطاقة في الدول العربية واقعه وآفاقه الإدارة الاقتصادية، سبتمبر 2007.

21ـ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ملخص التقرير النهائي لورشة العمل الإقليمية وشبكة المعنيين حول تخفيض وتوزيع القدرات والحكم المحلي،شرم الشيخ مصر3ـ 6 سبتمبر2007.

22 ـ صندوق النقد الدولي، آفاق الاقتصاد العالمي، دراسات إقتصادية ومالية، ماي 1997.

Ouvrage en langue Ètrangère:

1- Dominique Carreau et Patrick Guillard , Droit international Economique , 4 ème Edition, L.G.D.J, 1998 .

2- Virgil Pace, L'organisation Mondiale du Commerce et le Renforcement de la Réglementation Juridique, Des Echanges Commerciaux Internationaux Lharmattan 2000.

3- Chems Eddine Chitour, Mondialisation L'espérance ou le chaos? Edition ANEP .58 P ,2002

4- Paul R. Krugman, La MONDIALISATION N'EST PAS COUPABLE, Vertus et limites du libre échange, Edition Casbah, Alger 1999 p73.

5-The Arab Petroleum Research Center, Arab Oil `& Gas. Vol. XXXVI.856.16 May 2007.

Site Internet:

1- http://www.elmoustakbel.net/content/view/1221/92 .2009.

2 - http://www.aleqt.com/2007/09/24/article -109583.html 17/02/2009.

3 - http://arabic.people.com.cn/31659/6410436.html 17/02/2009.

4 - http://www.awan.com.kw/node/29112 19/02/2009.

5 - http://www.elhayet.net Mars 2008.

أسس جريمة الإبادة الجماعية في القانون الدولي الجنائي

الدكتور: بن الزين محمد الأمين

أستاذ محاضر بكلية الحقوق

جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر

مقدمة:

تخرج جريمة الإبادة الجماعية عن إطار الجرائم العادية لأنها في الأساس تستهدف من خلال الأفعال المحظورة قانون تدمير جماعة معينة و ليس فردا بذاته.

كما أن السلوك الإجرامي في هذه الجريمة لا ينتهك قاعدة أو قواعد قانونية فحسب وإنما يمس بالمقومات الأساسية لحياة مجموعة بشرية بأكملها و بالنظام العام الدولي.

و من ثمة فإن جريمة الإبادة الجماعية تعد من أخطر الجرائم التي شهدتها و لا تزال تشهدها البشرية، مما دفع المجتمع الدولي إلى وضع نظام قانوني دولي يمنع ارتكاب مثل هذه الجريمة و المعاقبة عليها.

أولا: مفهوم الإبادة الجماعية في القانون الدولي الجنائي

يمكن تحديد مفهوم جريمة الإبادة الجماعية من خلال تعريفها و من خلال خصائصها خاصة طابعها الدولي.

و قد ساهمت في بلورة مفهوم الإبادة الجماعية النصوص القانونية الدولية و كذلك آراء الفقه و القضاء الدولي.

فقرة 1 : تعريف جريمة الإبادة الجماعية

إن مصطلح الإبادة الجماعية تقابله باللغة الفرنسية كلمة Génocideو هذه الكلمة مشتقة من الكلمة اليونانية Genius و تعني الجماعة و من عبارة Caedere و تنعني القتل أي قتل جماعة .

و قد بدأ اهتمام الدول بجريمة الإبادة الجماعية بعد الحرب العالمية الثانية حيث أسندت لمنظمة الأمم المتحدة مهمة وضع اتفاقية دولية تتضمن الأحكام المنظمة لهذه الجريمة الدولية و المسؤولية الجنائية المترتبة عنها .

و تعتبر أول محاولة لتحديد مفهوم جريمة الإبادة الجماعية نص القرار الذي صادقت عليه الجمعية العامة بتاريخ 1946/12/11 .

و قد جاء في هذا القرار : " إنه طالما اضطهدت جماعات من البشر بقصد إبادتها إبادة تامة أو جزئية ... وأن إبادة الجنس أي إنكار حق الوجود بالنسبة لجماعة إنسانية بأسرها جريمة في نظر القانون الدولي يستحق مرتكبيها العقاب عليها سواء كانوا فاعلين أم شركاء ... و سواء كانوا رجال دولة أم موظفين أم أفرادا بصرف النظر عن البواعث التي تدفعهم إلى ارتكاب جريمتهم كما أنها تتعارض مع أغراض و مقاصد الأمم المتحدة وينكرها العالم المتمدين "[1]

و بتاريخ 1948/12/09 أقرت الجمعية العامة بالإجماع اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها.

1 - علي عبد القادر القهوجي ، القانون الدولي الجنائي ، منشورات الحلبي ، الإسكندرية ، 2001 ، صفحة 128.

و جاء في المادة الثانية من هذه الاتفاقية:" أن الإبادة الجماعية تعني أي من الأفعال التالية المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو اثنيه أو عرقية أو دينية .

ووفقا لنص هذه المادة تتمثل الأفعال المجرمة في : القتل أو إلحاق أذى جسدي خطير بأعضاء من الجماعة أو إخضاع الجماعة لظروف معيشية قصد إهلاكها أو اتخاذ تدابير لمنع إنجاب الأطفال داخل الجماعة أو نقل الأطفال و تهجيرهم عنوة" .[2]

و على الرغم من أهمية هذه الاتفاقية الدولية فإن أهم تطور سجل على مستوى القانون الدولي الجنائي تمثل في تبني المجموعة الدولية لنظام المحكمة الجنائية الدولية سنة 1998 .

و بالفعل فقد حدد النظام الأساسي في المادة الخامسة أنواع الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية و من هذه الجرائم جريمة الإبادة الجماعية .

ووفقا لنص المادة 06 فإن الإبادة الجماعية تعني :"أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو اثنيه أو عرقية أو دينية بصفتها هذه إهلاكا كليا أو جزئيا :

أ- قتل أفراد الجماعة .

ب - إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة .

جـ- إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية يقصد بها تدميرها أو إهلاكها كليا أو جزئيا

د - فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة .

هـ - نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى ."[3]

أما على مستوى الفقه فقد وردت تعاريف مختلفة بجريمة الإبادة الجماعية .

2- أيمن عبد العزيز سلامة ، المسؤولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية ، دار العلوم القاهرة ، 2006، صفحة 421- 422 .

3- علي عبد القادر القهوجي ، نفس المرجع ، صفحة 360 .

بالنسبة للأستاذ Graven فإن جريمة الإبادة الجماعية تعني إنكار حق المجموعات البشرية في الوجود و هي تقابل القتل الذي هو إنكار حق الفرد و حق الإنسان في البقاء .

أما الأستاذ D.Devabre فيرى بأن جريمة الإبادة الجماعية هي جريمة ضد الإنسانية و تتخذ ثلاثة مظاهر:

- الإبادة الجسدية و تتمثل في الاعتداء على الحياة و الصحة و السلامة الجسدية .

- الإبادة البيولوجية و تتمثل في الاعتداء على نمو المجموعة البشرية بواسطة الإجهاض و التعقيم .

- الإبادة الثقافية و تتمثل في تحريم اللغة الوطنية و الاعتداء على الثقافة القومية [4]

و يذهب الأستاذ ليمكين إلى أن الإبادة الجماعية تستند على خطة منسقة من خلال عدة أعمال مختلفة تهدف إلى تدمير الأسس الضرورية لحياة جماعة قومية بهدف تدمير هذه الجماعة .

و تهدف الخطة تفصيلا إلى تفتيت و تفكيك المؤسسات السياسية و الاجتماعية والثقافية و اللغوية و الشعور القومي و الديني و الوجود الاقتصادي للجماعات القومية وأيضا القضاء على الأمن الشخصي و الحرية و الصحة و الكرامة ، و يضيف ليمكين بأن الإبادة الجماعية توجه ضد الأفراد بصفتهم أعضاء ينتمون إلى الجماعة و ليس بصفتهم الفردية . [5]

و بناءا على ذلك فإن جريمة الإبادة الجماعية تتميز بالصفة الجماعية للضحايا أي المجني عليهم حيث تقع هذه الجريمة ضد جماعة و تحدد الجماعة على عدة أسس مختلفة، فالجماعة القومية تتكون من أشخاص ذوي أصل قومي مشترك إما على أساس سياسي و يعني الجنسية أو المواطنة أو على أساس نفسي اجتماعي .

4- محمد عبد المنعم عبد الغني ، الجرائم الدولية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2007 ، ص 595 .

5- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص 23 .

أما الجماعة العنصرية وفق تعبير المادة 02 من اتفاقية 1948 فتقوم على أساس الجنس أو العرق الواحد بمنطقة جغرافية معينة مثل الهنود الحمر السكان الأصليين في الولايات المتحدة الأمريكية .

و تتحدد الجماعة الاثنية على أساس الاشتراك في عنصر اللغة و الثقافة .

وبالنسبة للجماعة الدينية فإنها تتميز بطقوس العبادة و بالإشراك في نفس المعتقدات [6]

فقرة 2 : الطابع الدولي لجريمة الإبادة الجماعية

تعرف الجريمة الدولية بأنها سلوك إنساني غير مشروع صادر عن إرادة إجرامية يرتكبه فرد باسم الدولة أو برضاء منها و ينطوي على انتهاك لمصلحة دولية يقرر القانون الدولي حمايتها عن طريق الجزاء الجنائي . [7]

و قد أقرت ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة الطابع الدولي لجريمة الإبادة الجماعية و جاء في نص الديباجة بأن : " الإبادة الجماعية جريمة بمقتضى القانون الدولي تتعارض مع روح الأمم المتحدة و أهدافها ..." .

كما تنص المادة 1 من هذه الاتفاقية بأن :" الإبادة الجماعية سواء ارتكبت في أيام السلم أو أثناء الحرب هي جريمة بمقتضى القانون الدولي و تتعهد بمنعها و المعاقبة عليها." [8]

و يرى بعض الفقهاء أن هذه الاتفاقية أرست مبادئ و أحكام قانونية تلتزم بإعمالها كافة الدول بصرف النظر عن تمتعها بوصف الطرف في الاتفاقية أو افتقارها إلى هذا الوصف فهي مبادئ و أحكام معترف بها من طرف الأمم تستهدف تحقيق غايات إنسانية و حضارية تتمثل في : حماية الوجود للجماعات البشرية. [9]

6- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، نفس المرجع ، ص 127 .

7- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، نفس المرجع ، ص 26 .

8- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص431 .

9- عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004، ص 329.

إن إضفاء الصبغة الدولية على أفعال الإبادة الجماعية مستمدة من طبيعة المصلحة الجوهرية المعتدى عليها.

فالمحافظة على الجنس البشري و حمايته من أي اعتداء أصبح يمثل هدفا و غرضا أساسيا للنظام القانوني الدولي .

و من هذا المنظور فإن جانبا من الفقه يذهب إلى اعتبار أن هناك حقوقا إنسانية معينة تشكل قواعد آمرة للقانون الدولي يتعين احترامها حتى في غياب التزام اتفاقي باحترام هذه الحقوق .

فأي فرد في العالم له حقوق أساسية يجب حمايتها من أي انتهاك حيث تقوم فكرة حماية حقوق الإنسان في العالم على أساس ضرورة وجود تضامن إنساني يشكل أبرز أسس القانون الدولي .

و لاشك أن جريمة الإبادة الجماعية تشكل حقا أساسيا من حقوق الإنسان يأتي على رأس هذه الحقوق و هو الحق في الحياة .

و تبعا لذلك فأن هذه الجريمة تمثل خرقا صريحا للقواعد الدولية الآمرة في القانون الدولي العام التي تهدف إلى الحفاظ على النظام العالمي .[10]

و من الملاحظ أن الإبادة الجماعية تعتبر جريمة دولية بطبيعتها حتى و إن قامت بها حكومة وطنية ضد طائفة من طوائف الشعب الذي تحكمه ، كما أن المسؤولية المترتبة عن هذه الجريمة هي مسؤولية مزدوجة تقع تبعتها على الدولة من جهة و على الأشخاص الطبيعيين مرتكبي الجريمة من جهة أخرى .

و نتيجة لذلك فإن المادتين 5 و 6 من نظام روما الأساسي اعتبرا جريمة الإبادة الجماعية جريمة دولية تمثل خطورة على الأسرة الدولية حيث جاء في الفقرة 1 من المادة5:

10- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص 29 - 30 .

" يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره " ، و من هذه الجرائم جريمة الإبادة الجماعية . [11]

إن الطابع الدولي لجريمة الإبادة الجماعية كرسه القضاء الدولي .

ففي رأي استشاري سنة 1951 اعتبرت [12] محكمة العدل الدولية بأن الاعتبارات الإنسانية الأولية هي جزء من المبادئ العامة للقانون ، و أن المبادئ المنصوص عليها في اتفاقية منع الإبادة الجماعية هي مبادئ مقررة بواسطة الأمم المتحدة كقواعد ملزمة للدول حتى بدون التزام اتفاقي ، فهي مبادئ تفرض نفسها على المجتمع الدولي .

و في قضية أخرى [13] قررت محكمة العدل الدولية تجريم أعمال الإبادة الجماعية و أكدت بأن هذا التجريم يعد التزاما يحتج به على الكافة بسبب أهمية الحقوق المتضمنة أي أن لكافة الدول مصلحة قانونية في حماية هذه الحقوق [14]

ثانيا : أركان جريمة الإبادة الجماعية

لقيام المسؤولية الجنائية الدولية يجب أن تتوافر في جريمة الإبادة الجماعية ثلاثة أركان : الركن المادة ، الركن المعنوي و الركن الدولي .

1 ـ الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية :

يشمل الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية كل ما يدخل في تكوينها و تكون له طبيعة مادية و يتمثل الركن المادة لهذه الجريمة في أحد الأفعال المكونة للسلوك الإجرامي ، وهذه الأفعال محددة على سبيل الحصر في تعريف جريمة الإبادة الجماعية في المادة 6 من نظام روما الأساسي و تأخذ المظاهر أو الصور المادية التالية:

11ـ عبد الفتاح بيومي حجازي ، نفس المرجع ، ص 330 .

12 ـ بشأن بيان رأيها حول تحفظات الدول على اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جريمة الإبادة الجماعية .

13ـ قضية Barcelona traction

14ـ أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص 28 .

أ- قتل أفراد الجماعة

تتجسد هذه الجريمة في إقدام الجناة على قتل أفراد مجموعة أو جماعة بشرية تقوم بينها روابط مشتركة دون تمييز بين الرجال و النساء و الشباب و الأشخاص المسنين . ويشمل القتل جميع أفراد الجماعة أو معظمهم .

و يهدف القتل إلى الاستئصال المادي للجماعة المجني عليها و يتحقق ذلك بأفعال مادية تؤدي إلى القضاء على الجماعة المضطهدة كليا أو جزئيا .

ومن أمثلة صور القتل الجماعي مذبحة دير ياسين 1948 التي اقترفتها قوات الاحتلال الإسرائيلي مساء يوم 9 أفريل سنة 1948 بصفة فجائية ضد سكان دير ياسين العربية .

و قامت القوات المعتدية بقتل 250 شخصا.

و في 16 أفريل سنة 1992 قامت قوات صربية بإعدام جماعي لعدد 83 مسلما من بينهم 11 طفلا بقرية [15] Zaklopaka.

ب - إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة :

و هي الصورة الثانية للركن المادي في جريمة الإبادة الجماعية ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

و تنصرف هذه الصورة إلى كافة الأفعال المادية التي تؤثر على السلامة البدنية والجسمية و كذلك على القوى العقلية للمجني عليه ، و من أمثلة هذه الاعتداءات استخدام وسائل التعذيب بشتى أنواعها و ما قد ترتبه من عاهات و إعاقات جسدية مستديمة لدى الأشخاص الضحايا أو إصابتهم بأمراض عقلية أو عصبية .

و يدخل ضمن حالات الإيذاء الجسمي و النفسي اغتصاب البنات و النساء في بيوتهن أمام أفراد عائلتهن و قد سجلت حالات الاغتصاب من طرف جنود الصرب في البوسنة .

15- عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ، ص 346 .

جـ- إخضاع الجماعة عمدا لأحاول معيشية بقصد إهلاكها الفعلي كليا أو جزئيا .

يقصد بهذه الحالة تعمد حرمان الجماعة من الموارد الأساسية التي تعتمد عليها في حياتها من أجل البقاء La survivance مثل المواد الغذائية و الخدمات الطبية : الماء والكهرباء و الطرد من المنازل أو حتى تدمير المنازل.

و يمكن أيضا أن تتحقق هذه الصورة من صور الإبادة الجماعية بواسطة الحصار الذي يفرض على جماعة لمدة زمانية معينة.[16]

و يرى جانب من الفقه أن هذه الطريقة للإبادة الجماعية تنطوي على إبادة بطيئة ، فهي تهدف إلى إخضاع المجموعة لظروف معيشية قاسية من شأنها القضاء عليهم ببطء .

د- فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة :

يطلق الفقه على هذه الصورة من صورة الإبادة الجماعية اسم إعاقة التناسل في الجماعة و هي إحدى صور إبادة الجنس البشري حيث تعتمد على أساليب بيولوجية تعوق نمو و تزايد أعضاء الجماعة المستهدفة مثل استعمال وسائل الإجهاض عند تحقق الحمل و طرق التعقيم .

و يدخل ضمن صورة منع الإنجاب عمليات القتل للرضع و الأطفال صغار السن .

هـ- نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى :

تتحقق هذه الصورة عند النقل القسري للأطفال من جماعة إلى جماعة أخرى قد فصلهم عن جماعتهم الأصلية و ذلك لقطع أية صلة لهم مع جذورهم الأصلية ، و من الواضح أن النقل القسري للأطفال يسبب أذى جسيما للطفل المعني و لوالديه و أقاربه ويلحق أذى بالمجموعة .

16- مثل الحصار الذي تفرضه قوات الاحتلال الإسرائيلي على سكان قطاع غزة .

2 ـ الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية

يشكل الركن المعنوي ركنا أساسيا في جريمة الإبادة الجماعية إضافة للركن المادي ، و قد أكد نظام المحكمة الجنائية الدولية على أهمية الركن المعنوي :

ووفقا لنص المادة 30 من النظام الأساسي : " لا يسأل الشخص جنائيا عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة و لا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر القصد و العلم "

و عرفت نفس المادة القصد بأنه ارتكاب الشخص للسلوك المجرم قانونا و التسبب في النتيجة التي يحدثها سلوكه [17]

و لابد من توافر علاقة سببية بين إرادة الجاني و الفعل أو التصرف الذي أتاه ، فيسأل الإنسان و يعاقب عن أفعاله التي أتاها بإرادته و لا تكون هذه الإرادة مجرمة إلا إذا كانت مدركة و قائمة على مكنة التمييز بين الأفعال المحظورة و المباحة . فالركن المعنوي علاقة بين المظهر المادي للجريمة و شخصية الجاني ، و تظهر هذه العلاقة سيطرة الجاني على الفعل و آثاره . [18]

و يعبر عن هذه العلاقة بالقصد الجنائي الذي يتخذ صورتان : صورة القصد الجنائي العام و القصد الجنائي الخاص .

فالقصد الجنائي العام يتكون من العلم و الإرادة أي أن ينصرف علم الجاني إلى أن الفعل ينطوي على استهداف جماعة معينة بالقتل أو الإيذاء البدني أو العقلي الجسيم .

إن القصد العام وحده يعتبر غير كاف لتوافر الركن المعنوي في جريمة الإبادة الجماعية بل يجب أن يكون هناك قصد خاص بالنسبة للآثار العامة للأفعال المحظورة ،

17ـ علي عبد القادر قهوجي ، مرجع سابق ، ص 384 .

18ـ أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص 127 .

فقصد تدمير أو إهلاك الجماعة و هي الخاصية التي تميز جريمة الإبادة الجماعية عن جريمة القتل العادية .فهذه الجريمة تحدث و تتحقق عندما تكون نية القضاء على فرد أو أفراد ينتمون لمجموعة معينة أو يرتبطون بها

لذلك فإن المعيار الحاسم لتقرير حدوث جريمة الإبادة الجماعية هو انتماء أو عضوية الفرد المحني عليه ، أو الضحية لجماعة معينة و ليس هوية ذلك الفرد و بالتالي فإنه إذا قتل فرد واحد مع توافر هذا القصد الخاص تتحقق جريمة الإبادة الجماعية .

لقد تبنت لجنة القانون الدولي هذا الموقف و اعتبرت بأنه : " لا يكفي لجريمة الإبادة الجماعية القصد العام لارتكاب أحد الأفعال المعددة ، فتعريف هذه الجريمة يتطلب قصدا خاص بالنسبة للآثار العامة للأفعال المحظورة ."[19]

و قد حددت المحكمة الدولية ليوغسلافيا سابقا المقصود بالقصد الخاص أثناء محاكمة عدد من المتهمين الصرب ، فبينت بأن : " جريمة الإبادة الجماعية هي جريمة ترتكب ضد أفراد ينتمون لجماعة بعينها ، و تستهدف هذه الجماعة بسبب ذلك الانتماء ، و المهم في هذا الشأن هو القصد في اختيار و تحديد هذه الجماعة المستهدفة بالإبادة على أساس صفات أفرادها العرقية أو العنصرية أو الدينية. [20]

و الجدير بالملاحظة أن القصد الجنائي الخاص يعتبر من أصعب العناصر التي يمكن إثباتها حيث غالبا ما تكون الأدلة المتاحة لثبوت جريمة الإبادة الجماعية أدلة غير مباشرة أو ظرفية و قد حاولت المحاكم الدولية الخاصة وضع بعض المعايير يمكن الرجوع إليها لإثبات القصد الجنائي الخاص في جريمة الإبادة الجماعية .

فقد أوضحت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا السابقة أن النية المحددة لارتكاب جريمة الإبادة الجماعية يمكن أن تستنتج من عدد معين من الوقائع من خلال السياق العام الذي

19- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، نفس المرجع ، ص 13.

20- أيمن عبد العزيز محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص 141 .

حدثت فيه أفعال الإبادة مثل المذهب السياسي العام الذي ولد الأفعال المجرمة و كذلك نسبة الدمار الذي لحق بالجماعة المستهدفة .

أما محكمة رواندا الدولية فقررت بأنه يمكن إثبات نية ارتكاب جريمة الإبادة بالنظر إلى عدة أدلة منها : الاستهداف المادي للجامعة و الأسلحة المستخدمة و مدى الإصابات الحادثة و الطريقة المنهجية للتخطيط و التنظيم للقتل و أيضا عدد الضحايا من الجماعة .[21]

3 ـ الركن الدولي في جريمة الإبادة الجماعية

يقصد بالركن الدولي في جريمة الإبادة الجماعية ارتكاب هذه الجريمة بناءا على خطة منظمة مرسومة من الدولة ينفذها كبار المسئولين فيها أو أن الدولة تشجع تنفيذها من قبل الأفراد العاديين ضد مجموعة تربط بين أفرادها روابط قومية أو اثنيه أو عرقية أو دينية .

و لا يشترط في المجني عليهم أن يكونوا تابعين لنفس الدولة أو دولة أخرى .

و يستوي أيضا أن تقع جريمة الإبادة الجامعية في وقت السلم أو وقت الحرب .

ثالثا : عقوبة الإبادة الجماعية و تسليم المجرمين

فقرة 1 : عقوبة جريمة الإبادة الجماعية

تخضع جريمة الإبادة الجماعية لنفس العقوبات المقررة لبقية الجرائم في نص المادة 77 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

و قد حددت هذه العقوبة بالسجن لمدة 30 سنة أو السجن المؤبد حسب خطورة الجريمة و بحسب الظروف الخاصة للشخص المدان .

21ـ أيمن عبد العزيز سلامة ، نفس المرجع ، ص 148 .

و نصت المادة 77 أيضا على عقوبات مكملة لعقوبات السجن تتمثل في فرض غرامة ومصادرة العائدات و الممتلكات المتأتية بصورة مباشرة و غير مباشرة من الجريمة المرتكبة .

فقرة 2 : تسليم مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية

نصت المادة السابعة من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1948 بأن الإبادة الجماعية لا تعتبر جريمة سياسية على صعيد تسليم المجرمين ، و بالتالي فإن الأطراف المتعاقدة تتعهد بتلبية طلب التسليم وفقا لقوانينها ومعاهداتها السارية المفعول .

إن نص هذه المادة و ما تضمنه نظام روما الأساسي من أحكام يفتح المجال أمام إقامة تعاون دولي بين المحكمة الجنائية الدولية و الدول الأعضاء في النظام الأساسي في مجال تسليم المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية .

خاتمة :

لا تزال جريمة الإبادة الجماعية تشكل خطرا يهدد البشرية من خلال استمرارية حدوث هذه الجريمة من حين لآخر نتيجة لمواقف و سلوكات متطرفة لبعض قادة الدول ، و من ثم تطرح مسألة مدى فعالية النظام القانوني الذي وضعته الأسرة الدولية في مكافحة ظاهرة الإبادة الجماعية و الحد من انتشارها في المجتمعات المعاصرة .

فالآليات التي تضمنها نظام روما الأساسي تفتح المجال واسعا أمام المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة و معاقبة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية و تسليم المجرمين في إطار التعاون الدولي .

قائمة المراجع :

- علا عزت عبد المحسن ، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .

- منتصر سعيد حمودة ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2006 .

- أيمن عبد العزيز محمد سلامة، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، دار العلوم القاهرة، 2006 .

- محمد عبد المنعم عبد الغني ، الجرائم الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007.

- عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، الإسكندرية ، 2004 .

- علي عبد القادر قهوجي ، القانون الدولي الجنائي ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2001.

- Claude lombois,droit pénal international,Dalloz,.Paris,1979.

المجلس الدستوري والحق في المساواة

بقلم : نبالي فطة

أستاذة مساعدة مكلفة بالدروس بكلية

الحقوق جامعة ـ تيزي وزو ـ .

مقدمة

يعتبر الحق في المساواة الذي يقترن عادة بحق عدم التمييز، محور اهتمام المواثيق والاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية في إطار حماية حقوق وحريات الإنسان. جاء في المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: " يولد جميع الناس أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء." لقد استوحي هذا النص من المادة الأولى من إعلان 1789 الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الذي جاء فيه أن الناس يولدون ويظلون متساوون في الحقوق[1].

كرس المؤسس الحق في المساواة منذ أول دستور شكلي عرفته الجزائر، وصادقت هذه الأخيرة على العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تحمي حقوق وحريات الإنسان[2]، منها تلك المتعلقة بحماية الحق في المساواة وعدم التمييز. رغم تأسيس

---

1 - Art. 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789: QLes Hommes naissent et demeurent égaux en droit...» www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm

2ـ أنظر محمد طاهر أورحمون، دليل معاهدات واتفاقيات الجزائر المنشورة في الجريدة الرسمية 1963 ـ 1998، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2000.

مجلس دستوري بمقتضى دستور 1963 لم يتم تفعيل هذا الحق بل بقي حبيس النص الدستوري الذي لم يعمر طويلا. كان لتأسيس مجلس دستوري بموجب دستور 1989 ثم تعديل 1996 دور في تعزيز حماية الحق في المساواة وعدم التمييز بالخصوص، بحيث شكل مرجعا للعديد من آراء وقرارات المجلس الدستوري. أدى اجتهاد هذا الأخير إلى تقديم مفهوم لهذا الحق (المبحث الأول) وحمايته في إطار رقابة دستورية القوانين، وفي إطار تطبيق المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، بحيث مكّن المواطن التذرع بها أمام الجهات القضائية، فيكون المجلس الدستوري قد أقر حماية مزدوجة للحق في المساواة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم الحق في المساواة في اجتهاد المجلس الدستوري

لم يعتبر المجلس الدستوري الحق في المساواة حق مطلق إنما اعتبره من خلال اجتهاده مبدءا نسبيا (المطلب الأول)، كما أقر ضمنيا استثناء يرد على هذا المبدأ إذ قبل بالتمييز الإيجابي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : نسبية المساواة

كرس الدستور مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون وحظر كل تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس، أو الرأي أو أيّ سبب آخر شخصي أو اجتماعي[3]. ألزم

3 ـ المادة 29 من الدستور(المادة 28 من دستور 1989) الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96 ـ 438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 8 ديسمبر1996، العدد 76: " كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي."

الدستور المؤسسات أن تجعل مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات غاية لها، بإزالة كل ما يعيق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركته الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية[4]، والقضاء على استغلال الإنسان للإنسان[5]، ومنع الدستور على هذه المؤسسات أن تقوم بالممارسة الإقطاعية والجهوية والمحسوبية أو إقامة علاقات استغلال وتبعية[6].

جعل الدستور المساواة من بين الأسس التي يقوم عليها القضاء[7]. ساوى المؤسس تطبيقا لهذا المبدأ، بين جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف العامة في الدولة، فمنع أيّ تمييز أو استحداث أي شرط من أجل الالتحاق بها باستثناء تلك الشروط التي يحددها القانون[8] . ألقى المؤسس على عاتق الدولة واجب ضمان التساوي في الالتحاق بالتعليم وبالتكوين المهني[9]، وفي أداء المواطنين للضريبة وجعلهم يساهمون في تمويل التكاليف العامة حسب مقدرتهم الضريبية [10].

4 ـ المادة 31 (المادة 30 من دستور 1989): " تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والثقافية."

5 ـ البند الثالث والرابع من المادة 8 : " يختار الشعب لنفسه مؤسسات، غايتها ما يأتي...– حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة، – القضاء على استغلال الإنسان للإنسان... "

6 ـ البند الثاني والثالث من المادة 9 : " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي:– الممارسة الإقطاعية، والجهوية، والمحسوبية، – إقامة علاقة الاستغلال والتبعية... "

7ـ المادة 140 (المادة 131 من دستور 1989): " أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة. الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون."

8ـ المادة51 (المادة 48 من دستور 1989) : " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف العامة في الدولة دون أيّة شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون."

9ـ المادة 53 (المادة 50 من دستور 1989): " الحق في التعليم مضمون. التعليم مجانيّ حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري. تنظّم الدولة المنظومة التعليمية. تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم والتكوين المهني."

10ـ الفقرتان الأولى والثانية من المادة 64 (المادة 61 من دستور 1989): " كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة. ويجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية، حسب قدرته الضريبية."

كرس المجلس الدستوري في أول قرار له مساواة جميع المواطنين في الحقوق والواجبات:

" ونظرا لكون نص أحكام المادة 47، التي تعترف لجميع المواطنين بحق قابلية الانتخاب، والمادة 28 من الدستور، تقر تساوي جميع المواطنين أمام القانون، فإن المترشحين لأي انتخاب يجب أن تتوفر فيهم كذلك نفس الواجبات ويتمتعوا بنفس الحقوق[11] ."

أعطى المجلس الدستوري مرادفا للمساواة، فالقانون الذي يحقق المساواة وعدم التمييز بمنظوره هو ذلك الذي لا يحدث أوضعا غير عادلة:

" ونظرا أن القانون... لا يمكنه أن يحدث أوضاعا غير عادلة بين المواطنين، ورفع حالة التنافي بالنسبة إلى بعض أصحاب الوظائف العمومية، كما تطرحه المادة 8، ينشئ وضعا تمييزيا بالنظر إلى أصحاب وظائف مماثلة تمارس ضمن أطر قانونية مختلفة... " .[12]

يعتبر عدم التمييز نتيجة منطقية لمبدأ المساواة[13] ، لذا يربط المجلس الدستوري على غرار المؤسس الحق في عدم التمييز بالحق في المساواة:

" اعتبارا أن هذه الشروط... تخل بمقتضيات المادة 29 من الدستور التي تؤكد أن كل المواطنين سواسية أمام القانون وأنه لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى "... أي

---

11 - القرار رقم 1- ق. ق - م د مؤرخ في 18 محرم عام 1410الموافق 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 غشت 1989، العدد 36، ص 1051؛ أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، 1989، ص 15، 16.

12- قرار رقم 2 - ق. ق— م د 89 مؤرخ في 28 محرم عام 1410 الموافق 30 غشت سنة 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب، الجريدة الرسمية المؤرخة في 4 سبتمبر 1989، العدد 37 ، ص 1059؛ أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، 1989، ص 20.

13 - Violette van Gaver, Notions et Grandes questions du droit des discriminations, m2bde.u-paris10.fr/blogs/dd/index.php/post/2009/02/10/Notions-et-Grandes-questions-du-droit-des-discriminations-par-Violette-van-Gaver

شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"، وكذا المادة 31 من الدستور التي تجعل من هدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي... تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية..."[14]

" واعتبارا أنه يستنتج مما سبق أن إقرار تشكيل المجموعات البرلمانية يقتصر على النواب المنتمين أصلا للأحزاب السياسية الممثلة في المجلس الشعبي الوطني دون سواهم، ينشئ تمييزا بين النواب مما يعدّ مساسا بمبدأ المساواة بين النواب ويستوجب بالنتيجة التصريح بعدم مطابقته للدستور[15]."

إذا كان الدستور يضمن مساواة المواطنين أمام القانون[16]، فلا يعني هذا أن القانون لا يقيم أي تمييز بالنسبة للمخاطبين به، فيتضمن القانون دائما تمييزا قائما على أساس السن أو القوة العقلية، أو الثروة التي يحدد على أساسها مقدار مساهمة الفرد في الضرائب والاقتطاعات والاشتراكات، أو على أساس المهنة كأن يكون أجير أو تاجر أو فلاح، أو على أساس الحالة العائلية متزوج أو أعزب أو رب عائلة كبيرة، فالأحكام القانونية تختلف بالنسبة لكل فئة. يوجد إذن داخل كل نظام قانوني تمييز مباح ومسموح

14 -رأي رقم 01- ر.أ. ق ؟؟/ م د رأي رقم 01- ر.أ. ق ؟؟/ م د، مؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية المؤرخة في 6 مارس سنة 1997، العدد 12، ص 41؛ أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 2، 1997، ص 14، 15.

15-رأي رقم 10/ ر. ن. د / م د /2000 مؤرخ في 9 صفر عام 1421 الموافق 13 مايو سنة 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 يوليو سنة 2000، العدد 46، ص 6؛ أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 5، 2000، ص 16.

16 - Cf. sur l'égalité devant la loi: Gregorio Perces-Barba Martinez, Théorie générale des libertés publiques, L.G.D.J, 2004, pp. 256 et s.

به من قبل القوانين ذاتها، بالمقابل يوجد تمييز محظور كالتمييز القائم على أساس المولد أو الدين[17] . ذهب المجلس الدستوري في هذا الاتجاه فقيّد ما جاء مطلقا في الدستور فالمساواة أمام القانون تتطلب الأخذ بعين الاعتبار الأوضاع الخاصة لفئات المواطنين، فيخضع هؤلاء لأحكام قانونية مماثلة في حالة تواجدهم في أوضاع مماثلة، ويخضعون لأحكام مختلفة في حالة تواجدهم في أوضاع مختلفة:

" ـ واعتبارا أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور، يقتضي من المشرع إخضاع المواطنين المتواجدين في أوضاع مماثلة لقواعد مماثلة، وإخضاعهم لقواعد مختلفة كلما تواجدوا في أوضاع مختلفة [18]. "

يتضح من هذا الرأي أن المساواة غير ممكنة إلا إذا كان المخاطبون متواجدون في أوضاع مماثلة[19]، فيمكن للمشرع بناء على هذا الأساس أن يضع معايير لمبدأ المساواة كأن يضع أسعار مختلفة أو الإعفاء منها أصلا تبعا لمختلف الأصناف المستفيدة[20]، أو يضع شروط للالتحاق بمسابقة، فعلى المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار المميزات الفكرية والذهنية والأوضاع الاجتماعية للأفراد.

المطلب الثاني: الإقرار الضمني للاستثناء: التمييز الإيجابي

يقصد بالتمييز الإيجابي المفاضلة القانونية في المعاملة والمنشأة مؤقتا، بحيث تصرح الهيئة التشريعية أنها تسعى لتفضيل فئة محددة من الأشخاص الطبيعية أو

17 - Charles LEBEN, Le conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi, R.D.P, L.G.D.J, Paris, 1982, pp. 295 - 353.

18- رأي رقم 04 / ر. ق / م د / 98 مؤرخ في 18 صفر عام 1419 الموافق 13 يونيو سنة 1998 حول دستورية المواد من 4 إلى 7 و11، 12، 14، 15 و23 من القانون رقم... المؤرخ في... الموافق... والمتضمن نظام التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 يونيو سنة 1998، العدد 43، ص 4 ؛ أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 3، 1998، ص 8.

19 - Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, L.G.D.J, Paris, 2002, p. 598.

20 - Ibid, p. 597.

المعنوية على فئة أخرى، لغرض إعادة التوازن بعد اختلاله من جراء لامساواة فعلية سابقة بين الفئتين[21] . تتمثل الغاية من التمييز الإيجابي إذن في تحقيق مساواة فعلية[22]، فيعد تكريس لا مساواة قانونية وسيلة ضرورية لتصحيح لامساواة فعلية[23].

تُنتهج سياسة " التمييز الايجابي" للتقليص من اللامساواة الناجمة عن التمييز الذي تعاني منه بعض الفئات في المجتمع[24]. انتهجت هذه السياسة الولايات المتحدة الأمريكية منذ منتصف الستينات، تحت تسمية الفعل أو التصرف الإيجابي "Affirmative action"، والتي ترتكز على معاملة تفضيلية[25]. كان الهدف المرجو من هذه السياسة إيجاد حل للنزاعات العرقية التي كانت تعاني منها الولايات المتحدة في تلك الفترة، فتم إعداد برامج لهذا الغرض يتمثل محتواها في تفضيل مجموعة من الأفراد الذين عانوا في الماضي من ويلات التمييز، بحيث بدون هذا التمييز الإيجابي - في صالح هؤلاء- لا يمكنهم أن يتساووا في الحظوظ مع باقي أفراد المجتمع الذين لم يتعرضوا هم أو أسلافهم لأيّ تمييز. تعتبر هذه التدابير، أي التصرفات الإيجابية، ظرفية وانتقالية بحيث يتوجب أن يوضع لها حد بمجرد أن تتعادل الحظوظ بصورة فعلية [26].

---

21 - Ibid, p. 315.

22 - Violette VAN GAVER, Notions et Grandes questions du droit des discriminations, m2bde.u-paris10.fr/blogs/dd/index.php/post/2009/02/10/Notions-et-Grandes-questions-du-droit-des-discriminations-par-Violette-van-Gaver

23 - Sophia MANSOURI, La loi espagnole sur les violences faites aux femmes : l'instauration d'une discrimination à rebours ?
m2bde.u-paris10.fr/blogs/dd/index.php/post/2008/03/04/La-loi-espagnole-sur-les-violences-faites-aux-femmes-%3A-linstauration-dune-discrimination-a-rebours-par-Sophia-Mansouri

24 - Daniel SABBAGH, Les discriminations positives,
www.ceri-sciences-po.org/publica/critique/article/ci17p128-130.pdf

25 - RIC KESLASSY, La discrimination positive aux Etats-Unis et en France, www.cndp.fr/archivage/valid/68866/68866-10386-13066.pdf

26 - Louis FAVOREU, Patrick GA?A, Richard CHEVONTIAN, Ferdinand M?LIN-SOUCRAMANIEN, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, Droits des libertés fondamentales, 3e édition, Dalloz, Paris, 2005, pp. 315, 316.

يرى البعض أنه رغم التقارب الوثيق بين المصطلحين التصرف الإيجابي والتمييز الإيجابي، إلا أنهما يختلفان في نقطة أساسية، فيعتبر التمييز الإيجابي معاملة خاصة هدفها مفاضلة بعض الفئات التي تعرضت لتمييز قائم على أساس محظور، بينما لا يهم في التصرف الإيجابي إذا كانت الفئة التي تم تفضيلها قد تعرضت إلى تمييز قائم على أساس محظور[27].

لقد كرس المشرع الجزائري التمييز الإيجابي في المجال الضريبي من أجل تشجيع الاستثمار في المناطق النائية والريفية المحرومة، للتقليص من اللامساواة بين مختلف مناطق التراب الوطني، غير أن التشريعات الصادرة في هذا المجال لم تخضع لرقابة المجلس الدستوري، فيصعب معرفة موقف هذا الأخير من " التمييز الإيجابي ". يظهر أن المجلس الدستوري أيّد ضمنيا فكرة التمييز الإيجابي، إذ لم يرفض الأحكام التمييزية لصالح المرأة لغرض ضمان توسيع تمثيلها في المجالس المنتخبة، المدرجة بمقتضى المادة 31 مكرر[28] في مشروع التعديل الدستوري الذي عرضه عليه رئيس الجمهورية طبقا لأحكام المادة 176 من الدستور.

رغم استناد المجلس الدستوري في اعتبارات رأيه للتأكيد على عدم مساس مشروع التعديل الدستوري بالمبادئ التي تحكم المجتمع الجزائري، على الفقرة 8 من ديباجة الدستور وعلى المادة 31 ذاتها التي تقر مبدأ المساواة[29]، إلا أن تعديل هذه المادة في الحقيقة أدى إلى تكريس اللامساواة لصالح المرأة.

---

27 - Violette van Gaver, Notions et Grandes questions du droit des discriminations, m2bde.u-paris10.fr/blogs/dd/index.php/post/2009/02/10/Notions-et-Grandes-questions-du-droit-des-discriminations-par-Violette-van-Gaver

28 - تنص المادة 31 مكرر من الدستور المعدل بالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق 15 نوفمبر سنة 2008، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، العدد 63 : " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة. يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة. "

29 - رأي رقم 08/01 ر. ت د/م د مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1429 الموافق 7 نوفمبر سنة 2008، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، العدد 63، ص 5.

يؤدي تأسيس مثل هذه التدابير التمييزية إلى إضفاء الطابع الدائم والمستمر لها والتي ينبغي أن تتميز بالطابع الاستثنائي والمؤقت، والتي كان من الممكن أن تكون موضوع تشريع الانتخابات.

يعتبر موقف المجلس الدستوري الفرنسي واضحا في هذا المجال بحيث اعترف للمشرع بحق تحقيق التمييز الإيجابي، والذي يشكل قطيعة مع المساواة القانونية لتحقيق مساواة فعلية، ولكن بمراعاة شروط وقيود معينة. حدد المجلس الدستوري الفرنسي الميادين التي يمكن أن يشملها التمييز الإيجابي من جهة، والمتمثلة في مجال الوظيفة العمومية والمجال الاقتصادي والمجال الاجتماعي، فلا يمكن في أي حال من الأحوال أن يشكل الحق في الاقتراع مثلا أو الحرية الفردية موضوعا للتمييز الإيجابي، ومن جهة أخرى لا يمكن أن يكون التمييز الإيجابي مؤسسا على أنواع التمييز المحظورة صراحة في الدستور، كالتمييز القائم على أساس العرق أو الأصل أو الدين أو المعتقد أو الجنس، إنما التمييز المقصود هو ذلك المؤسس على معايير مقبولة كالسن أو الظروف الاجتماعية للأفراد أو تمركزهم الجغرافي [30].

المبحث الثاني: الحماية المزدوجة للمجلس الدستوري للحق في المساواة

تمكن المجلس الدستوري من خلال اجتهاده، الاستناد إلى الأحكام الدستورية المتعلقة بمبدأ المساواة ومنع التمييز من إلغاء أحكام تشريعية تمس بهذا المبدأ سواء في إطار رقابة الدستورية أو في إطار رقابة المطابقة (المطلب الأول)، كما منح المواطن حق التذرع بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أمام الجهات القضائية (المطلب الثاني).

30 - Louis FAVOREU, Patrick GA?A, Richard CHEVONTIAN, Ferdinand M-LIN-SOU-CRAMANIEN, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, Droits des libertés fondamentales, op.cit, p. 322.

المطلب الأول : الحماية في إطار رقابة الدستوري ورقابة المطابقة

أخضع الدستور النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان والقوانين العضوية لرقابة المطابقة للدستور[31] من قبل المجلس الدستوري[32]، وأخضع التصرفات الباقية لرقابة الدستورية[33]. لقد ميّز المجلس الدستوري منذ بداية ممارسته لاختصاصاته بين رقابة الدستورية ورقابة المطابقة للدستور[34]، وتمكن في إطار هذه الرقابة من حماية الحق في المساواة وعدم التمييز والتأكيد عليه في العديد من المواضع.

ـ المساواة أمام القانون :

راقب المجلس الدستوري أحكام قانون بالنسبة للحق الوارد في المادة 28 من دستور 1989[35] المتعلقة بالمساواة أمام القانون:

" ونظرا لكون المادة 28 من الدستور، تقر مبدأ تساوي المواطنين أمام القانون دون إمكانية التذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي... فإن هذه الأدوات القانونية تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه[36]."

31ـ أنظر فيما يخص التمييز بين نوعي الرقابة:

Louis FAVOREU, La décision de constitutionnalité, Revue internationale de droit comparé, n∞1-2, 1986, p. 622; Louis FAVOREU, Le principe de constitutionnalité, essai de définition díaprËs la jurisprudence du conseil constitutionnel, Recueil díétudes en hommage à Charles Eisenmann, Editions Cujas, Paris, 1975, p.41; Jean-Pierre CAMBY, La loi organique dans la constitution de 1958, Chronique constitutionnelle, R.D.P, 1989, p. 1434.

32ـ الفقرة الأخيرة من المادة 123 والفقرتان الثانية والثالثة من المادة 165 من الدستور.

33ـ الفقرة الأولى من المادة 165.

34ـ رأي رقم 1 ـ ر. ق ـ م د ـ 1989، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، 1989، ص 32، 33.

35ـ تقابلها المادة 29 من دستور 1996 أعلاه.

36ـ قرار رقم 1 ـ ق. ق.م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، ص 13.

صرّح أيضا المجلس الدستوري بعدم دستورية أحكام تقيم تمييزا، بوضعها لشرط خارج عن ذات المترشح للانتخابات، واستحداثها لشرط إضافي غير وارد في الدستور، باعتبار أن الشروط التي وضعها الدستور وردت على سبيل الحصر ولا يوجد من ضمنها ذلك الشرط، فجاء في القرار ذاته:

" كما أنه يقول أن الفقرة 3 من المادة 86 التي تنص على وجوب أن يكون زوج المترشح ذا جنسية جزائرية أصلية، والفقرة الأخيرة من هذه المادة نفسها، غير مطابقتان للدستور فيما تفرضانه من شرط خارج عن ذات المترشح وذا طابع تمييزي."

" فيما يخص المادة 108 من قانون الانتخابات التي تفرض أن يرفق التصريح بالترشيح لرئاسة الجمهورية بشهادة الجنسية الجزائرية الأصلية لزوجه... كما أن المادة 70 من الدستور، ضبطت في هذا الصدد بكيفية حصرية شروط قابلية الانتخاب لرئاسة الجمهورية... ونظرا لكون اشتراط تقديم المترشح شهادة للجنسية الجزائرية الأصلية لزوجه، لا يمكن أن يماثل إحدى كيفيات الانتخاب الرئاسي، بل يشكل في الواقع شرطا إضافيا لقابلية الانتخاب، وهو يدخل زيادة على ذلك تمييزا مضادا للأحكام الدستورية والمواثيق المذكورة أعلاه[37]."

- مبدأ التساوي في التعامل بين المترشحين للانتخابات

صرّح المجلس الدستوري بأن إعفاء رئيس الجمهورية الممارس المترشح لعهدة انتخابية أخرى من بعض الشروط المتعلقة بالترشح للانتخابات، وكذا إعفاء النائب الممارس المترشح لعهدة انتخابية أخرى من بعض شروط الترشح للانتخابات، يشكل مساسا بمبدأ التساوي في التعامل بين المترشحين، وهذا بعد أن بيّن أن المترشحون يتمتعون بنفس الحقوق ويخضعون لنفس الواجبات:

37- قرار رقم 1 - ق. ق.م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، ص 14. أنظر أيضا الرأي رقم 10/ ر. ن. د / م د /2000 أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 5، 2000، ص 16.

" ونظرا لكون نص المادة 47 التي تعترف لجميع المواطنين بحق قابلية الانتخاب، والمادة 28 من الدستور، تقر تساوي جميع المواطنين أمام القانون، فإن المترشحين لأي انتخاب يجب أن تتوافر فيهم كذلك نفس الواجبات ويتمتعوا بنفس الحقوق،

ونظرا لكون مثل هذا الإعفاء يحتمل أن يقدر أنه يمثل نقيضا لمبدأ التساوي في التعامل مع المترشحين..." [38]

- ضمان مساواة جميع المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان:

نص الدستور صراحة في المادة30 منه[39] على أن تستهدف المؤسسات ضمان مساواة المواطنين في الحقوق والواجبات، بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاجتماعية، والثقافية. استند المجلس الدستوري بطريقة ضمنية على هذه المادة، بحيث منع على المشرع وضع أيّ شرط من شأنه أن يعرقل ممارسة حق دستوري:

" نظرا لوجوب تقديم المترشح لرئاسة الجمهورية الموافقة التي حددت في المادة 110، فإن هذا يبعد عمليا كل المترشحين الخارجين عن الجمعيات ذات الطابع السياسي.

ونظرا لكون هذا الأمر ينطوي على عرقلة لممارسة حق أقرته المادة 47 من الدستور...

ونظرا لكون نص أحكام المادة 47، التي تعترف لجميع المواطنين بحق قابلية الانتخاب، والمادة 28 من الدستور، تقر تساوي جميع المواطنين أمام القانون، فإن المترشحين لأي انتخاب يجب أن تتوفر فيهم كذلك نفس الواجبات ويتمتعوا بنفس الحقوق..." . [40]

---

38 - قرار رقم 1- ق. ق.م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، ص 16.

39- تقابلها المادة 31 من دستور 1996 أعلاه.

40- القرار رقم 1 - ق. ق - م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، 1989، ص 15، 16.

أحال المجلس الدستوري صراحة في رأي لاحق له إلى أحكام المادة 31 من الدستور[41]:

" اعتبارا أن هذه الشروط... تخل بمقتضيات المادة 29 من الدستور التي تؤكد أن كل المواطنين سواسية أمام القانون وأنه لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى "... أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي "، وكذا المادة 31 من الدستور التي تجعل من هدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي... تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية..."[42]

ـ الحق في عدم التمييز :

أثار المجلس الدستوري من تلقاء نفسه أحكاما مخالفة للدستور، ويكمن سبب المخالفة في إغفال المشرع النص عن أحكام قانونية، بحيث أحدث ذلك الإغفال أوضاعا تمييزية:

" غير أن المجلس الدستوري، يلاحظ على أية حال أن نص القانون الذي عرض عليه خال من كل شرط عدم قابلية الانتخاب للمجلس الشعبي الولائي، وما هذا إلا نتيجة إغفال، لأنه في الحالة العكسية يفضي تحليله إلى تمييز بالمقارنة مع ما هو مشترط في المترشحين للمجلس الشعبية الأخرى[43]. "

41ـ المادة 30 من دستور 1989 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 89ـ18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، الجريدة الرسمية المؤرخة في أول مارس 1989، العدد 9.

42ـ رأي رقم 01ـ ر.أ. ق ؟؟/ م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 2، 1997، ص 14، 15.

43ـ القرار رقم 1 ـ ق. ق ـ م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، ص 12. أنظر أيضا القرار رقم 2ـ ق. ق ـ م د 89 أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، ص 20.

المطلب الثاني: تمكين المجلس الدستوري المواطن من التذرع بالاتفاقات الدولية أمام الجهات القضائية

انضمت وصادقت الجزائر على العديد من المواثيق والاتفاقيات التي تقر مبدأ المساواة وعدم التمييز[44].

44- أمر رقم 68- 581 مؤرخ في 13 رجب عام 1388 الموافق 15 أكتوبر سنة 1968 يتعلق بانضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى الاتفاقية المتعلقة بمحاربة التمييز في ميدان التعليم والمصادق عليها في 14 ديسمبر سنة 1960 من طرف المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة في دورتها الحادية عشرة المنعقدة بباريس من 14 نوفمبر إلى 15 ديسمبر سنة 1960، الجريدة الرسمية المؤرخة في 29 أكتوبر سنة 1968، العدد 87. المرسوم الرئاسي رقم 87- 37 مؤرخ في 4 جمادى الثانية عام 1407 الموافق 3 فبراير سنة 1987 يتضمن المصادقة على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الموافق عليه في نيروبي سنة 1981، الجريدة الرسمية المؤرخة في 4 فبراير سنة 1989، العدد 6. المرسوم الرئاسي رقم 88 - 89 مؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق 3 مايو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية لمناهضة الفصل العنصري في الألعاب الرياضية الموافق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1985، الجريدة الرسمية المؤرخة في 4 مايو سنة 1988، العدد 18. المرسوم الرئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 مايو سنة 1989 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، الجريدة الرسمية المؤرخة في 17 مايو سنة 1989، العدد 20، وتم نشر محتوى العهدين بملحق للمرسوم الرئاسي في الجريدة الرسمية المؤرخة في 26 فبراير سنة 1997، العدد 11. مرسوم رئاسي رقم 96- 51 مؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق 22 يناير سنة 1966، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية المؤرخة في 24 يناير سنة 1996، العدد 6، تم رفع التحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08- 426 مؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق 28 ديسمبر سنة 2008، يتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 29 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية المؤرخة في 21 يناير سنة 2009، العدد 5.

منح الدستور المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية مرتبة تسمو على التشريع، إذ تنص المادة 132:

" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."

يختص رئيس الجمهورية في التصديق على المعاهدات بينما تختص الحكومة في إبرام المعاهدات ذات الشكل المبسط[45]، وتم تحديد هذا الاختصاص للحكومة من قبل الدستور[46] ومن قبل التنظيم[47].

45 - Abdelmedjid DJEBBAR, La politique conventionnelle de l'Algérie, O.P.U, Alger, 2000, pp. 290 et s

46- يختص الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا) بالموافقة على الاتفاقيات التي لا تستوجب التصديق طبقا للفقرة الثانية من المادة 125 من الدستور: " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول "، فتوافق الحكومة الجزائرية على الاتفاقيات بموجب مرسوم تنفيذي بعد موافقة رئيس الجمهورية طبقا للبند 3 من المادة 85 : " يوقع المراسيم التنفيذية، بعد موافقة رئيس الجمهورية على ذلك ". لا تخضع الاتفاقيات التي تبرمها الحكومة الجزائرية قبل تعديل هذه المادة لموافقة رئيس الجمهورية.

47- تنص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 02-403 مؤرخ في 21 رمضان عام 1423 الموافق 26 نوفمبر سنة 2002، يحدد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية، الجريدة الرسمية المؤرخة في أول ديسمبر سنة 2002، العدد 79: " يعبّر وزير الشؤون الخارجية عن مواقف الجزائر ويتخذ الالتزامات الدولية باسم الدولة. ويمكن أشخاصا مفوضين قانونا من رئيس الجمهورية أو يتمتعون بسلطة مخولة من وزير الشؤون الخارجية، عند الاقتضاء، التعبير عن مواقف الدولة أو إبرام اتفاق دولي."؛ تنص المادة 11 من المرسوم ذاته: " تقوم وزارة الشؤون الخارجية، باسم الدولة الجزائرية، بقيادة المفاوضات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف وكذا تلك الجارية مع منظمات دولية. وهي مخولة لتوقيع أيّ اتفاق واتفاقيات وبروتوكولات وتنظيمات ومعاهدات. يمكن أن يعهد بقيادة التفاوض وإبرامه أو التوقيع على اتفاق إلى سلطة أخرى بموجب رسائل تفويض تعدّها وزارة الشؤون الخارجية."

أخضع المؤسس المعاهدات التي تحتاج إلى التصديق سواء تلك التي تتطلب موافقة البرلمان أو تلك التي لا تتطلب موافقته، لرقابة الدستورية الاختيارية، باستثناء اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم التي تخضع لرقابة وجوبية[48]. تندرج إذن العاهدات والاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية بين الدستور والقانون، بينما سكت المؤسس على المعاهدات ذات الشكل المبسط التي تطرح إشكالية المرتبة التي تحتلها ضمن النظام القانوني.

أكّد المجلس الدستوري في أول قرار له أن الاتفاقيات المصادق عليها والتي تم نشرها، تكتسب قوة قانونية تسمو على القوانين[49]، ويتمتع المواطن بحق التذرع بتلك الاتفاقيات أمام الجهات القضائية، وذكر المجلس الدستوري الاتفاقيات أو المواثيق التي صادقت وانضمت إليها الجزائر والتي تمنع التمييز مهما كان نوعه، لكي يقرر عدم دستورية اشتراط الجنسية الجزائرية الأصلية لزوج المترشح للانتخابات:

" ونظرا لكون المادة 28 من الدستور، تقر مبدأ تساوي المواطنين أمام القانون دون إمكانية التذرع بأي تمييز يعود سببه إلى...

ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966... والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب... فإن هذه الأدوات القانونية تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه [50]. "

48 - تنص المادة 97 من دستور 1996(تقابلها المادة 91 من دستور 1989): " يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم. ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما. ويعرضهما فورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة."

49 - طبقا للمادة 123 من دستور1989 التي تقابلها المادة 132 من دستور 1996.

50- القرار رقم1 - ق. ق - م د أعلاه، أحكام الفقه الدستوري الجزائري، رقم 1، ص 13.

أضاف المجلس الدستوري بموجب هذا القرار، إلى إجراءات التصديق على الاتفاقيات الدولية إجراء النشر[51] لكي تندرج ضمن التسلسل المتدرج للقواعد القانونية، وهو إجراء لم يشترطه الدستور. يعتبر النشر مهما بالنسبة للمعاهدات والاتفاقيات التي تكسب حقوقا وتفرض التزامات على الأفراد، بينما لا يكتسي هذا الإجراء أهمية بالنسبة للمعاهدات أو الاتفاقيات التي تخاطب الدول أو سلطاتها، إذ يفترض علم هذه الأخيرة بمحتوى الأولى، باعتبارها المكلفة بالتفاوض والتوقيع والموافقة أو التصديق عليها [52].

دعا المجلس الدستوري أيضا بمقتضى هذا القرار المحاكم لتطبيق الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر، إذ خوّل المواطن حق التذرع بها أمامها. قامت بالفعل محكمة غرداية بترجيح أحكام الاتفاقية الدولية على القانون المخالف لها، إذ قضت بعدم إمكانية تطبيق الإكراه البدني في العقود المدنية والتجارية الواردة في المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية، لترجح المحكمة المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 الذي صادقت عليه الجزائر[53]، وهو ما ذهبت إليه أيضا المحكمة العليا[54] في قضية مماثلة [55].

51ـ جبّار عبد المجيد، تأملات حول قرار المجلس الدستوري الأول فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 34، رقم 1، 1996، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 141 ـ 166.

52 - Pierre PACTET, Institutions politiques et droit constitutionnel, 4e édition, L.G.D.J, Paris, 1978, p.398.

53ـ حكم محكمة غرداية، فرع استعجالي، ملف 2002/06، فهرس 2002/12، صادر في 2002/02/11، حكم غير منشور.

54ـ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف 295653، فهرس 196، جلسة 26 فيفري 2003، نشر في مجلة المحاماة، العدد 3، ديسمبر 2005، ص 118 وما يليها.

55ـ أنظر أيضا أمثلة أخرى:

Nacira KANOUN et Tahar TALEB, De la place des traités internationaux dans l'ordonnancement juridique national en Algérie, El-Mouhamat, N° 3, Décembre 2005, pp. 05 à 39.

يرى البعض من الكتاب في قرار المجلس الدستوري الجزائري بادرة لاضطلاعه برقابة مطابقة القوانين للمعاهدات[56] . تظهر أهمية تدخل المجلس الدستوري في هذا المجال بالخصوص، لتكريس المؤسس سمو المعاهدة على القانون الذي سيؤدي لا محال لإثارة تعارض بين المبادئ التي كرسها الدستور والمبادئ الواردة في المواثيق الدولية. نص الدستور في المادة الثانية منه أن " الإسلام دين الدولة "، ومنعت المادة 9 من أن تقوم المؤسسات بالسلوك المخالف للخلق الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر[57]. لا يخفى علينا أن هذه المبادئ لا تتفق مع كل المبادئ الواردة في المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، فمبدأ المساواة بالخصوص في الإسلام ليس كذلك المعروف في الدول الغربية، فهذه المواثيق تقر المساواة بين الرجل والمرأة بينما يختفي هذا المبدأ في مجال الزواج والطلاق والميراث في الإسلام. كما قد تتعارض مبادئ قيم ثورة نوفمبر مع مبدأ المساواة وعدم التمييز بالخصوص فيما يخص التعامل مع الذين كان لهم أو لسلفهم سلوك ضد الثورة، فالقاضي سيقع في إشكالية أيطبق المعاهدة أم القانون الذي يكرس هذه المبادئ والقيم رغم أنها مبادئ وقيم دستورية.

لم يعترف المجلس الدستوري الفرنسي لنفسه بمقتضى قراريه المؤرخين في 15 جانفي 1975 و5 ماي 1998 [58]، بحق رقابة مطابقة القوانين للمعاهدات[59]. دعا بالمقابل

---

56 - Ammar GUESMI, Le contrôle de constitutionnalité en Algérie réalités et perspectives, RSJEP, vol: 19, N° 03, 1991, p. 400.

57 - البند الأخير من المادة 9: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي... - السلوك المخالف للخُلُق الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر."

58 - François LUCHAIRE, Le conseil constitutionnel, Tome 3, jurisprudence, Deuxième et troisième parties: l'Etat, 2e édition, Economica, Paris, 1999, p. 39.

59- أنظر فيما يخص الحجج التي استند إليها المجلس الدستوري الفرنسي لتبرير موقفه هذا:
François LUCHAIRE, Le conseil constitutionnel, Tome 3, jurisprudence, Deuxième et troisième parties: l'état, op.cit, p. 39; Henry ROUSSILLON, Le conseil constitutionnel, 4e édition, Dalloz, Paris, 2001, p. 68.

المجلس الدستوري المحاكم الفرنسية القضائية والإدارية إلى القيام بذلك، أي مراقبة مطابقة التشريع للمعاهدة " Le controle de la conventionalité des lois "، وهو ما قامت به محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 24 ماي 1975[60]. كانت محكمة النقض أول من تخلت بمقتضى هذا القرار عن الاجتهاد المتمثل في أولوية القانون اللاحق على المعاهدة، ثم تبعها مجلس الدولة في 20 أكتوبر 1989[61]. فبمقتضى هذا القرار، " قرار نكولو Arrêt Nicolo "، صرح مجلس الدولة الفرنسي، بأنه تطبق المعاهدات الدولية في حالة تعارضها مع القوانين الوطنية، حتى وإن كانت هذه الأخيرة لاحقة لها[62] ، ووضع بذلك حدا بشكل نهائي للمبدأ السائد، الذي كرسه القضاء الفرنسي، المتمثل في أولوية القانون اللاحق على المعاهدة[63]. تبنى المجلس الدستوري الفرنسي بدوره في مجال المنازعات الانتخابية التشريعية أولوية المعاهدات ولو كانت سابقة على القانون في قراره المؤرخ في 21 أكتوبر 1988 [64]. غيّر المجلس الدستوري الفرنسي اجتهاده المؤرخ في 15 جانفي 1975الذي رفض بمقتضاه رقابة مطابقة التشريع للمعاهدة، بقرار مؤرخ في 22 جانفي 1999، الذي يرى فيه البعض اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي لنفسه بحق رقابة مطابقة القانون للمعاهدة[65].

60 - Henry ROUSSILLON, Le conseil constitutionnel, op.cit, pp. 68, 69.

61 - Jean-François FLAUSS, Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français (1re partie), in Les petites affiches, n° 83, 10 juil. 1992, p.22.

62 - René CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, 15e édition, Montchrestien, EJA, Paris, 2001, p. 156.

63 - Jean-François FLAUSS, Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français (1re partie), op.cit, p.22.

64 - Ibid.

65 - Nöelle LENOIR, Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du conseil constitutionnel et du conseil d'état, Séminaire organisé par l'institut des hautes études internationales de l'université Panthéon-Assas, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2001, p. 29.

يعتبر اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري غير واضح حول اعتبار المعاهدات والاتفاقيات الدولية ضمن القواعد المرجعية للرقابة التي يمارسها، أي حول إمكانيته إلغاء تشريع مخالف للمعاهدة، بينما دعوته المحاكم إلى الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للمعاهدات صريح في هذا المجال.

خاتمة

حظي مبدأ المساواة وعدم التمييز بحماية مكثفة سواء في إطار النصوص القانونية الدستورية والمواثيق والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، أو من قبل المجلس الدستوري الذي كرسه في العديد من قراراته وآرائه، كما دعا المحاكم إلى تطبيق المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر وترجيحها على القانون ولكن بعد نشرها في الجريدة الرسمية. لم يُجب بالمقابل المجلس الدستوري على العديد من المسائل العالقة، كالفصل في مرتبة المعاهدات والاتفاقيات ذات الشكل المبسط، والفصل في رقابة مطابقة التشريع للمعاهدة، فرغم إحالته إلى المحاكم لتطبيقها فإن ذلك لا يحل مشكلة تعارض القانون مع المعاهدة بالنسبة لمصير هذا القانون، فهل يبقى في النظام القانوني أم يلغى. مازال أمام المجلس الدستوري الكثير في مجال حماية الحقوق والحريات العامة بالخصوص تلك المحمية بمعاهدات واتفاقيات تمت المصادقة عليها، فيتعين عليه التوفيق بين الحقوق والحريات ذات الفلسفة الغربية والفلسفة أو المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الجزائري كمبادئ الإسلام وقيم ثورة نوفمبر.

مناقشة :

ملخص أطروحة دكتوراه في القانون العام ـ فرع القانون الجنائي ـ

من إعداد الدكتور عمر خوري

نوقشت بتاريخ 10 ديسمبر 2008 بكلية الحقوق ـ بن عكنون ـ

السياسة العقابية في الجزائر

المقدمة :

يتناول الموضوع هذه الرسالة دراسة فئة من أفراد المجتمع انقطعت صلتها بهذا الأخير لفترة زمنية مؤقتة و المتمثلة في فئة المحبوسين المحكوم عليهم الذين تمت محاكمتهم و صدر في حقهم حكم بالإدانة يقضي بسلب حريتهم عن طريق إيداعهم في المؤسسات العقابية لتنفيذ العقوبات المحكوم بها عليهم.

فعلى الرغم من إبعاد المحبوسين عن المجتمع وقطع صلتهم به، فهم جزء لا يتجزأ منه لأنهم سيعودون إلى حظيرته بعد انتهاء مدة العقوبة و الإفراج عنهم.

إن نجاح السياسة العقابية يتوقف بالدرجة الأولى على أساليب وطرق المعاملة العقابية المتبعة داخل المؤسسة العقابية (كالتصنيف والرعاية الصحية والاجتماعية والعمل والتعليم والتكوين المهني والتهذيب) وخارجها (كالورش الخارجية والحرية النصفية والإفراج المشروط) وقدرها على إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين وتحقيق كل من الردع العام والخاص والحد من معدلات الجريمة في المجتمع.

وفي الجزائر لم يول الباحثون في مجال العلوم الجنائية العناية اللازمة لفئة المحبوسين، حيث أن القليل منهم تناول هذا الموضوع، هذا ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع، ونظرا للصعوبات التي وجدتها في الحصول على المراجع المتخصصة في

التشريع العقابي الجزائري، والتي تكاد أن تكون منعدمة، ولإنجاز هذه الرسالة اعتمدت بالدرجة الأولى على قانون 05 ـ 04 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المؤرخ 06 فبراير 2005 ونصوصه التطبيقية بالإضافة إلى بعض النصوص التطبيقية للأمر رقم 72 ـ 02 المؤرخ في 10 فبراير 1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين.

لقد استبعدت من دراستي المعاملة العقابية للنساء وكذا الأحداث التي تتطلب دراسة مستقلة.

أما فيما يتعلق بالمنهج المتبع في الرسالة، فلقد اتبعت المنهج التاريخي الوصفي التحليلي، لأن فكرة العقاب وطرق تنفيذه صاحبت الإنسان منذ أن وجد في هذا الكون وعبر المراحل التاريخية التي شهدت مختلف التحولات التي عرفها المجتمع.

لم تظهر السياسة العقابية بمفهومها الحديث إلا في القرن الثامن عشر عندما ظهرت العقوبات السالبة للحرية نتيجة لتغيير النظرة إلى الجاني وتغيير كذلك دور السجن الذي أتجه نحو إصلاح وإعادة تربية المحبوسين لإعادة إدماجهم اجتماعيا بعدما كان ينحصر دوره في التحفظ على المحبوسين في انتظار تنفيذ العقوبات البدنية عليهم.

يتسم موضوع الرسالة بانعدام الاجتهاد القضائي الوطني في مجال السياسة العقابية وتطبيق العقوبات السالبة للحرية حيث لم تطرح على القضاء إلى يومنا هذا أية قضية في هذا المجال.

تتمثل إشكالية هذه الرسالة في كيفية تنفيذ السياسة العقابية داخل المؤسسة العقابية. وما هي الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة العقابية من أجل إعادة تربية المحبوسين وإعادة إدماجهم في المجتمع بعد الإفراج عنهم؟ هل استفاد المحبوسون فعلا من وسائل إعادة التربية بشكل يجعلهم يشعرون بأن أصبح لهم دور ايجابي يؤدنه في المجتمع ؟

وحاولت الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الخطة المقترحة التي قسمتها على النحو التالي:

الباب الأول: تناولت فيه فلسفة السياسة العقابية الذي قسمته إلى ثلاثة فصول.

الفصل الأول: التطور التاريخي للسياسة العقابية.

الفصل الثاني: الجهود الدولية في إرساء دعائم السياسة العقابية الحديثة.

الفصل الثالث: الجزاء الجنائي.

الباب الثاني: تناولت فيه آليات تنفيذ السياسة العقابية والذي قسمته إلى أربعة فصول.

الفصل الأول: المؤسسات العقابية.

الفصل الثاني: الإشراف على تنفيذ السياسة العقابية.

الفصل الثالث: إعادة تربية المحبوسين داخل المؤسسة العقابية.

الفصل الرابع: إعادة تربية المحبوسين خارج المؤسسة العقابية.

الباب الأول ـ فلسفة السياسة العقابية

لقد ارتبط ظهور فلسفة السياسة العقابية التي تدعم حق الدولة في العقاب بالتطور الذي طرأ على المجتمعات الإنسانية وانتقالها من مرحلة بدائية إلى مرحلة التنظيم القانوني، من الأسرة إلى العشيرة ثم القبيلة ثم المدنية وأخيرا الدولة ككيان سياسي معاصر.

إن التطور الذي عرفته السياسة العقابية في مجال العقوبات وأساليب المعاملة العقابية كرد الفعل العقابي وكيفية استعمال الحق في العقاب و النظرة إلى المجرم ما كان ليقع لولا التطور الذي طرأ على فلسفة وأساس حق العقاب ذاته، هذا التطور الذي نجم عن تعدد وتنوع المدارس الفقهية في مجال الدراسات العقابية.

سأتناول في الباب الأول دراسة الفلسفة التي قامت عليها السياسة العقابية والعوامل التي ساهمت في تطورها عبر المراحل التاريخية المختلفة.

الفصل الأول ـ التطور التاريخي للسياسة العقابية

إن الحق في العقاب قديم قدم وجود الإنسان ذاته. إذا كانت الجريمة حقيقة وظاهرة إنسانية وجدت مع وجود الإنسان، غير أن رد الفعل والمتمثل في العقوبة تجاه الجريمة لم يكن يمثل استعمالا لحق الجماعة في العقاب. فرد الفعل هذا تجاه الاعتداء لا يمكن النظر إليه كعقوبة، ففعل الإنسان كان يتماثل مع ردود الأفعال الغريزية، ومن المعلوم أن هذا السلوك الغريزي لا يمكن أن يشكل عقوبة.

ولم ينشأ العقاب إلا مع ظهور الجماعة الإنسانية المنظمة، وتطور معنى السلطة في الجماعة، وكذلك تطور النظرة الدينية للمجتمع وانتقاله من مرحلة العقيدة المبنية على الأساطير إلى العقائد القائمة على دعائم سماوية وفكرية. كما أن هذا الحق قد تطور مع انتقال المجتمعات من مرحلة الزراعة إلى مرحلة الاقتصاديات الصناعية والتكنولوجيات الجديدة.

أ ـ السياسة العقابية في المجتمعات القديمة:

لقد ارتبطت العقوبة بالجريمة ذاتها، الأمر الذي يمكن معه القول بأن العقوبة لصيقة بالإنسان. ولما كان النظام العقابي يرتبط في حقيقته بمشكلة الحرية والسلطة، ولا يمكن الفصل بينهما، حيث أن وجود سلطة ذات سيادة أمر لازم لممارسة الحق في العقاب، لذا ففي المراحل الأولى للإنسانية ارتبطت فكرة العقوبة بفكرة الانتقام من الجاني.

والانتقام هذا بدأ في مرحلة أولى في صورة انتقام فردي دون تدخل من الجماعة (العائلة أو العشيرة أو القبيلة)، ثم انتقل إلى صورة انتقام ذو طابع عام الذي تولته السلطة السياسية ضد الخارجين عن الجماعة.

ولقد غلب على العقوبة في نهاية تلك الفترة الطابع الديني على إثر ظهور الديانة المسيحية والفكر الكنسي، فظهرت فكرة العقاب كهدف للتفكير من الذنب.

وفي مرحلة لاحقة أضيف إلى العقوبة هدف جديد هو تحقيق فكرة الردع لمنع وتحذير أفراد المجتمع من ارتكاب الجريمة في المستقبل. ويشمل الردع الجاني ذاته، وهذا هو

مضمون "الردع الخاص"، كما يشمل بقية أفراد الجماعة، وهذا هو مضمون "الردع العام".

لقد سادت في العصور الوسطى العقوبات البدنية كالإعدام وبتر الأعضاء والكي والجلد، حيث استعملت وسائل وطرق بشعة في تنفيذها، الأمر الذي أدى بالرأي العام إلى استنكار الأوضاع السائدة والمطالبة بالمزيد من الضمانات، فظهرت العقوبات السالبة للحرية على إثر حركة الإصلاح العقابي التي قام بها العدد من الفلاسفة والعلماء والفقهاء من أجل إرساء سياسة عقابية تهدف إلى إصلاح وتأهيل الجناة أكثر منها إلى الانتقام والإيلام والزجر.

ب ـ السياسة العقابية الحديثة:

لقد اتسم العقل الإنساني بالنمو والتطور المستمر، مما ترتب عليه ظهور اتجاهات فكرية ومذهبية وفلسفية ساهمت في تطوير مفاهيم السياسة العقابية التي كانت سائدة طيلة العصور الوسطى.

وكانت للجهود التي بذلها العديد من الفلاسفة والمفكرين، في مجال الإصلاح العقابي، أثرها المباشر في التمهيد لقيام ثورات سياسية في أوربا كالثورة الفرنسية التي يرجع إليها الفضل في تطوير النظام العقابي.

والحدود التي أشار إليها "مونتسكيو"، في مجال التجريم والعقاب، وهي ما يعرف بالمدارس العقابية، والتي حاول مؤسسوها وضع ضوابط وحدود تتقيد بها السلطة القضائية تتعلق بكيفية وأسلوب ومقدار العقوبة، مبرزة الأهداف التي ترمي إلى تحقيقها من وراء توقيع العقاب. فتنوعت وتعددت المدارس العقابية انطلاقا من القرن الثامن عشر إلى وقتنا الحالي.

ووفقا للتسلسل التاريخي، يمكن أن نميز بين المدارس التقليدية بطابعها النظري المجرد والمدرسة الوضعية بطابعها المفرط في استقراء الواقع، ثم المدارس التوفيقية، ثم المدارس المعاصرة الممثلة في حركة الدفاع الاجتماعي والاتجاه النيوكلاسيكي المعاصر.

الفصل الثاني ـ الجهود الدولية في إرساء دعائم السياسة العقابية الحديثة

إن العلاقة الموجودة بين حقوق الإنسان بصورة عامة وحقوق السجناء بصورة خاصة وبين الديمقراطية علاقة واضحة وثابتة. فالنظرة إلى المحبوسين تصبح مختلفة حسب النظام السياسي البلاد. للمحبوس حقوق يجب أن تحترم وأن تكرس بصورة فعلية.

وتعتبر الإمكانيات المادية لتطبيق ما جاءت به القواعد والمبادئ الدولية من حقوق السجين مثل الشروط الخاصة بالمناخ المادي كالأتساع في الزنازين والشروط الصحية الواجب توافرها والأكل الكافي وتقديم الخدمات الصحية والتمارين الرياضية والتكوين المهني والرعاية اللاحقة لإعانة المحبوس على الاندماج في المجتمع والابتعاد عن مواطن الإجرام، قد لا تتوافر داخل المؤسسات العقابية.

لقد اهتمت المواثيق والاتفاقيات الدولية بحماية المحبوسين من انتهاك حقوقهم الأساسية وفى مقدمتها حقهم في الحياة، وحقهم في الصحة الجسدية والنفسية والعقلية.

أ ـ على المستوى الدولي:

اعتمدت حركة الإصلاح العقابي على جهود المنظمات والمؤتمرات الدولية في إرساء دعائم السياسة العقابية الحديثة ومن أهمها الجمعية الدولية للعقاب و السجون و هيئة الأمم المتحدة. وعليه قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول الجمعية الدولية للعقاب والسجون، وفي المطلب الثاني هيئة الأمم المتحدة.

ـ الجمعية الدولية للعقاب و السجون:

عقدت هذه الجمعية مؤتمرا دوليا في لندن عام 1872 وشاركت فيه حوالي عشرون (20) دولة، حيث نوقشت فيه المشاكل التي تعوق إدارة السجون ومعاملة المساجين.

وكان من مهام هذه الجمعية جمع الوثائق والمعلومات الخاصة بطرق مكافحة الجريمة والوقاية منها، والمتعلقة بنظم السجون ومعاملة المساجين بالدول المختلفة ودراستها وإبلاغ الحكومات بنتائجها.

واقد كان مشروع قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين أحد الأعمال الجليلة التي قامت بها الجمعة الدولية للعقاب والسجون قبل إحالة أعمالها إلى منظمة الأمم المتحدة في نهاية عام 1950.

ـ هيئة الأمم المتحدة:

تعد المؤتمرات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية من أهم الوسائل التي انتهجتها هيئة الأمم المتحدة في إرساء دعائم السياسة العقابية الحديثة.

ونجيز فيما يلي أهم الاتفاقيات والعهود والإعلانات والقواعد النموذجية التي صادقت عليها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة:

1/ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.

2/ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية: أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966.

3/ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966.

4/ ميثاق منظمة الصحة العالمية:

5/ القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء:وافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة في قراره المؤرخ في 26 جويلية 1958.

6/ مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن:اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 9 ديسمبر 1988 (القرار 43/173).

7/ المبادئ الإنسانية لمعاملة السجناء: أوصى مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في هافانا، كوبا في الفترة من 28 أوت إلى 7 سبتمبر 1990، الجمعية العامة للأمم المتحدة باعتماد هذه المبادئ (قرار الجمعية العامة 45/14111 ديسمبر لعام 1990).

8/ مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين:اعتمدتها الجمعية العامة، بقرارها 196/34 في 14 ديسمبر 1979.

9/ مبادئ آداب مهنة الطب المتصلة بدور الموظفين الصحيين ولا سيما الأطباء في حماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة:اعتمدت هذه المبادئ بقرار الجمعية العامة 194/37 في 18 ديسمبر 1982 .

10/ اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة:أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1984.

11/ قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو):استجابة لتوصية مؤتمر الأمم المتحدة الثامن، اعتمدت الجمعية العامة هذه القواعد وعددها سبعة بموجب القرار رقم 45/10 لعام 1990.

12/ الإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري: أعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 47 / 133 في 18 ديسمبر 1992.

ب ـ على المستوى الإقليمي:

هناك من المصادر الدولية ماله طابع إرشادي بالنسبة للمشرع الوطني، ومن قبيل ذلك ما يصدر من اتفاقات إقليمية لا تكون الدولة بحكم موقعها الجغرافي طرفا فيها.

بحيث يمكن للمشرع أن يستعين في تنظيمه لقواعد التنفيذ العقابي بالاتفاقيات الإقليمية الصادرة عن دول الاتحاد الأوروبي ودول الاتحاد الإفريقي واتحاد دول أمريكا وجامعة الدول العربية والمتصلة عموما بحقوق الإنسان وحقوق المحبوسين.

1/ الاتفاقية الأوروبية لضمان حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادرة عن المجلس الأوروبي والموقعة بروما في 4 نوفمبر 1950 وأصبحت نافذة في 3 سبتمبر 1953.

2/ الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب:تم إجازة هذا الميثاق من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 بنيروبي (كينيا) في جوان 1981.

3/الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام 1948.اتخذه المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية بموجب القرار رقم 30.

4/ الميثاق العربي لحقوق الإنسان:اعتمده مجلس جامعة الدول العربية بموجب القرار رقم 30 في 15سبتمبر 1997.

ج - السياسة العقابية في الشريعة الإسلامية:

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة البشرية جمعاء، لما تمتاز مبادئها السامية من صلاحيتها لكل مجتمع وفي كل زمان، وإنها تمثل أعلى درجات التنظيم الاجتماعي، حيث تقوم العلاقات بين الأفراد على المحبة والمودة والعدل والامتثال لأوامرها والابتعاد على ما نهت عليه وبالتالي يكون كل مسلم آمنا على دينه ونفسه وماله وعرضه وكافة حقوقه.

وفي هذا المجال، رسمت الشريعة الإسلامية سياسة عقابية رشيدة في مكافحة الجريمة عن طريق وضع عقوبات تستمد شرعيتها وأهدافها من أحكامها، الأمر الذي اكسبها درجة كبيرة من الثبات والاستقرار.

حيث أقرت الشريعة الإسلامية العديد من المبادئ الجنائية العامة التي تحكم الجريمة والعقوبة، قبل أن تعرفها التشريعات الوضعية بقرون عديدة، من حيث النظرة إلى المجرم والأغراض من العقوبة وإقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ شخصية العقوبة، ومبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية.

لقد حددت الجرائم تبعا لجسامتها ووضعت العقوبات التي تطبق على كل جريمة، وسمحت بالعفو عن بعض الجرائم لتحقيق توبة المجرم حتى يعود إلى المجتمع فردا صالحا.

قسمت الشريعة الإسلامية الجرائم إلى:

1/جرائم الحدود: حد الزنا، حد القذف، حد السرقة، حد شرب الخمر، حد الحرابة، حد الردة، وحد البغي.

2/ جرائم القصاص.

3/ الدية.

4/ جرائم التعازير.

د ـ السياسة العقابية في الجزائر :

لقد مرت السياسة العقابية في الجزائر بأربع مراحل:

1/ مرحلة الحكم الإسلامي (701م ـ 1517م): سادت فيها الشريعة الإسلامية على يد العرب الفاتحين ابتداء من سنة 701 وهو العام الذي انتصر فيه حسان بن النعمان على الكاهنة، وقد امتدت هذه المرحلة إلى بداية الحكم التركي في الجزائر.

2/ مرحلة الحكم العثماني (1518م ـ 1830م): خلال هذه المرحلة خضعت الجزائر لحكم الدولة العثمانية، فبقيت الشريعة الإسلامية هي المطبقة بالإضافة إلى بعض الجزاءات العقابية التي جاء بها الأتراك والمتسمة بالقسوة في المعاملة العقابية والتنكيل بالمحكوم عليهم.

3/ مرحلة الاحتلال الفرنسي (1830 م ـ 1962م): من المعروف أن سياسة كل مستعمر تسعى دائما إلى القضاء وإلى إبادة كل مقومات البلد المحتل، ولقد عمل الاحتلال الفرنسي على بسط سيادته على جميع مناطق البلاد بطريق القوة، بحيث ألغيت كل المؤسسات العمومية الموجودة، وأقيم نظام استعماري تركزت دعائمه على قوانين فرنسية بحتة، مع تجاهل واقع الجزائر وتقاليدها وعاداتها.

4/ مرحلة ما بعد الاستقلال: في هذا الصدد نميز بين مرحلتين عرفتهما السياسة العقابية في الجزائر:

ـ مرحلة ما بعد الاستقلال إلى فبراير 1972: في 13 جويلية 1962 أصدر رئيس الهيئة التنفيذية المؤقتة تعليمة تضمنت مواصلة العمل بالتشريع الموروث عن الاستعمار المطبق عبر كامل التراب الوطني باستثناء ما يتعارض منه مع السيادة الوطنية، مع إبقاء تبعية السجون لوزارة العدل.

ظهر أول تنظيم هيكلي لإدارة السجون في الجزائر في 19 أبريل 1963 تحت تسمية "مديرية إدارة السجون" مكونة من أربعة مكاتب:

- مكتب النشاط الاجتماعي والرعاية اللاحقة.
- المكتب التقني لاستغلال البيانات والصفقات.
- مكتب تطبيق العقوبات.
- مكتب الموظفين والمحاسبة والميزانية.

لقد عرفت إدارة السجون توسعا ملحوظا بصدور ثاني تنظيم للإدارة المركزية لوزارة العدل في 17 نوفمبر 1965 بحيث تغيرت بموجبه تسمية "مديرية إدارة السجون" إلى "مديرية التهذيب وإعادة التأهيل الاجتماعي"، تتكون من مديريتين فرعيتين هما:

- المديرية الفرعية لتطبيق الأحكام الجزائية.
- المديرية الفرعية للأحداث الجانحين.

كما تميزت المرحلة الممتدة بين جويلية 1962 وفبراير 1972 بفراغ قانوني وتنظيمي في مجال إصلاح السجون في الجزائر كون أن النصوص القانونية المأخوذة من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لعام 1958 لم تجد مجالا لتطبيقها لانعدام القرارات التنفيذية.

- مرحلة ما بعد فبراير 1972: لقد ازداد اهتمام وزارة العدل بمسألة المعاملة العقابية ونظام السجون، فقامت بإصلاحات جذرية أصدرت على إثرها الأمر رقم 72-02 المؤرخ في 10 فبراير 1972، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين.

ظل قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين لعام 1972 مطبقا لمدة 33 سنة دون أن يطرأ عليه أي تعديل يذكر إلى أن صدر القانون رقم 05 - 04 مؤرخ في 06 فبراير 2005 يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الذي تلته عدة نصوص تطبيقية.

تهدف كل هذه القوانين إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء السياسة العقابية في الجزائر تقوم على أساس فكرة الدفاع الاجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة

لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الاجتماعي للمحبوسين. حيث يعامل المحبوسين داخل المؤسسات العقابية معاملة تصون كرامتهم الإنسانية، وتعمل على الرفع من مستواهم الفكري والمعنوي بصفة دائمة، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي.

الفصل الثالث ـ الجزاء الجنائي

بعد ثبوت الإدانة من قبل القاضي الجنائي في نهاية مرحلة المحاكمة، يجب تحديد نوع الجزاء الجنائي الملائم واجب التطبيق على المتهم كأثر حتمي لوقوع الجريمة.

لقد كشف تطور الذي عرفته السياسة العقابية عن نوعين من الجزاء الجنائي، العقوبة والتدابير الاحترازية.

فالعقوبة ظلت لمدة طويلة من التاريخ الجزاء الوحيد للجريمة. غير أنه في ظل السياسة العقابية الحديثة لا يشكل كل جزاء بالضرورة عقوبة، بل هناك صورة ثانية تتمثل في التدابير الاحترازية.

أ ـ العقوبات :

العقوبة هي جزاء يوقع باسم المجتمع يتناسب مع جسامة الجريمة ومدى خطورتها على الأفراد والممتلكات تحقيقا العدالة.

1/ مضمون العقوبة: العقوبة إيلام مقصود، العقوبة أثر حتمي للجريمة، تناسب العقوبة مع الجريمة.

2/ أغراض العقوبة: الغرض الأخلاقي للعقوبة، الغرض النفعي للعقوبة (تحقيق الردع بنوعيه).

3/ ضمانات العقوبة: شرعية العقوبة، عمومية العقوبة، قضائية العقوبة، شخصية العقوبة، تفريد العقوبة.

4/ تقسيمات العقوبة: *تقسيم العقوبات من حيث الجسامة (جنايات وجنح ومخالفات)

* تقسيم العقوبات من حيث المحل (العقوبات البدنية، العقوبات السالبة للحرية، العقوبات السالبة لحقوق،العقوبات الماسة بالاعتبار، العقوبات المالية).

* تقسيم العقوبات من حيث المدة (العقوبات المؤبدة، العقوبات المؤقتة).

* تقسيم العقوبات من حيث الأصالة:(العقوبات الأصلية، العقوبات التكميلية).

5/ إشكالية العقوبات السالبة للحرية: لقد ثار جدل فقهي حول مدى جدوى تعدد العقوبات السالبة للحرية من جهة، وإلغاء العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة أو الإبقاء عليها من جهة أخرى.

- العقوبات السالبة للحرية بين التوحيد والتعدد: انقسم الفقه العقابي إلى اتجاهين، الأول أيد فكرة التوحيد يمثله اتجاه الفقه العقابي الحديث، والثاني عارضها وهو الاتجاه التقليدي. ولكل اتجاه حججه.

لقد تأثر المشرع الجزائري بالجناح التقليدي في السياسة العقابية، فأخذ بتعدد العقوبات السالبة للحرية، حيث قسم الجرائم من حيث الجسامة إلى جنايات وجنح ومخالفات، وطبق على كل نوع عقوبات سالبة للحرية خاصة به.

- مشكلة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة: تمثل مشكلة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة أهم المشكلات التي واجهت السياسة العقابية الحديثة، لما تثيره من تعقيدات وصعوبات تتعلق بفاعلية هذه السياسة في تحقيق أغراض العقوبة المختلفة خاصة الغرض الإصلاحي والتربوي.

تواجه السياسة العقابية حاليا خلافا حادا بخصوص العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة حول الإبقاء عليها أو إلغاءها، وفي حالة الإلغاء، فما هي البدائل التي يمكن أن تحل محلها ؟

انقسم الفقه العقابي إلى اتجاهين، الأول يرى ضرورة إلغاء العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لما لها من آثار سلبية على المحبوس ومحيطه الاجتماعي، والثاني يرى ضرورة الإبقاء عليها كونها لا تخلو من مزايا تعود بالنفع على النظام العقابي. ولكل اتجاه حججه.

أما عن بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة فتتمثل فيما يلي:

- وقف تنفيذ العقوبة: يقصد به السماح للقاضي بأن يصدر حكم بالعقوبة مع تعليق تنفيذها لمده معينة، وذلك حال توافر ظروف معينة من حيث نوع الجريمة وشخصية الجاني ومدة العقوبة المحكوم بها.

- الوضع تحت الاختبار القضائي: يقصد به عدم الحكم علي المتهم بعقوبة، مع وضعه لمدة معينة تحت رقابة جهات معينة. فإذا مرت تلك المدة وفي المحكوم عليه بالالتزامات المفروضة عليه فإن الحكم الصادر بالإدانة يعتبر كأن لم يكن. أما إذا أخل بهذه الالتزامات خلال المدة فإنه يتعين استئناف إجراءات المحاكمة والحكم على المتهم بالعقوبة.

- وقف التنفيذ المقترن بالوضع تحت الاختبار: وفقا لهذا النظام، يجوز للقاضي أن يحكم بعقوبة مع إيقاف تنفيذها مدة معينة يخضع خلالها الموقوف تنفيذ العقوبة عليه لعدد من الالتزامات.

- الإعفاء من العقوبة وتأجيل النطق بها: يكون ذلك إذا توافرت حالة من الحالات التي حددها المشرع.

- نظام الحرية النصفية: يقصد به إلحاق المحبوس بعقوبة قصيرة المدة بعمل خارج المؤسسة العقابية دون إخضاعه لرقابة جهة الإدارة، مع إلزامه بالعودة إلى المؤسسة العقابية كل مساء وقضاءه فترة العطلات فيها، كل ذلك طيلة مدة العقوبة.

- العمل للمصلحة العامة: ينفذ نظام العمل للصالح العام تحت إشراف قاضي تطبيق العقوبات الذي يقع في دائرته محل إقامة المحكوم عليه. يخضع العمل للصالح العام إلى كافة الشروط التشريعية المنصوص عليها بشأن العمل عموما، المتعلقة بأوقات العمل وجوانب الأمن.

- نظام تقسيط العقوبة: لا يطبق نظام تقسيط العقوبة إلا في الجنح دون الجنايات. حيث يصدر القرار من المحكمة المختصة وليس من قاضي تطبيق العقوبات.

ـ الوضع تحت المراقبة الالكترونية: يقوم هذا النظام على أساس ترك المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة طليقا في وسطه الاجتماعي مع إخضاعه لعدد من الالتزامات ومراقبته في تنفيذها الكترونيا عن بعد.

ـ نظام البارول: يتم بمقتضاه الإفراج عن المحكوم عليه بعد قضاء فترة من العقوبة داخل المؤسسة العقابية ويبقى المفرج عنه خاضعا للمراقبة خلال فترة معينة قد تعادل الفترة المتبقية من العقوبة وقد تقل عنها.

هناك بدائل للدعوى العمومية مستحدثة لمواجهة أزمة العدالة الجنائية وتتمثل فيما يلي:

ـ شكوى المجني عليه كقيد وارد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية: أخذ بها المشرع الجزائري.

ـ الصلح الجنائي: أخذ به المشرع الجزائري.

ـ الوساطة الجنائية: يقصد بالوساطة الجنائية محاولة شخص، بناء على اتفاق الأطراف، وضع حد وإنهاء حالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة عن طريق حصول المجني عليه على تعويض عن الضرر الذي لحقه فضلا عن إعادة تأهيل الجاني. يتضح أن جوهر الوساطة هو الرضا والموافقة على تنفيذ العقوبة وتقبلها، وذلك بناء على اقتراح النيابة العامة. (أخذ به المشرع الفرنسي).

ـ التسوية الجنائية: يجوز لوكيل الجمهورية أن يقترح على الشخص البالغ الذي اعترف بارتكابه واحدة أو أكثر من الجنح المعاقب عليها كعقوبة أصلية بعقوبة الغرامة أو بعقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على 5 سنوات و كذلك عند الاقتضاء واحدة أو أكثر من المخالفات المرتبطة بهذه الجنح، وتتم التسوية الجنائية بتطبيق تدبير واحد أو أكثر من. (أخذ به المشرع الفرنسي).

ب ـ التدابير الاحترازية :

ظلت العقوبة لمدة طويلة من التاريخ تمثل الجزاء الوحيد الذي يملكه المجتمع في

مواجهة الجاني والجريمة. غير أن العقوبة لم تحقق الهدف المنتظر منها المتمثل في القضاء على الظاهرة الإجرامية، مما استوجب البحث عن صور أخرى من الجزاء تكون لها فاعلية في تحقيق أغراض الجزاء الجنائي المتنوعة. فظهرت التدابير الاحترازية كصورة جديدة من صور الجزاء الجنائي.

يقصد بالتدابير الاحترازية مجموعة الإجراءات التي يضعها المشرع من أجل مواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في الشخص والتي تنبئ عن احتمال ارتكابه جريمة في المستقبل.

- أنواع التدابير الاحترازية: لقد أخذ المشرع الجزائري بتدابير الأمن إلى جانب العقوبات مثله مثل باقي التشريعات العقابية الحديثة.

حيث نص على تدابير الأمن الشخصية في المادة 19 ق.ع.

تدابير الأمن الشخصية، تتمثل في:

- الحجز القضائي في مؤسسة نفسية.
- الوضع القضائي في مؤسسة علاجية.
- المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن.
- سقوط حقوق السلطة الأبوية كلها أو بعضها.

- تتميز التدابير الاحترازية بالخصائص التالية: شرعية التدابير، شخصية التدابير، قضائية التدابير، جبرية التدابير، الوقاية ومنع وقوع الجريمة مستقبلا، مدة التدابير غير محددة، قابلية التدابير للتعديل.

يقوم تطبيق التدابير الاحترازية، كجزاء جنائي، على فكرة الخطورة الإجرامية الكامنة في الشخص، فكلما توافرت هذه الخطورة أمكن إخضاع الجاني إلى التدابير الاحترازية بهدف لإعادة تأهيله ليتكيف من جديد مع المجتمع.

- إشكالية توقيع التدابير الاحترازية: فما مدى جواز الجمع بين العقوبة والتدبير في مرحلة التنفيذ ؟

ففي حالة توافر شروط وعناصر المسئولية الجنائية مما يستوجب توقيع العقوبة، مع توافر الخطورة الإجرامية، مما يستوجب توقيع تدبير. فهل يجوز تطبيق كل من العقوبة و التدبير على الجاني ؟

انقسمت التشريعات العقابية إلى ثلاثة آراء. والرأي الراجح أنه من الضروري تغليب أحد الجزاءين على الأخر إذا اجتمع في الجاني الخطأ والخطورة الإجرامية في وقف واحد. ففي هذه الحالة يجب تغليب الخطأ على الخطورة الإجرامية بما يوجب توقيع العقوبة دون التدبير.

الباب الثاني : آليات تنفيذ السياسة العقابية

يتوقف تنفيذ ونجاح السياسة العقابية في بلوغ هدفها المتمثل في حماية المجتمع من الجريمة عن طريق إعادة تربية المحبوسين لإعادة إدماجهم في المجتمع على مجموعة من الآليات تتمثل فيما يلي:

- إعداد و تهيئة الأماكن والمنشآت التي تنفذ فيها ونعني بها المؤسسات العقابية.
- إسناد مهمة تنفيذها إلى جهات محددة وهي الإدارة العقابية المركزية وإدارة المؤسسة العقابية، بالإضافة إلى السلطة القضائية ممثلة في شخص قاضي تطبيق العقوبات.
- توفير الوسائل المادية والبشرية الضرورية لإعادة تربية المحبوسين داخل وخارج المؤسسة العقابية من أجل إعادة الإدماج الاجتماعي.

الفصل الأول - المؤسسات العقابية

أصبحت المؤسسة العقابية، بمثابة مرفق اجتماعي مهمته، إلى جانب الدور الأمني في حراسة المحبوسين، توفر لهم نظاما تربويا يعتمد مناهج خاصة للتأهيل والتكوين لإعادة إدماجهم اجتماعيا بعد الإفراج عنهم.

أ ـ نظم الاحتباس: لقد تعددت نظم الاحتباس تبعا لعلاقة المحبوسين بعضهم البعض، بحيث كان أساس هذه النظم موضوع الجمع أم الفصل بينهم، فاختلفت في بعض الدول عنها في البعض الآخر من نظام جماعي إلى نظام انفرادي إلى نظام مختلط إلى نظام تدريجي. ولكل نظام مزاياه وعيوبه.

ب ـ أنواع المؤسسات العقابية: إن اختلاف المعاملة العقابية من فئة إلى أخرى من المحبوسين يقتضي بالضرورة اختلاف المؤسسات العقابية التي تودع فيها كل فئة. وهناك ثلاثة أنواع من المؤسسات العقابية وهي المؤسسات المغلقة والمؤسسات شبه المفتوحة والمؤسسات المفتوحة. ولكل نوع مزاياه و عيوبه.

الفصل الثاني ـ الإشراف على تنفيذ السياسة العقابية

نظرا لتعدد المؤسسات العقابية وضخامتها ولما تثيره إدارتها من مشاكل، فإن نجاح أي نظام عقابي يتوقف بالدرجة الأولى على وجود إدارة ترسم سياسة عقابية محكمة وتسهر على تجسيدها ميدانيا عن طريق تطبيقها في المؤسسات العقابية. وهذا ما يعرف "بالإشراف الإداري على تنفيذ السياسة العقابية" والذي تقوم به كل من الإدارة العقابية المركزية (المديرية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج) وإدارة المؤسسة العقابية.

فبعد أن كان دور القضاء ينحصر فقط في إصدار الأحكام في الدعاوى العمومية، امتد في ظل السياسة العقابية الحديثة إلى الإشراف على تنفيذ العقوبات المحكوم بها نهائيا، يبدأ من يوم إيداع المحبوس في المؤسسة العقابية إلى يوم الإفراج عنه. وهذا ما يعرف "بالإشراف القضائي على تنفيذ السياسة العقابية". والذي يقوم به قاضي تطبيق العقوبات.

إلى جانب الهيئات الإدارية والقضائية، هناك هيئات ذات طابع استشاري تلعب دورا كبيرا في إعادة تربية المحبوسين و إعادة إدماجهم اجتماعيا، و هي:

- اللجنة الوزارية المشتركة لتنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين و إعادة إدماجهم اجتماعيا.
- لجنة تكييف العقوبات.
- لجنة تطبيق العقوبات.

الفصل الثالث - إعادة تربية المحبوسين داخل المؤسسة العقابية

إن الغرض الأساسي الذي تستهدفه السياسة العقابية الحديثة هو تأهيل وإصلاح المحبوس وإعادته للمجتمع مواطنا صالحا. فإعادة الإدماج الاجتماعي وما يرتبط بها من أساليب المعاملة العقابية المطبقة داخل المؤسسة العقابية ليس التزاما تفرضه الدولة على المحبوس، ولكنه حق له قبل الدولة.

لم يعد تنفيذ العقوبة السالبة للحرية مجرد إجراء يتم بواسطته التحفظ على المحبوس مدة العقوبة، بل أصبح، في ظل السياسة العقابية الحديثة، منهاجا يطبق وفق أصول علمية و فنية.

لبلوغ هذه الغاية، يجب إجراء فحص دقيق وعميق لشخصية السجين ومحاولة التعرف على العوامل التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة ومن ثم اختيار الأسلوب المناسب ووضع المحكوم عليه في المؤسسة العقابية المناسبة، بحيث تستخدم الإدارة العقابية الأساليب الملائمة التي تشتمل على التهذيب الخلقي والديني و التعليم والتكوين المهني والرعاية الصحية والاجتماعية والإرشادات الخاصة بالعمل العقابي والتربية البدنية، وإبقاء صلة المحبوس بالعالم الخارجي قائمة، من أجل تقوية الصفات الخلقية وتحضيره لإعادة الإدماج في المجتمع بعد الإفراج النهائي.

غير أن هناك عراقيل تقف عائقا في تطبيق عملية إعادة تربية المحبوسين داخل المؤسسات العقابية على أكمل وجه، أهمها وأخطرها مشكلة الاكتظاظ.

الفصل الرابع ـ إعادة تربية المحبوسين خارج المؤسسة العقابية

لتجنب انتقال المحبوس المفرج عنه نهائيا المفاجئ من المؤسسة العقابية إلى الحياة الحرة، مما يصعب معه الاندماج في المجتمع، اعتمدت السياسة العقابية الحديثة نظم أخرى، لا توجد فيها عوائق مادية، حيث لا يوضع فيها إلا المحبوسون الذين هم محل ثقة وجديرون بتحمل المسؤولية، والتي عرفت بالنظم القائمة على الثقة. هذه النظم هي الورشات الخارجية والحرية النصفية ومؤسسة البيئة المفتوحة والإفراج المشروط والرعاية اللاحقة.

ـ الورشات الخارجية: يقصد بنظام الورشات الخارجية، قيام المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعمل ضمن فرق خارج المؤسسة العقابية، تحت مراقبة إدارة السجون لحساب الهيئات والمؤسسات العمومية.

يمكن تخصيص اليد العاملة من المحبوسين ضمن نفس الشروط، للعمل في المؤسسات الخاصة التي تساهم في إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة.

ويتم الوضع المحبوس في نظام الورشات الخارجية بموجب مقرر من قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات التابعة للمؤسسة العقابية.

ـ الحرية النصفية: يقصد بنظام الحرية النصفية، وضع المحبوس المحكوم عليه نهائيا خارج المؤسسة خلال النهار منفردا ودون حراسة أو رقابة الإدارة ليعود إليها مساء كل يوم. تمنح الاستفادة من نظام الحرية النصفية للمحبوس، لتمكينه من تأدية عمل أو مزاولة دروس في التعليم العام أو التقني، أو متابعة دراسات عليا أو تكوين مهني.

يتم الوضع المحبوس في نظام الورشات الخارجية بموجب مقرر من قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات التابعة للمؤسسة العقابية.

ـ مؤسسة البيئة المفتوحة: تتخذ مؤسسات البيئة المفتوحة شكل مراكز ذات طابع فلاحي أو حرفي أو خدماتي، أو ذات منفعة عامة، وتتميز بتشغيل وإيواء المحبوسين بعين المكان.

يتم الوضع المحبوس في نظام الورشات الخارجية بموجب مقرر من قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات التابعة للمؤسسة العقابية.

- التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة: لا يمكن الاستفادة من التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة إلا إذا كان باقي العقوبة المحكوم بها على المحبوس يقل عن سنة واحدة أو يساويها وإذا توافر أحد الأسباب التالية:

وفاة أحد أفراد عائلة المحبوس، إصابة أحد أفراد عائلة المحبوس بمرض خطير، وأثبت المحبوس بأنه المتكفل الوحيد بالعائلة، التحضير للمشاركة في امتحان، احتباس الزوج أيضا، خضوع المحبوس لعلاج طبي خاص.

- الإفراج المشروط: الأصل أن عملية إعادة تربية المحبوسين تتم داخل المؤسسة العقابية. غير أن هناك أساليب أخرى تنفذ خارج المؤسسة العقابية تستهدف نفس الغاية، حيث يتم الإفراج على المحبوس الذي قضى مدة معينة من العقوبة السالبة للحرية مكافأة لما أثبته من حسن السلوك والسيرة داخل المؤسسة، مما يدعو إلى الثقة به وذلك بإعفائه من تنفيذ المدة المتبقية من العقوبة داخل المؤسسة العقابية وهو ما يعرف بالإفراج المشروط.

للاستفادة من الإفراج المشروط، لابد من توافر شروط تتعلق بالمحبوس وشروط تتعلق بمدة العقوبة وشروط شكلية.

إذا توافرت هذه الشروط، يخضع المحبوس المستفيد من الإفراج المشروط إلى نوعين من الالتزامات، التزامات عامة وأخرى خاصة.

يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإرسال طلب الإفراج المشروط إلى لجنة تطبيق العقوبات التابعة المؤسسة العقابية، إذا كان باقي العقوبة يساوي 24 شهرا أو أقل، أو إلى لجنة تكييف العقوبات بوزارة العدل، إذا كان باقي العقوبة أكثر من 24 شهرا، تقوم اللجنة المعنية بدراسة الملف. وبعدها يصدر قاضي تطبيق العقوبات مقرر الإفراج المشروط إذا كان باقي العقوبة يساوي 24 شهرا أو أقل أو وزير العدل إذا كان باقي العقوبة أكثر من 24شهرا.

إذا مضت مدة الاختبار وهي النصف أو الثلث بالنسبة للعقوبة المؤقتة أو 05 سنوات بالنسبة للعقوبة المؤبدة دون أن يخل المفرج عنه بشرط بالتزاماته العامة والخاصة وخضع لكل تدابير الرقابة والمساعدة التي تضمنها مقرر الإفراج المشروط، تحول الإفراج المشروط إلى إفراج نهائي باعتبار أن الغرض منه قد تحقق وهو إعادة تربية وإصلاح المحبوس وإعادة اندماجه في الحياة الاجتماعية والمهنية.

- الرعاية اللاحقة: إن الإفراج على المحبوس بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه لا يعني بالضرورة شفاؤه التام من مرض الانحراف الإجرامي و عدم عودته إلى الجريمة.

وهذا يقودنا إلى حقيقة هامة وهي ضرورة استكمال علاج المفرج عنه بوسائل جديدة مختلفة عن تلك المطبقة داخل المؤسسة العقابية، ومن هنا جاءت فكرة الرعاية اللاحقة للمفرج عنهم حيث أخذت بها جميع تشريعات دول العالم، فيكاد لا يخلو تشريع من التشريعات العقابية من فقرات تختص ببرامج الرعاية اللاحقة.

لقد استحدث المشرع الجزائري نظام الرعاية اللاحقة للمحبوسين المفرج عنهم بموجب قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين لعام 2005 في الفصل الثالث من الباب الرابع منه تحت عنوان" إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين".

الخاتمة :

إن العمل على إصلاح الأوضاع داخل مؤسساتنا العقابية وضمان توفير شروط احترام كرامة المحبوسين وحقوقهم في الإصلاح وإعادة التربية و خاصة الرعاية اللاحقة بعد الإفراج النهائي، يستدعى أن تتغير نظرة المجتمع المدني إلى المؤسسة العقابية واعتبارها مؤسسة تربوية وإصلاحية لها دورها الفعال في خدمة المجتمع كباقي المؤسسات الأخرى. .

غير أن عامل الاكتظاظ يعد المشكل الرئيسي الذي تعاني منه المؤسسات العقابية في الجزائر، حيث يقف عائقا أمام تطبيق برامج إعادة تربية المحبوسين التي أعدتها إدارة المؤسسة العقابية لإعادة إدماج المحبوسين في المجتمع من جديد ليصبحوا أفرادا صالحين يحترمون القانون وعدم عودتهم إلى الجريمة مرة أخرى.

لذلك أقترح مجموعة من الحلول أعتبرها ضرورية لمد يد المساعدة للقائمين على تطبيق السياسة العقابية للتقليل من ظاهرة الاكتظاظ:

- التقليل من اللجوء إلى الحبس المؤقت مع الإسراع بالفصل في قضايا المتهمين المحبوسين مؤقتا.

- تمكين القاضي الجنائي من الحكم بالغرامة مع إحدى العقوبات التكميلية الواردة في المادة 09 من قانون العقوبات دون اللجوء إلى العقوبات السالبة للحرية في مواد الجنح والمخالفات.

- اللجوء إلى بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة الأقل من سنة واحدة السالفة الذكر.

- إعادة النظر في شروط الاستفادة من نظام الورشات الخارجية و الحرية النصفية و مؤسسة البيئة المفتوحة والتوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة و الإفراج المشروط.

أما بالنسبة للمقررات التي يصدرها قاضي تطبيق العقوبات والمتعلقة بقبول استفادة المحبوسين من الورشات الخارجية و التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبات أو رفضها

والقابلة للطعن فيها أمام لجنة تكييف العقوبات على مستوى وزارة العدل، نقترح إنشاء ما يسمى بـ "غرفة تطبيق العقوبات" على مستوى كل مجلس قضائي، مهمتها الأساسية النظر والفصل في الطعون في مقررات التي يصدرها قاضي تطبيق العقوبات.

والله ولي التوفيق

طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية
وحدة الرغاية الجزائر
2009
Achevé d'imprimer sur les presses
ENAG, Réghaïa
- Algérie -
Bp. 75 Z.I. Réghaïa Tél. : (021) 84 85 98/84 86 11

جامعة الجزائر
كلية الحقوق

المجلة الجزائرية

للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية

في هذا العدد :

– دور اللجان الوطنية للقانون الدولي الإنساني
– الدور الجديد لمجلس حقوق الإنسان
– مرجعية تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية
– الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال
– مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية
– تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لبعض التشريعات الوطنية
– عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
– التمييز الإيجابي والشريعة الإسلامية
– قياس الفساد وتحليل ميكانيزمات مكافحته - دراسة اقتصادية حول الجزائر-
– التعاون الأمني الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة
– قمع الإرهاب النووي على ضوء إتفاقية 14 سبتمبر2005
– متطلبات نجاح إتفاق الشراكة الأوروجزائري
– مراقبة الهاتف
– بطاقات الوفاء كوسيلة الدفع الالكتروني

ISSN:0035-0699

عدد 2009/02