

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



المركز الجامعي بأفلو

معهد الحقوق والعلوم السياسية



مجلة المستقبل

للدسات القانونية والسياسية

مجلة دورية دولية محكمة



مجلة: المستقبل للدراسات القانونية والسياسية .

مجلة دورية علمية دولية محكمة تصدر كل ستة أشهر
مع إمكانية نشر أعداد خاصة دونما اعتبار للمدة القانونية
للإصدار.

تتم بنشر البحوث و الدراسات العلمية
في ميدان الحقوق و العلوم السياسية.

تصدر عن معهد الحقوق و العلوم السياسية
المركز الجامعي آفلو - الجزائر .

التقديم الدولي : 2543-3865

العدد الرابع (04) ديسمبر 2018

هيئة التحرير :

الأستاذ : مخلوف ترحم الأستاذ : عمر زغودي

الأستاذ : ياسين عبد الله غفافية الأستاذ : يوسف ميقرين

الأستاذ : محمد بعاج الأستاذ : الموان شربالي

الأستاذ : الحاج عيسى بن عمر الأستاذ : الشريف ورنيفي

الأستاذ : محي الدين حرشاوي

أمانة التحرير :

السيد : عبد القادر خريب

المركز الجامعي بأفلو

المدير الشرفي للمجلة :

الدكتور : عبد الكريم طهاري

مدير المركز الجامعي

مدير المجلة :

الدكتور : عيسى جعيرن

رئيس التحرير :

الدكتور : علي عثمان

مسؤول النشر :

الأستاذ : محمد عوية

العنوان و المراسلات :

المركز الجامعي آفلو ص.ب 306

الهاتف : 029.16.11.76

البريد الإلكتروني للمجلة :

mostakbalaflou@gmail.com

الموقع الإلكتروني للمجلة :

www.cu-aflou.dz

الهيئة العلمية والإستشارية للمجلة :



من داخل الوطن :

الأستاذ الدكتور الهادي خضراوي	جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور رزق الله العربي بن محمدي	جامعة الأغواط
الأستاذ الدكتور الدكتور الطاهر برايك	جامعة الأغواط	الأستاذ الدكتور أسعد المحاسن لحرش	جامعة الجلفة
الأستاذ الدكتور عبد الوهاب مخلوفي	جامعة باتنة 1	الأستاذ الدكتور لخضر زازة.	جامعة الأغواط
الأستاذ الدكتور محمد الأمين بن الزين	جامعة الجزائر 1	الأستاذ الدكتور ميلوى زين	جامعة سيدي بلعباس
الأستاذة الدكتورة إقلولي / أولدراج صافية	جامعة تيزي وزو	الأستاذ الدكتور راقيدي عبد الله	جامعة باتنة 1
الأستاذ الدكتور بن شهرة الشول	جامعة غرداية	الأستاذ الدكتور عبد المنعم بن أحمد	جامعة الجلفة
الدكتور عيسى جعيرن	المركز الجامعي آفلو	الدكتورة قسوري فهيمة	جامعة باتنة 1
الدكتور شوقي النذير	المركز الجامعي تمنراست	الدكتور بلقاسم بريشي	المركز الجامعي آفلو
الدكتور عطالله التاج	جامعة الأغواط	الدكتور لخضر راجحي	جامعة الأغواط
الدكتورة مباركة يوسف	جامعة الأغواط	الدكتور عبد الحليم بوقرين	جامعة الأغواط
الدكتور عمار زعبي	جامعة وادي سوف	الدكتور أحمد بن عيسى	جامعة سعيدة
الدكتور شوقي النذير	المركز الجامعي تمنراست	الدكتور عيسى لحاق	جامعة الأغواط
الدكتور بوعيشة بوغفالة	جامعة الأغواط	الدكتور الحاج بن أحمد	جامعة سعيدة
الدكتور مراد بن حرز الله	المركز الجامعي تندوف	الدكتور بلقاسم ديدوني	جامعة الأغواط
الدكتور وليد ثابتي	جامعة باتنة 1	الدكتورة فاطمة الزهراء غريبي	جامعة الأغواط
الدكتور محمد الأمين كمال	جامعة تيارت	الدكتور مراد بلكعبيات	جامعة الاغواط
الدكتور مصطفى قزران	المركز الجامعي آفلو	الدكتور زبيري بن قويدر	جامعة الاغواط
الدكتور لزه عبد العزيز	جامعة الأغواط	الدكتورة فاطمة الزهراء عكاكة	جامعة الأغواط
الدكتور لخضر بن عطية	جامعة الأغواط	الدكتور علي عثماني	المركز الجامعي آفلو
الدكتور البشير جعيرن	المركز الجامعي آفلو	الدكتور محمد ذيب	جامعة الأغواط
الدكتور أحمد كربوش	المركز الجامعي آفلو	الدكتور الحاج عيسى بن صالح	جامعة الأغواط
الدكتور مراد قريبيز	جامعة الأغواط	الدكتور الطيب بلواضح	جامعة المسيلة
الدكتور الأمين سويقات	جامعة ورقلة	الدكتور أحمد التجاني بوزيدي	جامعة الأغواط
الدكتورة عومرية حساين	المركز الجامعي آفلو	الدكتور نور الدين يوسف	جامعة بسكرة
الدكتور عبد المالك الدح.	جامعة الأغواط	الدكتور محمد محبوبي	جامعة الأغواط

من خارج الوطن

الدكتور أحمد عبدالصبور الدجاوي	جمهورية مصر العربية	الدكتور عامر الكبيسي	المملكة العربية السعودية
الدكتور مراد بن الصغير	الشارقة (الإمارات العربية المتحدة)	الدكتور مشاري خليفة عبدالله العيفان	الكويت
الدكتورة زرارة عواطف	الشارقة (الإمارات العربية المتحدة)	الدكتور فارس مناحي سعود المطيري	الكويت

المراجعة والتدقيق اللغوي

الدكتور : الوكال زرارقة - الدكتور : الميهوب جعيرن - الدكتور : بولرباح عثماني



شروط و قواعد النشر بالمجلة :

- يجب أن يتسم المقال بالجدية و الأصالة مُتبعًا الباحث الخطوات المنهجية و العلمية المتعارف للمقال، و أن لا يكون قد سبق نشره أو إرساله إلى مجلة أخرى و أن لا يكون المقال مقتطع من رسالة الماجستير أو أطروحة الدكتوراه .

- أن يُرسل صاحب المقال سيرته الذاتية باختصار تتضمن اسمه و لقبه و درجته العلمية و الجهة العلمية المنتسب إليها و عنوانه البريدي و عنوانه الإلكتروني و رقم هاتفه ، مع إرفاق المقال بمخلص باللغة العربية و آخر بلغة أجنبية على أن لا يتجاوز الملخص خمسة أسطر ، مع إدراج الكلمات المفتاحية .

- أن يكون المقال محرر بآلة الكمبيوتر على صيغة (word) نوع الخط Traditional Arabic حجم 18 باللغة العربية و الهوامش خط Times New Roman حجم 12 باللغة العربية وحجم 10 بالنسبة للغة الفرنسية و تحرير المقال باللغة الفرنسية يكون بنوع خط Times New Roman حجم 14 . مع احترام حواف الصفحة (أعلى 2 سم) . (أسفل 2 سم) . (اليمين 3 سم) . (اليسار 2 سم) مع اعتماد 01 سم ما بين الأسطر ، على أن لا يتجاوز عدد صفحات المقال 25 صفحة بما في ذلك المصادر و المراجع و الملاحق و أن لا يقل عن 15 صفحة. مع إلزام الباحث بكتابة المقال وفق النموذج doc الموجود في الموقع الإلكتروني للمركز الجامعي بأفلو .

- هوامش المقال تكون في أسفل كل صفحة و ترتب المصادر و المراجع في آخر المقال وفق القواعد المنهجية المتعارف عليها .
- يُقدّم البحث مطبوعا في شكل ثلاث نسخ ورقية مرفوقة بقرص مضغوط cd ، أو يرسل المقال عن طريق البريد الإلكتروني للمجلة.

- تخضع جميع المقالات الواردة إلى المجلة للتحكيم من قبل الهيئة العلمية للمجلة و كذا لجنة القراءة .

- كل مقال مُرسل إلى المجلة و لم يُحترم قواعد و شروط النشر لا يتم نشره .

*****ملاحظة :**

- تخضع عملية ترتيب المقالات لاعتبارات فنية .

- المقالات المرسلة للمجلة تعبر عن آراء أصحابها و لا تعبر عن رأي المجلة.

- توجه جميع المراسلات : إلى السيد رئيس تحرير مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية

عن طريق البريد الإلكتروني : mostakbalaflo@gmail.com



فهرس الموضوعات

ص 001	العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري الأستاذ الدكتور : سمير شعبان جامعة باتنة1 الدكتور : عمار شرقي جامعة الجزائر1
ص 025	دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان. الأستاذة نصيرة لوني - جامعة البويرة .
ص 048	العقار كآلية لجذب الإستثمار الدكتور : بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو الدكتور : الطاهر بن قويدر - جامعة الأغواط
ص 068	الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته. الأستاذ سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس
ص 082	مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية. الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي أفلو
ص 104	المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية الأستاذ: عبد الحميد شطة - المركز الجامعي أفلو الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط
ص 119	إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية الأستاذ: محمد ديب - جامعة تلمسان



ص 152	الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري الأستاذ: منير عمارة- جامعة تلمسان
ص 167	أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان الأستاذة: سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو.
ص 197	ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الدكتور: علي عثمانى - المركز الجامعي آفلو. الأستاذ: يوسف ميغارين- المركز الجامعي آفلو.
ص 214	Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique EL ARABI Afaf Doctorante à Université Oran 2 -

ملاحظة :

* جميع المقالات المنشورة تُعبّر عن رأي أصحابها ولا تُعبّر عن رأي المجلة .

* تتبرأ المجلة من أية سرقات علمية أو إقتباسات غير مُسندة إلى أصحابها أو غير مُهمّشة.

كلمة العدد

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين ،

الحمد لله تبارك و تعالى و بتوفيق منه، تم إصدار العدد الرابع من مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية ديسمبر 2018 ، هذا العدد الذي يتميز حقيقة عن سابقه هو إقبال العديد من الباحثين من داخل المركز الجامعي بآفلو أو خارجه ، في نشر مقالاتهم و بحوثهم التي شملت مُختلف الإشكالات المثارة سيما في القانون العام و القانون الخاص و كذا العلوم السياسية .

هذا و نغتنم هذه الفرصة لتتوجه بعبارات الشكر و التقدير للهيئة العلمية الإستشارية للمجلة على ما يبذلونه من جهد من خلال تحكيم للمقالات و البحوث الواردة للمجلة .
و نتقدم بشكرنا و تقديرنا لفضيلة الأستاذ الدكتور " عبد الكريم طهاري " مدير المركز الجامعي بآفلو على اهتمامه بالمجلة و دعمه المتواصل لها .

و جزيل الامتنان إلى الدكتور " يوسف البية " المدير المساعد المكلف بما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية على توجيهاته .

كما نُثمن المجهودات الجبارة التي تقوم بها هيئة تحرير المجلة و على رأسهم الدكتور " علي عثمانى " رئيس تحرير مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية.

الدكتور : عيسى جعيرن

مدير معهد الحقوق و العلوم السياسية

المركز الجامعي آفلو

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان جامعة باتنة1

الدكتور: عمار شرقي جامعة الجزائر1

تاريخ الإستلام: 04 أكتوبر 2018 تاريخ القبول للنشر: 22 نوفمبر 2018

ملخص :

تحاول هذه الورقة البحثية تسليط الضوء على السياسة الجزائية للمشرع الجزائري في مجال العقوبات التكميلية التي وضعها قانون المرور في إطار معالجة المخالفات و الجرائم المرورية، حيث تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مطالب، يعالج الأول الاحتفاظ برخصة السياقة بعد ارتكاب المخالفة المرورية، حيث قسم إلى فرعين تناول الأول الاحتفاظ الفوري لمدة لا تتجاوز العشرة أيام دون المساس بقدرة قائد المركبة على السياقة، و في الفرع الثاني فتناول الاحتفاظ برخصة السياقة للمدة التي تحددها لجنة تعليق رخصة السياقة بعد دراسة نوع و درجة المخالفة المرتكبة مع توقيف القدرة على السياقة في أجل 48 ساعة، أما المطلب الثاني فركز على تعليق رخصة السياقة و ذلك من خلال فرعين، تناول الأول تعليق رخصة السياقة ضمن أحكام القانون 03-09، أما الفرع الثاني فتناول تعليق رخصة السياقة ضمن أحكام قانون المرور 17-05، و أخيرا فتناول المطلب الثالث إلغاء رخصة السياقة، حيث تناول الفرع الأول من هذا المطلب إلغاء رخصة السياقة بقرار اداري، أما الفرع الثاني فتناول إلغاءها بحكم قضائي.

حيث خلصت الدراسة في الأخير إلى استيضاح بعض الثغرات التي يجب على المشرع الجزائري العمل على استدراكها من أجل تمكين قانون المرور من معالجة فعالة لقضايا هذا النوع من الجرائم المرورية.

الكلمات المفتاحية: سحب رخصة السياقة - الجريمة المرورية - الجرح المرورية - قانون المرور

المخالفات المرورية- الرخصة بالنقاط.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

Summary:

This article tries to shed light on the Algerian legislature penal policy in the field of supplementary punishments set by the traffic law ; in the context of dealing with offenses and traffic offenses.

The study was split into three claimants , the first claimant deals with the retention of driver's license after the traffic offense, the First part deals with the immediate retention for a period not exceeding 10 days without prejudice to the ability of the vehicle commander on driving, and in the second part the retention of driver's license is determined by the Committee on the suspension of a driver's license after studying the type and degree of the offense committed .As a result, a disqualification from driving capacity is applied in a delay of 48 hours.

The second claimant focused on revoking the driver's license in its two parts , the first deals with the suspension of a driver's license under the provisions of Law 03-09, the second part of the claimant is revoking the driver's license under the provisions of the Traffic Law 13-03, Finally the third claimant is to cancel the driver's license in both parts of this claimant ; the first is to cancel it by an administrative decision and the second is to cancel it by a court judgement .

To conclude ,this study was aimed to clarify some gaps in which the Algerian legislature must work on so that the Traffic law can handle effectively issues of this type of traffic offenses.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

مقدمة:

تنتهج التشريعات أثناء رسمها للسياسات الجنائية التي تهدف لمواجهة الجريمة إقرار عقوبات أصلية وتعززها بعقوبات تكميلية، من أجل ردع فعال للمجرمين والتقليل قدر الإمكان من انتشار الجريمة في المجتمع، فلا يمكن اعتبار العقوبات السالبة للحرية و العقوبات المالية أو ما يصطلح عليها بالعقوبات الأصلية التي تتناولها أحكام قانون العقوبات رادعا لوحدها، بل تضمن قانون العقوبات الجزائري على غرار التشريعات العقابية الأخرى العديد من الأحكام التي خصت العقوبات التكميلية العامة، حيث جاء في فصله الثالث من الباب الأول الخاص بالعقوبات المطبقة على الأشخاص الطبيعيين والذي تضمنه الكتاب الأول المتعلق بالعقوبات وتدابير الأمن (المواد من 9 إلى 18) بالعديد من العقوبات التكميلية المتعددة والمتنوعة¹، فجزء منها ذو طبيعة مالية و جزء آخر ذو طبيعة تأديبية و جزء آخر ذو طبيعة مقيدة للحرية، حيث تهدف في مجملها للوصول إلى تحقيق المزيد من مميزات الردع و الإصلاح و الوقاية من تلك الجريمة المرتكبة في المستقبل.

وهذه الصبغة الوقائية جعلت بعض شراح القانون يعتبرون العقوبات التكميلية مجرد تدابير وقائية ويبحثون في موضوعها على أنها تدابير وقائية لا غير، إلا أن هذا الموقف لا يتماشى مع الطبيعة المزدوجة التي تتمتع بها هذه العقوبات ولا مع التكييف القانوني لها، فبالإضافة لدورها الوقائي، تقوم أيضا بدور زجري وردعي نظرا لما تؤدي إليه من إيذاء بالمحكوم عليه بها².

¹ - تنص المادة 9 معدلة من قانون العقوبات الجزائري على أن "العقوبات التكميلية هي:

1- الحجر القانوني؛ 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية؛ 3- تحديد الإقامة؛ 4- المنع من الإقامة؛ 5- المصادرة الجزئية للأموال؛ 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط؛ 7- إغلاق المؤسسة؛ 8- الإقصاء من الصفقات العمومية؛ 9- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع؛ 10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة؛ 11- سحب جواز السفر؛ 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار إدانة."

² - فرج القصير: القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 247 و 248.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

وتُعرّف العقوبات التكميلية بأنها "عقوبات" تضاف إلى العقوبة الأصلية³، كما تُعرّف بأنها "عقوبة إضافية أو ثانوية، تتضمن الانتقال من الحقوق المدنية والسياسية أو الوطنية وبعض الحقوق الأخرى التي يُقدّر المشرّع مدى ضرورة القضاء بها على المحكوم عليه"⁴.

وعلى هذا الأساس، يبدو جلياً من خلال هذه المفاهيم أنّ العقوبات التكميلية هي العقوبات التي تلحق العقوبة الأصلية المحكوم بها على الجاني بعد ارتكابه لجناية أو لجنحة، فيقضي بها القاضي الجزائري بحسب ما يقرره القانون، أي أنه لا يمكن القضاء بها بمفردها وإنما تلحق بعقوبة أصلية بحكم القاضي⁵، فمرةً يقضي بها بصفة إجبارية في قضائه كالحجر القانوني، أو الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والسياسية، وأخرى يقضي بها بصفة اختيارية في بقية العقوبات المقررة في قانون العقوبات.

غير أن هناك نوع آخر من العقوبات التكميلية الخاصة و التي وقع التنصيص عليها خارج قانون العقوبات ضمن أحكام قوانين خاصة أو تضمنها قانون العقوبات ثم جاءت في قوانين خاصة أكثر دقة وتفصيلاً على غرار قانون الصحة، الضرائب، القوانين العسكرية و قانون المرور الذي هو محل دراستنا هذه.

وعلى هذا الأساس يمكن التطرق للعقوبات التكميلية التي أقرّها قانون المرور الجزائري للسائق الذي ارتكب بمركبته أحد المخالفات المرورية عموماً وتلك التي نتج عنها جرمي القتل الخطأ والجرح الخطأ خصوصاً، فزيادةً على ما هو منصوص عليه من عقوبات أصلية تضمنتها أحكام المواد 288

³- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص241.

⁴- عبد الله أوهايبية: شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص375، 376.

⁵- محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ط1، بيروت، لبنان، 1986، ص 496.

العقوبات التكشيلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

و289 من قانون العقوبات و المواد من 67 إلى 91 من قانون المرور الجزائري⁶، و التي تمس بالأساس رخصة السياقة، وما يمكن أن تتعرض له من قرارات تؤدي إلى: الاحتفاظ بها أو تعليقها أو إلغائها.

علما أن التعديل و التتميم الجديد الذي طرأ على قانون المرور الجزائري بصدر القانون رقم 05-17 المؤرخ في 16 فيفري 2017، المعدل و المتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق و سلامتها و أمنها، قد أحدث العديد من التعديلات خصوصا بالنسبة للقسم الثالث من الفصل السادس و المتعلقة بالعقوبات التكميلية الخاصة بكيفيات تسيير رخصة السياقة، كما أدى إلى إلغاء أحكام بعض المواد، إلا أنه أبقى العمل، بصفة انتقالية بالأحكام المتعلقة بكيفيات تسيير رخصة السياقة إلى غاية التجسيد الفعلي لنظام الرخصة بالنقاط و هذا دون تحديد أجل لذلك. و عليه فستتناول دراسة هذا المبحث بالاعتماد على ما هو مطبق حاليا من الأحكام و التطرق في نفس الوقت للأحكام الجديدة التي لا يمكن تطبيقها لغاية التجسيد الفعلي لنظام رخصة السياقة بالنقاط.

و على ضوء ما تقدم، ستحاول هذه الدراسة شرح و تحليل الجزاءات التكميلية المقررة في قانون المرور الجزائري للجريمة المرورية المفضية للإصابة و الجرح الخطأ سواء كانت تحفظية (المطلب الأول) مؤقتة (المطلب الثاني)، أو نهائية (المطلب الثالث)، و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الاحتفاظ برخصة السياقة

المطلب الثاني: تعليق رخصة السياقة.

المطلب الثالث: إلغاء رخصة السياقة

⁶ - الأمر رقم 03-09، المؤرخ في 22 جويلية 2009، المعدل و المتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق و سلامتها و أمنها.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

المطلب الأول: الاحتفاظ برخصة السياقة.

لقد نص قانون المرور الجزائري على الإجراء القاضي بالاحتفاظ برخصة السياقة بصفة عامة خصوصا ما تعلق منها بالمخالفات البسيطة متى عاين الأعوان "المؤهون لذلك قانونا" ارتكاب أي سائق لمخالفة من المخالفات المذكورة في قانون المرور.

وقد بينت دراسة السلطات المخولة للسلطة الإدارية في مجال المرور أن ردع السلوكات المنحرفة أثناء السياقة هي مهمة أصيلة للإدارة و تدخل ضمن صميم صلاحياتها، فالقاضي يتدخل بشكل عرضي في حال المخالفات الجسيمة و لكن بعد صدور قرار إداري بخصوص رخصة السياقة⁷.

و يعتبر الاحتفاظ برخصة السياقة في هذه الحالة إجراء إداريا بحتا، حيث يأخذ أحد الصورتين

التاليتين:

الفرع الأول: الاحتفاظ الفوري للرخصة لمدة لا تتجاوز 10 أيام.

حيث نصت المادة 92 من قانون المرور على أنه " في حالة ارتكاب مخالفات يعاينها قانونا الأعوان المؤهلون، يجب أن تكون رخصة السياقة في جميع الحالات، موضوع احتفاظ طبقا للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون."، و يعتبر هذا الإجراء الذي يقوم به أعوان الشرطة أو الدرك الوطني إجراء تحفظيا فوريا، شريطة تسديد سائق المركبة مُرتكب المخالفة لقيمة الغرامة الجزافية التي تتناسب و نوع المخالفة المرتكبة، ويبدأ سريان إجراء الاحتفاظ برخصة السياقة من لحظة ارتكاب السائق للمخالفة بمركبته و معاينة عون الأمن المؤهل لذلك، لفترة لا يمكن أن تتعدى بأي حال من الأحوال العشرة (10) أيام، و رغم ذلك فإن هذا الإجراء لا يمس بقدرة مرتكب المخالفة عن السياقة خلال هذه المدّة، حيث نصت المادة 93 من نفس القانون، على أنه " في حالة المخالفات للحالات

⁷ - Rémy Josseaume et Jean-Baptiste Le Dall : Contentieux de la circulation routière, droits de la défense sanctions administratives poursuites pénales, P 51.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

1 و 2 و 3 من النقطة "أ"⁸ و الحالات 1 إلى 8 من النقطة "ب"⁹ والحالات 11 إلى 22 من النقطة "ج"¹⁰ و الحالات 18 إلى 22 من النقطة "د"¹¹ من المادة 66 من هذا القانون، يقوم العون محرر المحضر بالاحتفاظ برخصة السياقة فوراً لمدة لا تتجاوز العشرة (10) أيام.

لا يكون الاحتفاظ برخصة السياقة في الحالات المنصوص عليها أعلاه، موقفاً للقدرة على السياقة خلال نفس المدة. و يتم ذلك مقابل تسليم العون، في الحال، وثيقة تثبت الاحتفاظ.

لا يتم رد رخصة السياقة إلا بعد دفع الغرامة الجزافية إلى حدها الأدنى في الآجال المنصوص عليها أعلاه". و قد أضاف المشرع بنصه في الفقرة الثانية من هذه المادة الظروف التشديدية لهذا النوع من الجرائم المرورية، حيث تدرج في نوع الجزاء حسب درجة هذه الجريمة، من كونها في الظروف العادية بدفع قيمة الغرامة الجزافية في حدها الأدنى، إلى اصطحابها بحالة الامتناع عن تسديد الغرامة في

⁸ - هذه المخالفات هي: (1) مخالفة الأحكام المتعلقة بالإشارة و كبح الدراجات (2) مخالفة الأحكام المتعلقة بتقديم وثائق المركبة و كذا رخصة السياقة و/أو الشهادة المهنية التي ترخص بقيادة المركبة المعنية (3) مخالفة الأحكام المتعلقة باستخدام آلة أو جهاز مركبة غير مطابق.

⁹ - هذه المخالفات هي: (1) مخالفة الأحكام المتعلقة بسرعة المركبات بدون محرك، بمقطورة أو بدون مقطورة أو نصف مقطورة (2) مخالفة الأحكام المتعلقة باستعمال أجهزة التنبيه الصوتي (3) مخالفة الأحكام المتعلقة بالالتزام بتشغيل ضوء أو أضواء المركبة المجرورة بواسطة الحيوانات (4) مخالفة الأحكام المتعلقة بالمرور في أوساط الطرق أو المسالك أو الدروب أو أشرطة الطريق أو الأرصفة أو حواف الطرق المخصصة لمرور مركبات النقل الجماعي و غيرها من المركبات المرخص لها بذلك خصيصاً، و لمرور الراجلين (5) مخالفة الأحكام المتعلقة بالتخفيض غير العادي للسرعة بدون أسباب حتمية، من شأنه تقليص سيولة حركة المرور (6) مخالفة الأحكام المتعلقة بلوحات التسجيل و التجهيزات و إشارة النقل الاستثنائي و كذا مؤشر السرعة (7) مخالفة الأحكام المتعلقة بوضع الإشارة الملائمة من قبل كل سائق صاحب رخصة السياقة الإختبارية (8) مخالفة الأحكام المتعلقة بالسير على الخط المتواصل.

¹⁰ - هذه المخالفات هي: (11) مخالفة الأحكام المتعلقة بالتوقف أو الوقوف الخطيرين (12) مخالفة الأحكام المتعلقة بالمسافة القانونية بين المركبات أثناء سيرها (13) مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع نقل الأطفال الذين تقل أعمارهم عن عشر (10) سنوات في الأماكن الأمامية (14) مخالفة الأحكام المتعلقة بالتوقف أو الوقوف التعسفي المعيق لحركة المرور (15) مخالفة الأحكام المتعلقة باحترام قواعد السياقة السلمية (16) مخالفة الأحكام المتعلقة بالأضرار الملحقة بالمسالك العمومية و بملحقاتها (17) مخالفة الأحكام المتعلقة بمرور مركبات ذات محرك أو مقطورة في المسالك المفتوحة لحركة المرور دون أن تكون هذه المركبة مزودة بلوحتي التسجيل (18) مخالفة الأحكام المتعلقة بتصاعد الأدخنة و الغازات السامة و صدور الضجيج عند تجاوز المستويات المحددة (19) مخالفة الأحكام المتعلقة بالمركبات غير المزودة بالتجهيزات التي تسمح للسائق بأن يكون له مجال رؤية كافية (20) مخالفة الأحكام المتعلقة بوضع شريط بلاستيكي أو أية مادة معتمة أخرى على زجاج المركبة (21) مخالفة الأحكام المتعلقة بعدم التصريح بنقل ملكية المركبة أو عدم التصريح بتغيير إقامة مالك المركبة (22) مخالفة الأحكام المتعلقة بعدم التصريح بالتغييرات التي أجريت على المركبة.

¹¹ - هذه المخالفات هي: (18) مخالفة الأحكام المتعلقة بالمكوث على الشريط الوسطي الذي يفصل أوساط الطرق في الطريق السيار و الطريق السيار (19) مخالفة الأحكام المتعلقة بعدم مطابقة القواعد الخاصة بتنظيم السباقات على المسالك العمومية (20) مخالفة الأحكام المتعلقة بالالتزام بحجم المركبات و تركيب أجهزة إنارة و إشارة المركبات (21) مخالفة الأحكام المتعلقة بالاستمرار بقيادة مركبة دون إجراء الفحص الطبي الدوري (22) مخالفة الأحكام المتعلقة بتعليم سياقة المركبات ذات محرك بمقابل أو بدون مقابل.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

الأجل الـ 10 أيام المحددة، و ذلك برفع قيمة الغرامة الجزافية لحدها الأقصى و تعليق رخصة السياقة من طرف اللجنة المختصة بالتعليق¹² لمدة شهرين (2).

و في حال الامتناع مرة ثانية عن تسديد قيمة الغرامة الجزافية في حدها الأقصى و في أجل تعليق رخصة السياقة المحدد بشهرين (2)، تخرج العقوبة في هذه الحالة من اختصاص السلطة الإدارية إلى اختصاص السلطة القضائية للبت في وقائع القضية جزائيا.

الفرع الثاني: الاحتفاظ الفوري للرخصة لغاية بت اللجنة الولائية .

لقد نصت المادة 94 من قانون المرور على حالة الاحتفاظ برخصة السياقة مع توقيف قدرة قائد المركبة على السياقة بعد أجل 48 ساعة من تاريخ استلام العون المخول قانونا لسحب رخصة السياقة، و تحريره محضرا يتضمن نوع المخالفة و قيمة الغرامة الجزافية الواجب تسديدها، زيادة على تسليم صاحبها وثيقة الاحتفاظ بالرخصة التي تعتبر في الوقت ذاته إذنا بالقيادة لمدة لا تتجاوز الـ 48 ساعة، حيث ترسل رخصة السياقة بعد ذلك إلى لجنة تعليق رخص السياقة المختصة إقليمياً، و قد جاء في أحكام هذه المادة على أنه " في حالة المخالفات للحالات 1 إلى 10 من النقطة "ج"¹³ والحالات 1 إلى 17 من النقطة "د"¹⁴ من المادة 66 من هذا القانون، يقوم العون محرر المحضر بالاحتفاظ برخصة السياقة فورا مقابل تسليم وثيقة تثبت الاحتفاظ في الحال.

¹² - انظر المادة 279 من المرسوم التنفيذي رقم 04-381 المؤرخ في 2004/11/28 المحدد لقواعد حركة المرور عبر الطرق، والذي نص على إنشاء اللجنة المختصة بتعليق رخص السياقة، وتركيباتها وصلاحياتها.

¹³ - هذه المخالفات هي: (1) مخالفة الأحكام المتعلقة بالحد من سرعة المركبات ذات المحرك، بمقطورة أو بدون مقطورة أو نصف مقطورة، في بعض مقاطع الطرق و لكل صنف من أصناف المركبات (2) مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع المرور أو تقييده في بعض خطوط السير بالنسبة لبعض أصناف المركبات أو بالنسبة للمركبات التي تقوم ببعض أنواع النقل (3) مخالفة الأحكام المتعلقة بحالات الإلزام أو المنع المتعلقة بعبور السكة الحديدية الواقعة على الطريق (4) مخالفة الأحكام المتعلقة بوضع حزام الأمان (5) مخالفة الأحكام المتعلقة بالارتداء الإلزامي للخوذة بالنسبة لسائقي الدراجات النارية و الدراجات المتحركة و راكبيها (6) مخالفة الأحكام المتعلقة بالمرور أو التوقف أو الوقوف بدون ضرورة حتمية على شريط التوقف الاستعجالي للطريق السيارة أو الطريق السريع (7) مخالفة الأحكام المتعلقة باستعمال أجهزة إنارة و إشارة المركبات المتحركة ذاتيا (8) مخالفة الأحكام المتعلقة بالاستعمال اليدوي للهاتف المحمول أو التصنت بكلمة الأذنين بوضع خوذة التصنت الإذاعي و السمعي أثناء السياقة (9) مخالفة الأحكام المتعلقة بتجاوز حدود السرعة المنصوص عليها بالنسبة لصنف السائقين الحائزين رخصة سياقة إختبارية (10) مخالفة الأحكام المتعلقة بأولوية مرور راكبي الدراجات على مستوى الممرات المحمية.

¹⁴ - هذه المخالفات هي: (1) مخالفة الأحكام المتعلقة باتجاه المرور المفروض (2) مخالفة الأحكام المتعلقة بتقاطع الطرق و أولوية المرور (3) مخالفة الأحكام المتعلقة بالتقاطع و التجاوز (4) مخالفة الأحكام المتعلقة بإشارة الأمر بالتوقف التام (5) مخالفة الأحكام المتعلقة بالمنورة الممنوعة في

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

يكون الاحتفاظ برخصة السياقة في الحالات المنصوص عليها أعلاه، موقفاً للقدرة على السياقة بعد أجل مدته ثمان و أربعون (48) ساعة.

و في هذه الحالة، ترسل رخصة السياقة إلى لجنة تعليق رخصة السياقة.¹⁵

و في حال ترتب على المخالفات المذكورة في المادة 94 أعلاه، أحد الجنح المرورية التي تضمنها القسم الثاني من الفصل السادس من قانون المرور، فإن رخصة سياقة قائد المركبة الذي ارتكب بها هذه الجنحة، تخرج من نطاق اختصاص السلطة الإدارية، حيث ترسل إلى الجهة القضائية المختصة بالفصل في وقائع الجنحة المرورية المرتكبة، للنظر في العقوبة التكميلية التي يمكن أن تصاحب العقوبة الجزائية الأصلية، و التي يمكن إصدارها من قبل القضاء حسب وقائع و جسامة الجنحة المرتكبة والظروف التشديدية التي يمكن أن تصاحبها، و هنا نكون في إطار ما يصطلح عليه بتعليق رخصة السياقة، سواء كان هذا التعليق جزئياً لمدة تتراوح من سنة (1) إلى أربع (4) سنوات أو نهائياً و هو ما يصطلح عليه بإلغاء رخصة السياقة¹⁵، الشيء الذي سنتناوله في المطلبين اللاحقين.

المطلب الثاني: تعليق رخصة السياقة.

لقد أصبح تعليق رخصة السياقة مع مرور السنوات أحد الصلاحيات الهامة للوالي بمناسبة ممارسته لسلطته المتعلقة بالأمن العمومي عبر تراب الولاية¹⁶، ففي الواقع، فإن هذه السلطة تعتبر

الطرق السيارة و الطرق السريعة (6) مخالفة الأحكام المتعلقة بزيادة السرعة من طرف سائق المركبة أثناء تجاوزه من طرف سائق آخر (7) مخالفة الأحكام المتعلقة بسير مركبة دون إنارة أو إشارة أو وقوفها في وسط الطريق ليلاً أو أثناء انتشار الضباب في مكان خال من الإنارة العمومية (8) مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع المرور على مسلك يقع مباشرة على يسار طريق يتضمن ثلاثة مسالك أو أكثر ذات اتجاه واحد للمرور بالنسبة لمركبات نقل الأشخاص أو البضائع التي يتجاوز طولها سبعة (7) أمتار، أو ذات وزن إجمالي مرخص به مع الحمولة يفوق طنين (2) (9) مخالفة الأحكام المتعلقة بالوقوف أو التوقف على أجزاء الطريق التي تعبر سطحها سكة حديدية أو سير مركبات غير مرخص لها بذلك على الخطوط الحديدية (10) مخالفة الأحكام المتعلقة بعبور بعض مقاطع الطرق الممنوعة للسير أو بعض الجسور ذات الحمولة المحدودة (11) مخالفة الأحكام المتعلقة بوزن المركبات، و طبيعة الأطر المطاطية للمركبات ذات محرك غير المطابقة للمعايير المقبولة، و شكلها و حالتها (12) مخالفة الأحكام المتعلقة بمكابح المركبات ذات محرك و ربط المقطورات و نصف المقطور (13) مخالفة الأحكام المتعلقة بالحمولة القصوى لكل محور (14) مخالفة الأحكام المتعلقة بتركيب جهاز تسجيل السرعة بالمقيت و خصوصياته و تشغيله و صيانته (15) مخالفة الأحكام المتعلقة بالتغيير الهام للاتجاه دون تأكد السائق من أن المناورة لا تشكل خطراً على المستعملين الآخرين و دون تنبيههم برغبته في تغيير الاتجاه (16) مخالفة الأحكام المتعلقة بجائز خط متواصل (17) مخالفة الأحكام المتعلقة بتشغيل الأجهزة السمعية البصرية في مقدمة المركبة أثناء السياقة.

¹⁵ - انظر المادة رقم 98 من قانون المرور رقم 09-03 المؤرخ في 2009/07/29.

¹⁶ - تُمنح هذه الصلاحيات لولاية الجمهورية ابتداءً من قانون الولاية رقم 12-07 المؤرخ في 2012/04/21، وكذا بموجب المادة 279 من المرسوم التنفيذي رقم 04-381 المؤرخ في 2004/11/28 المحدد لقواعد حركة المرور عبر الطرق.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

مفرطة نوعا ما أو مبالغ فيها، كونها تمارس بصفة قَبْلِيَّة و على هامش أي دعوى قضائية جزائية حيث يقوم الوالي في مرحلة أولى بالتحكم في مصير الشخص المحتمل ارتكابه لمخالفة قواعد قانون المرور و المفترض براءته حتى تثبت إدانته¹⁷.

و إذا تمَّ سحب رخصة السياقة و تعليقها في هذه الحالة، فإن ذلك معناه أن الإجازة القانونية بالقيادة لم تعد قائمة و أن شهادة الصلاحية و القدرة على القيادة لم تعد سارية، و أن المرخص له أصبح -من وجهة نظر القانون- غير صالح للقيادة دون النظر للناحية الواقعية. حيث يتعين عليه أن يكف عن ممارسة هذه القيادة مهما كانت الأسباب، فإذا قام بقيادة أية مركبة بعد سحب الترخيص فمعنى ذلك أنه يعلن روح التحدي و العصيان لهذا القانون¹⁸، ويكون بذلك بصدد القيام بجريمة أخرى كاملة الأركان، والتي تناولتها المادة 80 من قانون المرور، حيث نصت على أنه "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1)، وبغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج، كل شخص يقود مركبة دون أن يكون حائزاً رخصة السياقة".

تجدر الإشارة إلى أن الإجراءات المتعلقة بكيفيات تسيير رخصة السياقة وخصوصا في مجال تعليقها تخضع حاليا - كفترة انتقالية- لأحكام القانون 03-09 المؤرخ في 29/07/2009، رغم صدور القانون رقم 17-05 المؤرخ في 16/02/2017 والذي ينص على إجراءات جديدة تضمنها استحداث رخصة السياقة بالتنقيط، وعليه سنتناول في البداية الأحكام المطبقة حاليا، ثم نعرِّج على الأحكام التي تخص نظام رخصة السياقة بالتنقيط.

الفرع الأول: تعليق رخصة السياقة ضمن أحكام القانون 03-09:

¹⁷ - Rémy Josseume et Jean-Baptiste Le Dall : Contentieux de la circulation routière, droits de la défense sanctions administratives poursuites pénales, P 52.

¹⁸ - علاء زكي: جرائم المرور وتعريض وسائل المواصلات إلى الخطر في ضوء القواعد القانونية لمحكمة النقض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 272.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

يُعتبر تعليق رخصة السياقة في الجرائم المرورية المنصوص عليها ضمن أحكام الأمر 03-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المعدل و المتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق و سلامتها و أمنها، و في ما عدا الجرح المرورية، من صميم صلاحيات السلطة الإدارية، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 95 من هذا الأمر على أنه " .. يحدد تنظيم لجنة التعليق و عملها عن طريق التنظيم".

وعادةً ما تصدر الجزاءات التكميلية المتعلقة بتعليق رخصة السياقة ضمن قرارات إدارية جماعية نظراً للعدد المعتبر من مخالفتي قانون المرور، و كذا من رخص السياقة المحتفظ بها من طرف الأعوان المؤهلين لذلك قانوناً "أعوان الشرطة أو الدرك الوطني"، و المرسله للجان الدوائر المنصبة بقرار والي الولاية عبر كامل دوائرها، و المختصة بتسليط العقوبات الإدارية على مخالفي قانون المرور ضمن إقليم الولاية، حيث يفوض والي الولاية صلاحياته في هذا المجال لفائدة رؤساء الدوائر بصفتهم رؤساء للجان تعليق رخص السياقة على مستوى الدوائر محل اختصاصهم، فعلى سبيل المثال؛ سلطت لجنة تعليق رخصة السياقة لدائرة صالح باي بولاية سطيف¹⁹ العقوبات التكميلية المتعلقة برخصة السياقة على السيد (ب.ع.ر.ح) بتعليق رخصته لمدة ستة (06) أشهر نافذة ابتداء من تاريخ 2017/10/13 لارتكابه لحادث مرور جسماني، كما سلطت على السيد (ب.م) تعليق رخصة السياقة لمدة ثلاث (3) أشهر نافذة ابتداء من تاريخ 2017/10/23 لارتكابه جنحة تجاوز السرعة المحددة، وأصدرت لجنة تعليق رخصة السياقة لدائرة العلمة بولاية سطيف²⁰ عقوبة السحب النهائي لرخصة السياقة في حق السيد (ط.أ) لارتكابه لحادث مرور جسماني.

من جانب آخر فإن المشرع الجزائري لم يتناول بالشكل الوافي لحالة تعليق رخصة السياقة في حال ما إذا ثبت، بعد الفحص الطبي، أن صاحب الرخصة غير قادر على سياقة المركبات، إما بسبب

¹⁹ - أنظر قرار لجنة تعليق رخصة السياقة لدائرة صالح باي بولاية سطيف، رقم : 2017 / 19 د.ع.و المؤرخ في 2017/11/26.
²⁰ - القرار رقم 2017/41 المؤرخ في 2017/11/16 والمتضمن العقوبات المقررة من طرف لجنة سحب رخص السياقة خلال جلستها المنعقدة بتاريخ 2017/10/31.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

حالته البدنية أو بسبب حالته العقلية، مما يستوجب عدم إرجاع هذه الرخصة إلا بعد ثبوت أن الشخص المعني بالتعليق قد أصبح مؤهلاً لمعاودة السياقة بدون أن يشكل خطراً، خصوصاً بمناسبة تعرضه لحادث مرور جسماني أو بمناسبة توقيفه في حالة سكر أو تعاطي للمخدرات، ففي هذه الحالات لا بد على المشرع من إخضاع حائز الرخصة على الفحص الطبي الإجمالي لتحديد مدى قدرته على مواصلة السياقة وفقاً لقواعد السلامة والأمن عبر الطرق، واستبعاد تعرضه لعجز جسماني جراء الإصابة والجروح، أو لعجز عقلي جراء الإدمان مما يشكل خطراً على السلامة والأمن على الطرق.

كما يخضع حالياً تعليق رخصة السياقة التي ارتكب حائزها لجنة مرورية مفضية للقتل الخطأ أو الجرح الخطأ إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي خول له القانون إضافة إلى الحكم بالعقوبة الأصلية أن يرفقها بعقوبة تكميلية تقضي بتعليق رخصة السياقة مؤقتاً أو بصفة نهائية، حيث نصت المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري المعدلة في مطتها العاشرة على أنه من ضمن العقوبات التكميلية: " تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة".

كما نص قانون المرور الجزائري رقم 05-17 المؤرخ في 2017/02/22 في المادة 11 على تعديل المادة 79 من القانون رقم 03-09 المؤرخ في 2009/07/29، وذلك بإضافة فقرة المنع المؤقت من الحصول على رخصة السياقة لأصناف أخرى من المركبات، وذلك على إثر إدانة صاحب رخصة السياقة بجرمة قيادة مركبة لا يمكنه قيادتها بالرخصة التي بحوزته، حيث يتعرض في هذه الحالة لعقوبة أصلية تتراوح بين الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبالغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج، زيادة على المنع لمدة سنة (1) من طلب الحصول على رخصة سياقة لأصناف أخرى من المركبات، حيث يبدأ سريان مدة المنع من تاريخ تنفيذ العقوبة الأصلية²¹.

²¹- أنظر المادة 11 من قانون المرور الجزائري رقم 05-17 المؤرخ في 2017/02/16.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

وفي هذا الإطار فقد أصدرت محكمة باتنة -قسم الجرح- بمجلس قضاء باتنة بتاريخ 20/06/2017 على المتهم (ج.س) حكماً يقضي بإدانته بجنحة القتل الخطأ وعقابه بثلاثة أشهر موقوف التنفيذ و30.000 دج غرامة نافذة، مع الأمر بتعليق رخصة السياقة لمدة سنة من تاريخ صدور الحكم.²² وهو الحكم الذي تم تأييده من طرف مجلس قضاء باتنة بعد الاستئناف.²³

كما قضت محكمة باتنة أيضاً بتاريخ 19/06/2017 بإدانة المتهم (ل.ع.ك) بجنحة القتل الخطأ على إثر حادث مرور في حق الضحية (ح.م)، طبقاً للمادة 288 من قانون العقوبات وعقاباً له الحكم عليه بستة (6) أشهر حبسا موقوف النفاذ وخمسون ألف دينار جزائري (50.000 دج) غرامة نافذة مع تعليق رخصة السياقة لمدة سنة (1).²⁴ وهو الحكم الذي أيده مجلس قضاء باتنة بعد الاستئناف²⁵، والملاحظ على حكم المحكمة في هذه القضية أنّ التأسيس للعقوبة السالبة للحرية والمقدّرة بستة أشهر حبس قد تم بناءً على أحكام المادة 288 من قانون العقوبات، وأنّ التأسيس للعقوبة المالية والمقدّرة 50.000 دج قد تم بناءً على أحكام المادة 69 من قانون المرور، والواضح أنّ السبب الذي ساقته حيثيات الحكم كان بناءً على سببٍ لم تتضمنه قائمة الأسباب التي قررتها المادة 69 من قانون المرور والذي بُني على أساس "عدم الانتباه"، لذلك اضطرّ القاضي الجزائري هنا اعتماداً على العقوبة السالبة للحرية التي قررتها المادة 288 من قانون العقوبات والتي تنص على 6 اشهر، في حين قدر العقوبة المالية وفقاً للحد الأدنى المنصوص عليه في القانون الخاص (قانون المرور).

وفي الإطار نفسه فإن نطق القاضي الجزائري بعقوبة تعليق رخصة السياقة لمدة سنة كعقوبة تكميلية دون التأسيس لها بنص قانوني يتعلق بها مثلما هو الشأن في العقوبة الأصلية لا يجعل هذا الحكم معيباً أو محل طعن²⁶، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 06/11/1984

²² - حكم قسم الجرح بمحكمة باتنة، مجلس قضاء باتنة، رقم 17/04981 المؤرخ في 20/06/2017.

²³ - قرار جزائي للغرفة الجزائية بمجلس قضاء باتنة، رقم 17/11009 المؤرخ في 03/12/2017.

²⁴ - حكم قسم الجرح بمحكمة باتنة، مجلس قضاء باتنة، رقم 17/04930 المؤرخ في 19/06/2017.

²⁵ - قرار جزائي للغرفة الجزائية بمجلس قضاء باتنة، رقم 17/10976 المؤرخ في 03/12/2017.

²⁶ - بوخبرة سعيدة: جرائم عدم الاحتياط المتعلقة بحوادث المرور، المرجع السابق، ص 96.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

ملف رقم 30029، حيث نص على أنه "من المقرّر قانوناً أنّ الإغفال عن ذكر النص القانوني المتعلّق بالعقوبة التكميلية لا يقرّر لوحده مجال الطعن بالنقض ما دامت العقوبة التكميلية مرتبطة بالعقوبة الأصلية، ومن المقرر كذلك أنه لا يعيب القرار المطعون فيه أخذه فيما انتهى إليه بتبّي أسباب الحكم المستأنف دون إضافة إذا ما رأى في هذه الأسباب ما يُغني عن إيرادٍ جديد، ولما كان كذلك فإن النهي عن القرار المطعون فيه بالوجه المثار من الطاعن تأسيساً على خرق أشكال جوهرية للإجراءات وانعدام الأساس القانوني غير سديد ويتعيّن القضاء برفضه.

وإذا كان ثابتاً -في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف قضوا بإدانة المتهم الطاعن في الوقائع الملاحق بها وصرحوا بسحب رخصة قيادته دون الإشارة إلى النصوص القانونية المطبقة في قرارهم فإنهم بقضائهم هذا قد أصابوا في تطبيق القانون عند إدانتهم المتهم الطاعن وعقابه بعقوبة أصلية وعقوبة تكميلية طبقاً لمواد قانون المرور، كما أنهم بتأييدهم للحكم المستأنف قد تبنا جميع محتوياته. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن²⁷.

الفرع الثاني: تعليق رخصة السياقة ضمن أحكام قانون المرور 05-17:

لقد تناول قانون المرور الجزائري في تعديله الأخير (القانون رقم 05-17 المؤرخ في 2017/02/22) بعض التغييرات في مواد القانون السابق، حيث مست بالخصوص إعادة تصنيف جريمة عدم إخضاع المركبة للمراقبة التقنية الدورية الإلزامية²⁸، وإلغاء العمل بلجان تعليق رخص السياقة²⁹، ومن جهة أخرى فقد أقر هذا التعديل الزيادة في الآجال المتعلقة بدفع الغرامات الجزافية

27- المجلة القضائية: العدد الأول، سنة 1990، ص190.

28- حيث أصبحت جنحة عدم إخضاع المركبة للمراقبة التقنية الدورية الإلزامية التي نصت عليها المادة 83 من قانون المرور رقم 03-09 المؤرخ في 29 جويلية 2009، مخالفة من الدرجة الثالثة ضمن المطّة 13 من النقطة (ج) من المادة 66 من القانون رقم 05-17 المؤرخ في 16 فبراير 2017، المعدل و المتمم للقانون رقم 14-01 المؤرخ في 19 أوت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها.

29- أنظر المادة 137 من قانون المرور رقم 14-01 المؤرخ في 19 أوت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، والتي نصت على صلاحية الوالي في تعليق رخصة السياقة.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

للمخالفات التي تناولتها المادة 93 من القانون السابق، حيث أصبح أجل دفع الغرامة الجزافية في أجل أقصاه خمس وأربعون يوماً (45)³⁰.

ومع انقضاء الأجل المذكور دون دفع الغرامة الجزافية؛ يتم إرسال محضر عدم الدفع إلى السيد وكيل الجمهورية، مع رفع قيمة الغرامة إلى حدها الأقصى، زيادةً على إرسال ما يفيد ذلك إلى الإدارة المكلفة بتسيير نظام الرخص بالنقاط للقيام بسحب نقطتين من الرخصة.

أما في مجال الجرح المرورية فقد نصت المادة 92 على وجوب اعتماد إجراء الاحتفاظ برخصة سيطرة مرتكبها على سبيل التحفظ وإرسالها للجهات القضائية المختصة، و صياغة المادة 92 مكرر التي نصت على نفس الإجراء بالنسبة لرخص السياقة الأجنبية لغاية تسديد الغرامة الجزافية.

من جهة أخرى، فقد تناولت المادة 97 المعدلة حالات ارتكاب السائق الحائز لرخصة السياقة لأحد الجرح المنصوص عليها في القسم الثاني من الفصل السادس المتضمن مخالفات القواعد الخاصة بحركة المرور والتي يعاينها قانوناً الأعوان المؤهلون لذلك، حيث يقومون بإرسال محضر المخالفة المرتكبة مُرفقاً برخصة السياقة إلى السيد وكيل الجمهورية في أجل أقصاه اثنان وسبعون ساعة (72)، كما تُرسل معلومة خاصة بذلك إلى الإدارة المكلفة بتسيير نظام الرخصة بالنقاط في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام (8) ابتداءً من تاريخ معاينة المخالفة، التي يتم من خلالها السحب التلقائي لعدد النقاط حسب ما تقتضيه أحكام المادة 66 مكرر من هذا القانون، حيث خصت الجرح المرورية بسحب 10 نقاط تلقائياً، باستثناء الجرح الواردة في المواد 78، و80، و81، و82، و1/87، و88، و90، وهي الجرح التي لا يمكن تطبيق هذه العقوبة التكميلية عليها، سواء بسبب كون الحصول على رخصة السياقة غير قانوني (التصريح الكاذب)، أو بسبب عدم حيازة مرتكبها لرخصة السياقة أصلاً، أو كانت، أثناء ارتكاب صاحبها لهذه الجرح، تحت طائلة أحد عقوبات التعليق، الإلغاء أو المنع من

³⁰ - انظر المادة 13 من قانون المرور رقم 17-05 المؤرخ في 2017/02/22.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

الاستصدار، أو عدم وجود أية علاقة بين ارتكاب هذه الجرح و رخصة السياقة (كحالة إقامة الممهلات بطريقة غير شرعية و بدون ترخيص).

كما يؤدي عدم تسديد قيمة الغرامة الجزافية، التي يجررها العون المؤهل بمناسبة ارتكاب جنحة مرورية، في أجل أقصاه خمسة و أربعين (45) يوما، من تاريخ معاينة المخالفة، إلى سحب الإدارة المكلفة بتسيير نظام الرخصة بالنقاط لنقطتين (2) إضافيتين³¹.

وفي حال ثبوت براءة صاحب الرخصة بالنقاط من الجنحة المنسوبة إليه، بحكم قضائي حائز لحيية الشيء المقضي فيه، و وفق أحكام الفقرة الثانية من المادة 97 من نفس القانون، فإنه وبمجرد تقديم هذا الأخير طلبا موجهها للإدارة المكلفة بتسيير نظام الرخصة بالنقاط متضمنا نسخة من هذا الحكم، فإن هذه السلطة ملزمة بإرجاعه النقاط المسحوبة من رخصته، غير أن الإشكال المطروح في هذه الحالة، هو أن المشرع لم يحدد الأجل الأقصى الذي يجب على السلطة المكلفة بتسيير نظام الرخصة بالنقاط إرجاع النقاط فيه، كي يتسنى للمعني من ممارسة حقه دون الإخلال بالقانون أو وقوعه تحت طائلة المواد التي تنص على تجريم السياقة في حال تعليق الرخصة أو تسليط جزاءات أشد عليه بمناسبة ارتكابه جنحة مرورية أخرى.

بالنسبة للجرح المرورية المفضية للقتل أو الجرح الخطأ، فإنه و زيادة على قيام الإدارة المكلفة بتسيير نظام الرخصة بالنقاط بسحب عشر (10) نقاط تلقائيا، حسب ما نصت عليه المادة 62 مكرر من قانون المرور؛ فقد خصها المشرع بعقوبة تكميلية إضافية، و ذلك بتعليق رخصة السياقة لفترات متفاوتة، حسب وقائع كل جنحة على حدة وحسب الظروف المصاحبة للجريمة المرورية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 98 من القانون 05-17، على تعليق رخصة السياقة لمدة تتراوح من سنتين (2) إلى أربع (4) سنوات بالنسبة لكل سائق ارتكب :

³¹- أنظر الفقرة الثانية من المادة 66 مكرر من قانون المرور الجزائري رقم 17-05 المؤرخ في 16 فبراير 2017.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

- جنحة القتل الخطأ و/أو الجرح الخطأ بمركبته نتيجة خطأ منه أو تهاونه أو تغافله أو عدم امتثاله لقواعد حركة المرور في الطرق، وفق ما تنص عليه أحكام المادة 67 من قانون المرور؛
- جنحة القتل الخطأ بارتكاب السائق بمركبته لإحدى المخالفات المذكورة في المادة 69 من قانون المرور.
- جنحة القتل الخطأ المقترنة بحالة السكر أو تحت تأثير مواد أو أعشاب تدخل ضمن أصناف المخدرات، وفقاً لما نصت عليه المادة 68 من القانون نفسه. وفي هذه الحالة فإن المشرع قد قام بتوحيد هذه العقوبة التكميلية والمسطرة على كل سائق مركبة دون تحديد صنفها، عكس العقوبات الأصلية التي فصل فيها المشرع بين المركبات العادية وتلك التابعة لبعض أصناف الوزن الثقيل ونقل البضائع ونقل الأشخاص ونقل المواد الخطرة، في حين كان من الأولى واحتراماً للنهج المتبع في تقسيم الجزاءات الأصلية أن يُسايرها المشرع بمناسبة تحديد العقوبات التكميلية أيضاً، أو على الأقل بالنص على العقوبة القصوى في تعليق رخصة القيادة بالنسبة لأصناف المركبات الأخرى.
- جنحة القتل الخطأ لسائق مركبة نقل البضائع التي يتجاوز وزنها الإجمالي المرخص به مع الحمولة أو وزنها الإجمالي السائر المرخص به 3500 كغ، أو مركبة نقل الأشخاص التي تشتمل على أكثر من تسعة (9) مقاعد، بما في ذلك مقعد السائق، وذلك عقب عدم احترام التدابير القانونية المتعلقة بمدّة القيادة، ومدّة الراحة، وذلك وفقاً للمادة 69 مكرر من قانون المرور.
- جنحة الجرح الخطأ بارتكاب السائق بمركبته لإحدى المخالفات المذكورة في المادة 71 من قانون المرور.
- جنحة الجرح الخطأ المقترنة بحالة السكر أو تحت تأثير مواد أو أعشاب تدخل ضمن أصناف المخدرات، وفقاً لما نصت عليه المادة 70 من القانون نفسه. وفي هذه الحالة أيضاً فإن

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

المشروع قد قام بتوحيد هذه العقوبة التكميلية والمسلطة على كل سائق مركبة دون تحديد صنفها، تماماً كما فعل مع جنحة القتل الخطأ، حيث كان من الأولى مسايرة نهجه في التقسيم الذي اتبعه أثناء تحديد الجزاءات الأصلية.

- جنحة الجرح الخطأ لسائق مركبة نقل البضائع التي يتجاوز وزنها الإجمالي المرخص به مع الحمولة أو وزنها الإجمالي السائر المرخص به 3500 كغ، أو مركبة نقل الأشخاص التي تشتمل على أكثر من تسعة (9) مقاعد، بما في ذلك مقعد السائق، وذلك عقب عدم احترام التدابير القانونية المتعلقة بمدّة السياقة، ومدّة الراحة، وذلك وفقاً للمادة 71 مكرر من قانون المرور.

- جنحة القتل و/أو الجرح الخطأ المقترنة بعدم توقف السائق بالرغم من علمه بارتكابه لحادث أو تسببه في وقوعه بواسطة المركبة التي يقودها، محاولاً الإفلات من المسؤولية الجزائية أو المدنية التي قد يتعرض لها، وفقاً لأحكام المادة 73 من قانون المرور. وهنا أيضاً تجدر الإشارة إلى أن جنحة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ المقترنة بمحاولة الإفلات أو الهروب وما يمكن أن تحتمله من افتراض وجود قصد احتمالي كما تم التطرق له سابقاً كان من الأجدر عدم مساواتها في عقوبتها التكميلية (مدّة تعليق الرخصة) مع جنحة القتل أو الجرح الخطأ في ظروفها البسيطة.

وكمثال على ما تم ذكره من حالات لتعليق رخصة السياقة، ما قضت به محكمة باتنة³² -قسم الجرح- بمجلس قضاء باتنة على المتهم (ر.خ) لارتكابه جرم الفرار من المسؤولية المدنية والإدارية ومخالفة الجروح الخطأ وتخطيم ملحققات ملك عمومي الفعل المنوّه به والمعاقب عليه بالمواد 72 من قانون المرور 03-09، والمادة 2/442 و455 من قانون العقوبات، بالحكم عليه بعقوبة ستة أشهر حبساً نافذاً، و50.000 دج غرامة مالية، غير أنه وبعد استئناف النيابة العامة التي التمسّت تشديد

³² - حكم محكمة باتنة - قسم الجرح - مجلس قضاء باتنة رقم 4674 المؤرخ في 2016/05/12.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

العقوبة نظراً لوقائعها، فقد أصدر مجلس قضاء باتنة الغرفة الجزائية قراراً يؤيد الحكم السابق، وتعديله بإضافة العقوبة التكميلية المتمثلة في تعليق رخصة السياقة الخاصة بالمتهم لمدة سنة تسري من تاريخ تبليغ هذا القرار.³³

للإشارة ففي مجال الجرح المرورية المفضية للقتل و/أو الجرح الخطأ؛ فإن سحب النقاط من رخصة السياقة يعتبر عقوبة تكميلية إدارية، أما تعليق الرخصة فهو بمثابة عقوبة تكميلية قضائية، وفي حالة العود لارتكاب الجرح المرورية المذكورة في المادة 98 تقوم الجهة القضائية المختصة بإلغاء رخصة السياقة، وهي العقوبة التكميلية التي سنتناولها في المطلب التالي.

المطلب الثالث: إلغاء رخصة السياقة .

يُعتبر إلغاء رخصة السياقة كعقوبة تكميلية بمثابة انتهاء العمل بالترخيص الإداري الذي يؤهل حائزه لقيادة مركبة ذات محرك في المسالك المفتوحة لحركة المرور، وهذا انطلاقاً من مفهوم رخصة السياقة الذي أورده المادة 02 من قانون المرور 17-05 المؤرخ في 16/02/2017. ويكون إلغاء رخصة السياقة حسب حالتين:

الفرع الأول: إلغاء رخصة السياقة بقرار إداري.

حيث وبعد نفاذ كل النقاط التي تتوفر عليه الرخصة والمقدر بـ 24 نقطة³⁴، أي بسحب الإدارة المكلفة بتسيير نظام الرخص بالنقاط لكامل رصيد النقاط، على إثر ارتكاب صاحب الرخصة للمخالفات المرورية التي يترتب عنها السحب، وفقاً لما جاءت به المادة 62 مكرر من قانون المرور والتي تتضمن جدول سحب النقاط حسب درجة كل مخالفة مرورية كالتالي:

³³ قرار جزائي للغرفة الجزائية بمجلس قضاء باتنة، رقم 17/10293 المؤرخ في 2017/10/30.
³⁴ - تنص المادة 02 من القانون رقم 17-05 المؤرخ في 2017/02/16 المعدل والمتمم للقانون 14-04 المؤرخ في 2001/08/19 والمتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، على مفهوم نظام الرخصة بالنقاط بأنها " أداة معيارية وبيداغوجية يهدف إلى جعل السائقين يتحملون مسؤولياتهم تجاه مخالفتهم لقواعد حركة المرور من خلال نظام تسيير النقاط المخصصة لكل حائز رخصة سياقة"، كما تنص المادة 191 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-376 المؤرخ في 2011/11/12 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 04-381 المؤرخ في 2004/11/21، المحدد لقواعد حركة المرور عبر الطرق على أنه " .. ويخصص للرخصة بالنقاط باعتبارها نظاماً معيارياً رصيدياً من النقاط، يُحدد بأربع وعشرين نقطة (24)".

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

الرقم	نوع المخالفة	عدد النقاط المسحوبة
01	الدرجة الأولى	نقطة واحدة
02	الدرجة الثانية	02 نقطتان
03	الدرجة الثالثة	04 نقاط
04	الدرجة الرابعة	06 نقاط
05	الجنح (جنحتا القتل الخطأ أو الجرح الخطأ)	10 نقاط
06	عدم دفع الغرامة الجزافية في أجل 45 يوما	02 نقطتان

فإن رخصة السياقة في حال عدم بقاء أية نقطة من النقاط المرصودة لها، تصبح غير صالحة تلقائياً ولاغية بقوة القانون، مما يتعين على صاحبها إعادتها إلى المصالح المؤهلة التابعة للوزارة المكلفة بالداخلية، ولا يمكن له الترشح للحصول على رخصة سياقة جديدة تخضع للفترة الاختبارية إلا بعد انتهاء أجل ستة (6) أشهر ابتداءً من تاريخ إعادة الرخصة لهذه المصالح.

ويرفع الأجل المذكور أعلاه في المنع من الحصول على رخصة جديدة إلى سنة (1) في حال ما إذا تم الإلغاء الإداري لرخصة السياقة بالنقاط مرتين خلال فترة خمس (5) سنوات، وفي كلتا الحالتين لا بد على السائق المعاقب قبل طلب الحصول على رخصة جديدة أن يكون قد استوفى ما عليه من غرامات جزافية مرتبطة بالمخالفات الخاصة بقواعد حركة المرور عبر الطرق³⁵.

تجدر الإشارة إلى أنه في كل الحالات المذكورة آنفاً والمتعلقة بإمكانية الحصول على رخصة جديدة بعد وقوعها تحت طائلة الإلغاء الإداري، فإن المترشح لا يمكنه طلب الحصول على رخصة جديدة إذا كان قد صدر في حقه حكم قضائي بالمنع من السياقة مجدداً.

³⁵ - انظر المادة 62 مكرر 5 و62 مكرر 6 من قانون المرور رقم 17-05 المؤرخ في 2017/02/16.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

الفرع الثاني: إلغاء رخصة السياقة بحكم قضائي.

يمكن أن يكون إلغاء رخصة السياقة قضائياً بحتاً بدون عملية سحب النقاط، وإنما باعتبارها عقوبة جزائية تكميلية بمناسبة معالجة القضاء للجرائم المرورية المفضية لجنحة القتل الخطأ والجرح الخطأ وهي عقوبة تكميلية منصوص عليها ابتداءً ضمن قانون العقوبات في مادته التاسعة (09) المعدلة والمتعلقة بتحديد العقوبات التكميلية التي يحق للقاضي أن يصدرها مع العقوبات الأصلية.

والمؤكد فإن قانون المرور قد أحال العديد من حالات إلغاء رخصة السياقة إلى الاختصاص القضائي، تاركاً له السلطة التقديرية في ذلك، فقد نصت على سبيل المثال المادة 98 من قانون المرور رقم 09-03 على أنه " يمكن للجهات القضائية المختصة عندما يحال عليها محضر إثبات إحدى المخالفات المبينة في القسم الثاني من هذا الفصل، بالإضافة للعقوبات الجزائية الأخرى القيام بتعليق رخصة السياقة... وفي حالة العود، تقوم الجهة القضائية المختصة بإلغاء رخصة السياقة." وعليه فمصطلح "يمكن" أعطى للسلطة القضائية الأحقية في إلغاء رخصة السياقة إضافة إلى نطقه بالعقوبات الجزائية من عدمه، كما نصت أيضاً المادة 99 من نفس القانون على أنه " في حالة ارتكاب صاحب الرخصة الإختبارية المخالفات المدرجة ضمن القسم الثاني من هذا الفصل، التي تتم معاينتها قانوناً، تصدر الجهة القضائية المختصة قرار إلغاء رخصة السياقة الإختبارية، بالإضافة إلى العقوبات الجزائية."، حيث تشمل هذه الحالة جرمي القتل و الجرح الخطأ، ولقد تناول القانون 05-17 المؤرخ في 2017/02/16 هذه المادة بالتعديل، يقضي بموجبه حرمان صاحب الرخصة الإختبارية الملغاة من الترشح مرة ثانية للحصول على رخصة سياقة جديدة خلال أجل مدته ثمانية عشر (18) شهراً ابتداءً من صدور قرار الإلغاء³⁶.

³⁶ - تجدر الإشارة إلى أنّ قرار الإلغاء المعني في هذه المادة هو القرار الإداري الذي يصدره الوالي بناءً على الحكم القضائي الذي تضمن الإلغاء كعقوبة تكميلية مع الحكم الجزائي.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

وبالرجوع إلى المادة 113 من قانون المرور رقم 01-14 المؤرخ في 19/08/2001 فإنّ إلغاء رخصة السياقة في حال ارتكاب السائق لمخالفة أدت إلى القتل أو الجرح الخطأ أثناء سياقة المركبة ذات محرك وكان أحد الراجلين ضحية ذلك، وعندما يكون هذا السائق قد حُكم عليه تطبيقاً للمادتين 66 و69 من هذا القانون والمادتين 288 و289 من قانون العقوبات؛ يمكن للجهات القضائية المختصة الحكم بإلغاء رخصة السياقة، كما يمكنها ضمن نفس الشروط إصدار حكم إلغاء رخصة السياقة، ومنع مرتكب المخالفة من الحصول عليها نهائياً، وهو ما يبين أن هذا الإلغاء قد يأخذ إحدى الصورتين: الإلغاء المؤقت، وهو الذي يتطلب من السائق المعاقب مستقبلاً السعي إلى الحصول على رخصة جديدة وفقاً للشروط التي يحددها التنظيم، أو بالإلغاء النهائي والذي يؤدي إلى حرمانه من ممارسة السياقة مدى الحياة، نظراً لما انطوى عليه سلوكه أثناء القيادة من خطورة بالغة ومن نتائج وخيمة.

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

خاتمة:

لقد حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية الوقوف عند ما قرره المشرع الجزائري من جزاءات تكميلية تضمنها قانون المرور و المتعلقة بالخصوص برخصة السياقة، حيث تبين أن هذه الجزاءات تأخذ أحد ثلاثة أنواع من الجزاء التكميلية على غرار الاحتفاظ الفوري بالرخصة لأجل معين، حيث يعتبر هذا الإجراء أو الجزاء مجحفا لحد كبير مقارنة ببساطة المخالفة المرتكبة من جهة و لما قد تسببه هذه الفترة من ضياع للحق و تفويت للفرصة من جهة أخرى، حيث لا بد من إحترام مبدأ تناسب الجزاء مع السلوك المجرم، فالتشريعات المقارنة تكتفي في هذه الحالة بتحصيل الغرامة الجزافية و سحب عدد النقاط الموافق لنوع المخالفة المرورية، و إرجاع الرخصة لصاحبها كحق من حقوقه المكتسبة.

زيادة على ذلك فقد تضمنت العقوبات التكميلية المتعلقة برخصة السياقة عقوبة التعليق المؤقت لرخصة السياقة و التي تعتبر مهمة أصيلة للسلطة الإدارية لا القضائية، بحيث نلاحظ في الكثير من الأحيان عدم تحكم في تنظيم إجراءات هذا النوع من العقوبة لعدم توفر بطاقة وطنية لرخص السياقة من جهة، و بطاقة وطنية للمخالفات المرورية من جهة أخرى، رغم التنصيص على إنشاءهما ضمن مواد قانون المرور (المواد 62، 54، و 138 من القانون 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق و سلامتها و أمنها)، الشيء الذي يجعل استصدار الرخصة بالنقاط أمرا ضروريا في أقرب الآجال.

أما آخر نوع من العقوبات التكميلية هذه فهو إلغاء رخصة القيادة مؤقتا أو نهائيا متى تبين للقاضي من وقائع القضية أن الأمر يتطلب ذلك، و عكس النوعين السابقين من الجزاءات التكميلية فقد أحال قانون المرور هذا النوع للقضاء دون التنصيص على إلزامية تطبيقه، و هذا يعتبر قصورا في أحكام المادة 98 من قانون المرور رقم 09-03 على أنه " يمكن للجهات القضائية المختصة عندما يحال عليها محضر إثبات إحدى المخالفات المبينة في القسم الثاني من هذا الفصل، بالإضافة

العقوبات التكميلية في ضوء قانون المرور الجزائري

الأستاذ الدكتور: سمير شعبان - جامعة باتنة1 - الدكتور: عمار شرقي - جامعة الجزائر1

للعقوبات الجزائية الأخرى القيام بتعليق رخصة السياقة... وفي حالة العود، تقوم الجهة القضائية المختصة بإلغاء رخصة السياقة."، إذ لا بد أن يكون التعليق أو الإلغاء وجوبيا متى تبين من وقائع القضية ثبوت ذلك.

و أثناء شرح و تحليل مختلف تلك الجزاءات التكميلية، تبين أن المشرع الجزائري قد اجتهده في صياغة منظومة جزائية متكاملة لمعالجة و مجابهة ظاهرة المخالفات المرورية و خصوصا المفضية لجرائم القتل و الجرح الخطأ، و هي بالرغم من أنها عرفت العديد من التعديلات، و ذلك لمواكبة كل ما طرأ في مجال المسؤولية الجزائية عن الجرائم المرورية، و التي تعود بالأساس لتطور الحظيرة الوطنية للمركبات من جهة، و للتطور التكنولوجي للمركبة من جهة ثانية، إلا أنه يجب على المشرع الجزائري العمل على تدارك العديد من الثغرات التشريعية التي نوهت إليها الدراسة، وخاصة فيما يتعلق بصياغة بعض المواد، و تدارك النقص الملحوظ في الأحكام اللازمة لمعالجة الجرائم المرورية، دون الاضطرار إلى الرجوع إلى القواعد العامة التي يقرها قانون العقوبات، زيادة على إستصدار كل النصوص التنظيمية التي ستزيد لا محالة من فعالية أحكام قانون المرور.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان.

الأستاذة نصيرة لوني - جامعة البويرة .

تاريخ الإستلام : 20 أبريل 2018 تاريخ القبول للنشر : 19 جوان 2018

ملخص:

تمثل المحكمة الجنائية الدولية ضمان أساسية في سبيل حماية حقوق الإنسان واحترامها ووضع حد للجرائم الأشد خطورة في العالم وكذا معاقبة مرتكبيها، غير أن نجاحها متوقف على الانضمام الكامل للدولة مع الرغبة الصادقة في تنفيذ الالتزامات التي تضمنها النظام الأساسي للمحكمة . ومن ثم هذه الدراسة البحثية تسعى المحكمة من خلال نظامها الأساسي الى ضمان عدم الإفلات من العقاب لمرتكبي الجرائم، وكذا ضرورة توفير الحق في محاكمة عادلة ومنصفة لحماية لحقوق الإنسان وحرية الشخصية .

الكلمات المفتاحية: المحكمة الجنائية الدولية، النظام الأساسي، حقوق الإنسان، اختصاص، جرائم دولية

Summary:

The International Criminal Court is a fundamental guarantee for the protection and respect of human rights to stop the most serious crimes in the world and the punishment of perpetrators. However, its success depends on the full adherence of the State to the sincere desire to implement the obligations contained in the Statute of the Court.

Thus, the Court, through its statute, aims to ensure that the perpetrators of crimes do not escape punishment, as well as the right to a fair trial for the protection of human rights and his own freedom.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

مقدمة :

يقصد بآليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان تلك الإجراءات التي تمارس أمام المنظمات الدولية والإقليمية، و الوكالات المتخصصة الغير حكومية، و التي تسعى إلى ضمان حقوق الإنسان التي أقرتها الإعلانات و الإتفاقيات الدولية.

و نظرا لذاتية القانون الدولي لحقوق الإنسان، فقد عرف هذا القانون العديد من الطرق و الوسائل المختلفة لحل المنازعات الدولية، و منها: اللجوء إلى الوسائل و الطرق الدبلوماسية، أو اللجوء إلى الوسائل والطرق السياسية، أو اللجوء إلى الهيئات القضائية ذات الاختصاص العالمي العامة منها أو الخاصة.

و قد جاء في العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ضرورة اللجوء إلى الوسائل والطرق السابقة لغرض ضمان حقوق الإنسان و حماية حرياته الشخصية.

ونظر لتطور الجريمة الدولية في المجتمع الدولي، ظهرت الحاجة إلى إنشاء محكمة جنائية دولية التي أوردت في ديباجة نظامها الأساسي أن ثمة روابط مشتركة توحد جميع الشعوب وان ثقافات الشعوب تشكل معا تراثا مشتركا، وإذ يقلقها أن هذا النسيج الرقيق يمكن أن يتمزق في أي وقت.

وإذ تضع في اعتبارها أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا خلال القرن الحالي ضحايا لفظائع لا يمكن تصويبها هزت ضمير الإنسانية وان هذه الجرائم تهدد السلم والأمن في العالم.

وقد عقدت العزم على وضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب وعلى الإسهام في منع هذه الجرائم، وإذ تؤكد بأن من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية، وإذ تؤيد من جديد مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة، وبخاصة أن جميع الدول يجب أن تمتنع عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على نحو لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة.

تساهم المحكمة الجنائية الدولية هي الأخرى في الحماية المضمونة لحقوق الإنسان عبر العالم، إلا

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

أن هذه العلاقة تبدو غامضة إلى حد معين، لذا تطرح الإشكالية التالية: ما هو الدور الذي تلعبه المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان؟

المبحث الأول: الجرائم التي تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها.

سنقوم باستعراض الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة، وفق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وعملاً بأحكام المادة (5) منه فإن المحكمة تختص بالبت في الجرائم الأشد وهي جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان، وقد ورد في (المواد 6،7،8) من نظام روما تعريفاً مفصلاً لأركان هذه الجرائم.

المطلب الأول: تصنيف الجرائم الدولية.

يوضح النظام الأساسي بأن المهمة الرئيسية في ملاحقة ومعاقبة مرتكبي الجرائم تقع على عاتق الدول الأطراف، والمحكمة تكمل تلك الجهود، هذا وتعتبر المحكمة النقطة المحورية لتطبيق نظام العدالة الجنائية الدولية، بحيث تشمل المحاكم الوطنية، والمحاكم الدولية والمحاكم التي تضم عناصر وطنية ودولية، فقد كان لتزايد حدة الصراعات الدولية والحروب في بقاع كثيرة من العالم، أثراً في زيادة ارتكاب جرائم الحرب ضد المدنيين وارتفاع معدلات انتهاكات حقوق الإنسان، في ظل غياب آلية مناسبة يتبناها المجتمع الدولي للحد من هذه الانتهاكات ومعاقبة من يقومون بها أو من يقفون خلفهم ومحاكمتهم، سواء كانوا أفراد أو دول أو منظمات أو حكومات.

الفرع الأول : جريمة الإبادة الجماعية.

عرفت المادة (6) من النظام الأساسي هذه الجريمة بأنها " أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفاتها هذه، إهلاكاً كلياً أو جزئياً ومن ذلك:

- قتل أفراد الجماعة.
- إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

- إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.
- فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.
- نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

ولجريمة الإبادة الجماعية مسميات عديدة منها: جرائم إبادة الجنس البشري أو جرائم إبادة الجنس، كلها تعبيرات عن معنى واحد أو مجموعة أفعال واحدة هدفها القضاء على الجنس البشري واستئصاله من بقعة معينة أو لصنف معين من البشر أو شعب من الشعوب. ينحصر جوهر الإبادة الجماعية في إنكار حق البقاء لمجموعات بشرية بإجماعها نظراً لما ينطوي عليه من مخافة للضمير العام ومن إصابة الإنسانية كلها بأضرار بالغة، فضلاً عن مخافته الأخلاق ومبادئ الأمم المتحدة¹.

فيما يتعلق بأركان هذه الجريمة فإنها تستلزم وجود القصد الخاص "الإهلاك"؛ باعتبار أن ارتكاب أي فعل من الأفعال المنصوص عليها بدون توفر نية الإهلاك ينفي الركن المعنوي لهذه الجريمة؛ وعليه تثور إشكالية إثبات القصد الخاص الذي غالباً ما لا يتوفر عليه دليل مكتوب². أما فيما يتعلق بالركن المادي فقد حدده النظام الأساسي بارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في المادة (6) والتي تم ذكرها. ولقد وجدت أمثلة كثيرة على جرائم إبادة الجنس، إذا أريدت كلياً أو جزئياً جماعات إنسانية لصفاتها العنصرية أو الدينية أو السياسية أو غيرها، ومن ذلك ما شهدته حرب البوسنة في السنوات العشر الأخيرة، فوفق تقرير وكالة الغوث للاجئين التابعين للأمم المتحدة 380 ألف شخص من مسلمي البوسنة تعرضوا لخطر المجاعة والأمراض

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، قواعد أساسية في نظام محكمة الجرائم الدولية، دار الكتب القانونية، 2008، ص16.

² فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي، بيروت، 2006، ص145.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

المسرطنة في مدينة سرايفو، كما أن رحلات المساعدة الجوية والقوافل البرية أعيقت وهوجمت من قبل القوات الصربية.³

وقد أدانت محكمة طوكيو العسكرية الدولية 28 متهماً من القادة والضباط اليابانيين لارتكابهم جرائم قتل المدنيين في الأراضي التي احتلتها اليابان، وذلك بالمخالفة لنص المادة (5) من ميثاق المحكمة وقواعد لوائح لاهاي، وحكمت عليهم المحكمة بأحكام مختلفة تتراوح بين الإعدام والسجن مدى الحياة.⁴

وتدعو الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء لتضمين قوانينها ما يلزم من نصوص لمنع وعقاب هذه الجريمة، وتوصي بتنظيم التعاون الدولي بين الدولة لتسهيل التحريم العاجل لهذه الجريمة والعقاب عليها.⁵

ووفق نظام المحكمة الجنائية تتميز هذه الجريمة بأنها ذات طبيعة دولية؛ والطبيعة الدولية لهذه الجريمة لا تعني ضرورة ارتكابها من مواطني دولة ضد دولة أخرى، ولكن قد تقع داخل الدولة الواحدة شرط أن تتحقق في أفعالها طبيعة الركن المادي لأفعال الإبادة الجماعية المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية ونظام المحكمة الجنائية الدولية.⁶ كما أن المسؤولية المترتبة عليها هي مسئولية مزدوجة تقع تبعتها على الدولة من جهة، وعلى الأشخاص الطبيعيين مرتكبي الجريمة من جهة أخرى.⁷

الفرع الثاني: الجرائم ضد الإنسانية.

وفق المادة (6) من النظام الأساسي المذكور تعتبر جرائم ضد الإنسانية تلك الأفعال التي ترتكب ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وتتضمن مثل هذه الأفعال القتل العمد، والإبادة، والاعتصاب،

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، 407-408.

⁴ سامح جابر البلتاجي، مرجع سابق، ص22.

⁵ عبد الواحد الفار، أسرى الحرب، رسالة دكتوراة، منشورة لدى عالم الكتب، القاهرة، 1975، ص298.

⁶ عبد الفتاح بيومي حجازي، قواعد أساسية في نظام محكمة الجرائم، مرجع سابق، ص31.

⁷ عبد الواحد الفار، مرجع سابق، ص208.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

والعبودية الجنسية، والإبعاد أو النقل القسري للسكان وجريمة التفرقة العنصرية وغيرها. الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية عرضة للعقاب بصرف النظر عن ارتكابها وقت "السلام" أو الحرب.⁸ وقد نصت المادة (7) من النظام الأساسي على الأفعال اللا إنسانية التي تدخل في اختصاص المحكمة وهي: القتل، الإبادة، الاسترقاق، إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان، السجن أو الحرمان الشديد على نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي، والتعذيب، والاعتصاب أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على ألبغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة والاختفاء القسري للأشخاص وجريمة الفصل العنصري، والأفعال اللا إنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تسببت عمداً في معاناة شديدة أو أي أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية. اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية متعلقة بنوع الجنس أو لأسباب أخرى، و من المعروف عالمياً أن القانون لا يميزها. وهناك من يرى أهمية قصر اختصاص المحكمة على الجرائم الدولية الثابتة في القانون الدولي العرفي، ويجد أهمية في تعريف هذه الجرائم تعريف دقيق وواضح في النظام الأساسي، وهذا وفق ما يقضي به مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وبهذا يكون قد تم لأول مرة في التاريخ تعريف الجرائم ضد الإنسانية في معاهدة دولية اعتمدت من قبل غالبية الدول.⁹ وهناك من يقول بأن الجرائم ضد الإنسانية تهدر القيم الأساسية التي ينبغي أن تسود في المجتمع الدولي، وتنقص من الاحترام الواجب للحقوق الجوهرية للإنسان.¹⁰

ونلاحظ أنه يجب أن تتوافر أركان محددة في الجرائم ضد الإنسانية تتمثل في وجوب أن تكون الجريمة من ضمن الجرائم المحددة حصراً في المادة (7) فقرة (1) من نظام روما الأساسي، وأيضاً أن

⁸ المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁹ محمد يوسف علوان، الجرائم ضد الإنسانية- المحكمة الجنائية الدولية- تحدي الحصانة، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، كانون الثاني 2002، ص 205.

¹⁰ محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص 177.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

ترتكب على نطاق واسع أو أساس منهجي وفق ما ورد ضمن المادة المذكورة، وأن تكون هناك سياسة في إتباع ذلك المنهج من قبل دولة أو منظمة أو مجموعة من الأشخاص.

لذلك هناك من يرى أن ركن السياسة هو الأساس في اختصاص المحكمة لأنه يعمل على تحويل الجريمة من جريمة وطنية إلى جريمة دولية، وتصبح من اختصاص المحكمة الجنائية الدولية كي تتدخل لحماية حقوق الأفراد والجماعات من الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان.¹¹

الفرع الثالث: جرائم الحرب.

لقد جاء في المادة (8) من النظام الأساسي للمحكمة في الفقرة (1): يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولا سيما عندما ترتكب في إطار خطة سياسية عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم. " ويجد عدد من الدول وجود حاجة لشرح هذه الفقرة؛ وذلك للتحقق من التزام المحكمة بالتركيز على حالات جرائم الحرب الخطيرة والتي تثير قلق المجتمع الدولي، حيث أنه يخشى من انشغال المحكمة بحوادث الحرب الأقل خطورة نسبياً، أو أن تلجأ لممارسة السلطة القضائية بالنسبة لهذه الجرائم حتى في الحالات التي تكون فيها الدول نفسها على أتم استعداد لممارسة السلطة القضائية تجاهها، وفي النهاية تم التوصل إلى حل وسط، يتلخص في أن المحكمة يمكنها ممارسة السلطة القانونية في الحالات الفردية من ارتكاب جرائم الحرب، ولكن في ذات الوقت يجب أن توفر المحكمة الحافز لإعطاء الأولوية لأكثر الجرائم انتهاكاً للمادة (8) من النظام الأساسي للمحكمة.¹²

ومن خلال دراسة المادة (2/8) نجد أنها تعرف جرائم الحرب باعتبارها انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف الأربعة، أي الأفعال المرتكبة ضد الأشخاص أو الممتلكات الذين تحميهم اتفاقيات جنيف ذات الصلة، وأيضاً الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي.

¹¹ محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية-نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة، من إصدارات نادي القضاة المصري، القاهرة 2001، ص 155-156

¹² هرمان فون هيبيل، تعريف جرائم الحرب في نظام روما الأساسي- المحكمة الجنائية الدولية- تحدي الحصانة- مجلة الأمن والقانون، 2002، ص 248.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

ومن بين الانتهاكات قيام دولة الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر بنقل بعض سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو إبعاد جميع سكان الأرض المحتلة أو نقلهم جميعهم أو بعضهم داخل هذه الأرض أو خارجها.¹³

وبدراسة المادة (8) من نظام روما نجد أنها حصرت جرائم الحرب في ثلاث فئات، الفئة الأولى تشمل الجرائم التي تمثل انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أغسطس 1949، وتمثل الفئة الثانية في الجرائم تمثل انتهاكات خطيرة للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطق الثابت للقانون الدولي مثل تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين أو مواقع مدنية، كذلك تعمد توجيه هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو وحدات أو مركبات في مهام للمساعدة الإنسانية.

أما الفئة الثالثة فهي الجرائم التي تقع في حالة نزاع مسلح غير ذي طابع دولي، وهي أفعال تقع ضد أشخاص غير مشتركين اشتراك فعلي في الأعمال الحربية، بما في ذلك القوات المسلحة الذين ألقوا سلاحهم وأولئك الذين أصبحوا عاجزون عن القتل بسبب المرض أو الإصابة أو الاحتجاز لأي سبب آخر، ومن هؤلاء الأشخاص متعهدي التوريد للمؤن ومواد التموين، ومقاولي البناء والممرضين والأطباء والمراسلين الحربيين وغير هذه الفئات.

الفئة الرابعة : الجرائم التي تقع في نزاع مسلح غير ذي طابع دولي على فئات مثل الفئات المنصوص عليها في الفئة الثالثة وذلك في حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية.¹⁴

الفرع الرابع: جريمة العدوان.

لقد تم إدراج هذه الجريمة ضمن أحكام المادة (5) الفقرة الثانية من نظام روما الأساس، لكن مع إيقاف التنفيذ؛ وذلك إلى أن يتوصل المجتمع الدولي إلى تعريف متفق عليه

¹³ محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، المادة (8-2-ب)، ص 240

¹⁴ عبد الفتاح بيومي حجازي، قواعد أساسية في نظام محكمة الجرائم الدولية، مرجع سابق، ص 108

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

للعُدوان، وإلى أن يتم وضع الشروط التي بناءً عليها، تستطيع المحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة.¹⁵

وعليه فهناك خلاف شديد بين أطراف النظام الأساسي للمحكمة حال دون الاتفاق بشأن تحديد أركان جريمة العدوان، وبالتالي فالمحكمة غير مختصة بنظر جريمة العدوان ويقتصر اختصاصها على الجرائم الثلاث السابقة الذكر، ونرى أن عدم اختصاص المحكمة بنظر جريمة العدوان هو تحرب، ذلك أن هذه الجريمة مكتملة العناصر والأركان، فالعدوان ليس جريمة ينقصها التعريف، ونجد أنها من أخطر الجرائم التي ترتكب، ويجب إدخالها ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وعدم إخضاعها لحجج وذرائع لا يقبلها القانون الدولي.¹⁶

وهناك من ينتقد عدم نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة الثامنة على اختصاص المحكمة فيما يتعلق باستخدام الأسلحة النووية والأسلحة البيولوجية أو الكيماوية والألغام، ضد الأشخاص وأسلحة الليزر المعمية، ويجد أنه من الأفضل أيضاً إدراج أسلحة الدمار الشامل في النظام الأساسي لروما، ذلك أن استخدام تلك الأسلحة محظور الآن بموجب القانون الدولي، ويجد أن استخدام تلك الأسلحة يجب أن يكون خاضعاً للرقابة القضائية لمحكمة الجنايات الدولية المستقبلية بصورة غير مباشرة.¹⁷

المطلب الثاني: نوع الولاية التي تباشرها المحكمة.

¹⁵ براء منذر كمال عبد اللطيف، الإرهاب والمحكمة الجنائية الدولية، جامعة الكويت، بدون سنة نشر، ص19. منشورة على الموقع

التالي: <http://barr.getgoo.us>. تاريخ الزيارة 2013/11/14

¹⁶ وقد عرف الفقيه (pella) العدوان على أنه (كل لجوء إلى القوة من قبل جماعة دولية، فيما عدا حالتها الدفاع الشرعي والمساهمة في عمل مشترك تعتبره الأمم المتحدة مشروعاً) ولقد اختلف الفقه في تعريفه للعدوان، فعرفه البعض الآخر بأنه (كل استخدام للقوة المسلحة في غير حالة الدفاع الشرعي، أو تنفيذ الالتزامات المترتبة على أعمال نظام الضمان الجماعي أو الأمن الجماعي. للمزيد: أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، القاهرة، دار النهضة العربية 1999، ص102-103

¹⁷ محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص158.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو معاهدة دولية ملزمة للدول الأطراف بالمعاهدة، وعليه فهي ليست كياناً فوق الدول، وإنما هي كيان مماثل لغيره من الكيانات الدولية، والمحكمة ليست بديلاً عن القضاء الوطني، بل الأصل في الاختصاص هو للقضاء الوطني، ووفق نظام المحكمة فإنه قضاء تكميلي.¹⁸

الفرع الأول: مبدأ التكامل.

لقد أشارت ديباجة نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لهذا المبدأ، فنصت في الفقرة العاشرة: "المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولاية القضائية الجنائية الوطنية".

أي أن المحكمة لم تأتي لتحل مكان القضاء الوطني، بحيث تكون بديلة عنه؛ وإنما ستكمله، وعليه فإن الصفة الدولية للجريمة لا تكفي لبرير ولاية المحكمة عليها، فهي لا تشمل إلا الجرائم الأكثر خطورة والتي تتصف بالصفة الدولية.

وهذا المبدأ يفيد انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني أولاً؛ فإذا لم يباشر اختصاصه؛ بسبب عدم القدرة على إجراء المحاكمة أو عدم الرغبة في إجراء هذه المحاكمة؛ يصبح للمحكمة اختصاصاً بنظرها.¹⁹

ووفقاً للمادة (17) من نظام روما الأساسي، تستطيع المحكمة أن تباشر اختصاصها عندما تكون الجريمة مرفوعة أمام المحاكم الوطنية للدولة؛ لكن تلك الدولة ليست لديها القدرة أو الإرادة لمباشرة التحقيق وإجراء المحاكمة، أو أن الدعوى مرفوعة أمام محاكم الدولة المختصة مكانياً بها؛ لكنها لم تباشر في التحقيق؛ لأنها قررت عدم محاكمته؛ لعدم رغبتها بذلك، أو أنها أخرت إجراءات التحقيق دون مبرر.

¹⁸ <http://www.icc-cpi.int> تاريخ الزيارة 2013/11/14.

¹⁹ يارعة القدسي، المحكمة الجنائية الدولية طبيعتها واختصاصها وموقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل منها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص129.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

كما تستطيع المحكمة أن تباشر ولايتها إذا كان مرتكب الجريمة قد حكم عليه من قبل، على الجريمة المنسوبة إليه، ولكن كانت تلك المحاكمة قد تمت وفق إجراءات قصد بها حمايته من المسؤولية الجنائية أو أنها تمت بشكل غير مستقل ونزيه، ولم تكن المحكمة الجنائية قد حاكمته على ذلك الجرم.

الفرع الثاني: الاختصاص الزمني.

يتضمن النظام الأساسي للمحكمة القاعدة العامة في القانون الجنائي والتي تقضي بعدم جواز تطبيق القانون بأثر رجعي، بمعنى أن المحكمة لا تختص سوى بالنظر في الجرائم التي ترتكب بعد دخول النظام الأساسي حيز النفاذ.²⁰

أما بشأن الدول التي تنضم للنظام الأساسي بعد بدء النفاذ، فلا تختص المحكمة إلا بالجرائم التي تقع بعد بدء نفاذ النظام بالنسبة لهذه الدولة، وهذا يعتبر تطبيقاً للمبدأ العام السائد في القانون الجنائي، وهو سريان القاعدة القانونية بأثر فوري ومباشر، وذلك من أجل تشجيع الدول على الانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة دون الخوف من الرجوع إلى الماضي، والبحث في الجرائم التي قد تكون الدولة ارتكبتها قبل الانضمام إلى المحكمة.²¹ ما لم تكن تلك الدولة قد أصدرت إعلاناً أودعته لدى سجل المحكمة تقبل بموجبه ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، والمرتكبة قبل نفاذ النظام بالنسبة لتلك الدولة.²² كما أن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة لا تسقط بالتقادم.²³ هناك من يجد أنه يكون للمحكمة صلاحية النظر في بعض الجرائم استثنائياً، والتي تمثل انتهاكات مستمرة، مثل حالة الاختفاء القسري للأشخاص، ذلك أن استمرار اختفاؤهم ما زال قائماً بعد بدء نفاذ صلاحية المحكمة للنظر في تلك الانتهاكات، حيث تتمتع تلك الجرائم بالاستمرارية، باعتبارها جرائم مستمرة زمنياً.²⁴

²⁰ المادة (11) فقرة (1) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

²¹ المادة (11) فقرة (2) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

²² المادة (12) فقرة (3) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

²³ المادة (29) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

²⁴ المحكمة الجنائية الدولية: تحدي الحصانة، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط1، دمشق، 2001، ص113.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

ويمكن أن يسند الاختصاص بالنظر في تلك الجرائم إلى المحكمة الجنائية بناءً على قرار يصدر عن مجلس الأمن بالاستناد إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، أو أن يتم إنشاء محكمة خاصة مؤقتة بقرار من مجلس الأمن كما هو الحال في محكمة يوغوسلافيا السابقة ومحكمة رواندا.²⁵ أو أن تقبل الدولة التي حصلت الجريمة على أراضيها، أو التي يكون مرتكب الجريمة أحد رعاياها باختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

وإذا لم يتحقق أي من الخيارات التي ذكرت؛ فإن تلك الجرائم تبقى خارج اختصاص أو ولاية المحكمة الجنائية الدولية، وبالتالي يفلت مرتكبوا تلك الجرائم من العقاب.²⁶ وعليه نجد أن ولاية المحكمة من الناحية الزمنية ضيقة جداً، وهناك حاجة إلى تعديل نظام روما الأساسي؛ كي لا يفلت مرتكبوا تلك الجرائم التي تستهين بكرامة البشر وبإنسانيتهم من العقاب.²⁷

الفرع الثالث: الاختصاص الشخصي.

يقصد بالاختصاص الشخصي: مدى اختصاص المحكمة في محاسبة الدول والأشخاص، وقد تناول نظام روما الأساسي النص على المسؤولية الجنائية الفردية، بحيث أن اختصاص المحكمة يطبق على الأشخاص الطبيعيين، فالشخص الذي يرتكب جريمة تندرج ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية²⁸، كما أن مسؤولية الفرد الجنائية لا تؤثر في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي.²⁹ ولكن الدولة تبقى مسؤولة عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة لأعمالها غير المشروعة؛ فتعويضهم عن الضرر كما هو مقرر في أحكام المسؤولية الدولية.³⁰

²⁵ وائل أحمد علام، مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 108-111.

²⁶ علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 229.

²⁷ DELLA MORTE Gabriele, Les frontières de la compétence de la cour pénale internationale : observations critiques, *Revue Internationale du Droit pénal*, N°01, Vol.73, 2002, p 34.

²⁸ المادة (25) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

²⁹ المادة (25) الفقرة (4) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³⁰ وائل أحمد علام، المرجع السابق، ص 123.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

أي أن النظام الأساسي لا يوقع أي مسؤولية جنائية على الدول، والمسؤولية المقررة للدولة في هذه الحالة هي مسؤولية مدنية فقط، كما نتوصل إلى أن المحكمة الجنائية الدولية تختلف عن محكمة العدل الدولية، فلا تنظر في قضايا الدول؛ لأن اختصاصها ينحصر في قضايا الأفراد، والجرائم التي تختص المحكمة بنظرها تنحصر مسؤوليتها في أشخاص القيادات التي أصدرت الأوامر بارتكابها، أو القيادات المدنية التي أشرفت على تنفيذ تلك الجرائم.

ويسأل الشخص جنائياً أمام المحكمة في حالة الشروع في ارتكاب أي جريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة.³¹ ولا يكون للمحكمة أي اختصاص على أي شخص يقل عمره عن ثمانية عشر عاماً وقت ارتكاب الجريمة التي نسبت إليه، كما أن الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن ثمانية عشر عاماً لا يكونون عرضة للمسؤولية الجنائية.³² وبهذا يكون نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية متوافقاً مع اتفاقية حقوق الطفل.

ومن أهم الأحكام التي تضمنها النظام المذكور، والتي تمثل تطوراً كبيراً في قواعد القانون الدولي، تقرير مساواة الأشخاص أمام القانون دون تمييز بسبب الصفة الرسمية، سواء أكان رئيساً لحكومة أو لدولة أو برلمان، أو موظف حكومي، ويسأل عن جرمته، ولا تشكل صفته أي دافع لتخفيف العقوبة عنه.³³ وبذلك لم يخرج نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عن المبادئ العامة التي رسخت في قواعد القانون الدولي. لذلك نجد من يقول بأن نص المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ما هو إلا تكرار لقواعد القانون الدولي المستقرة في شأن مسألة الحصانات والمسؤولية الجنائية لذوي السلطة عن الجرائم الدولية.³⁴

³¹ المادة (25) الفقرة (3) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³² المادة (26) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³³ المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³⁴ عادل ماجد، المحكمة الجنائية الدولية والسيادة الوطنية، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، الأهرام، 2001، ص31؛ لتفاصيل أوفى حول المسألة راجع:

BECHERAOU Doreid, L'exercice des compétences de la cour pénale internationale, *Revue Internationale de droit pénal*, Vol.76, 2005, N°03, pp, 345-347.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

الفرع الرابع: الاختصاص المكاني.

ويقصد بالاختصاص المكاني للمحكمة: أنها تختص بالجرائم التي تقع في إقليم كل دولة تصبح طرفاً في نظام روما، لكن في حال كانت الدولة التي وقعت على إقليمها الجريمة غير طرف في المعاهدة؛ فلا يكون للمحكمة ولاية بنظر تلك الجريمة؛ إلا إذا وافقت تلك الدولة على ولاية المحكمة بشأنها، وما هذا إلا إعمالاً لمبدأ نسبية أثر المعاهدات. ذلك أن هذه المحكمة أنشئت بموجب اتفاقية بناءً على معاهدة دولية، يتجسد فيها المبدأ الأساسي في قانون المعاهدات، وهو مبدأ الرضائية، حيث أن الدول في هذه الحالة لا تتعامل مع محكمة أجنبية أو ولاية قضاء أجنبية، بل تتعامل مع جهاز قضائي دولي شاركت في إنشائه كدولة طرف، وتمارس دوراً فيما يتعلق بالإجراءات التي تتعلق بتسييره، وهذا على اعتبار أنها أحد أعضاء جمعية الدول الأطراف، فتشارك بتعيين القضاة وغيرها من الأمور المتعلقة بالمحكمة، وعليه تعد المحكمة الجنائية امتداداً لولاية القضاء الوطني³⁵.

ولا يجوز التحفظ على بعض أحكام النظام الأساسي، حيث يشكل وحدة واحدة، فعلى الدولة أن تقبله جميعه، أو تطرحه كله، فهو لا يتجزأ.³⁶ وهناك من يرى أن هذا الأمر ينسجم ويتوافق مع الاتجاه التقليدي، والذي يرى بضرورة تكامل المعاهدة ووحدها³⁷.

لكن بقراءة باقي مواد ذلك النظام نجده أورد استثناءً، حينما نص على أنه يجوز للدولة عندما تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي أن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات بدءاً من تاريخ سريان النظام الأساسي، وهذا فيما يتعلق بالجرائم الواردة في المادة (8) عندما يقدم ادعاء بأن أحد رعايا تلك الدولة قد قام بارتكاب جريمة من تلك الجرائم، أو أن الجريمة قد تم ارتكابها في أراضيها³⁸.

³⁵ بارعة القدسي، مرجع سابق، ص126.

³⁶ المادة (120) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³⁷ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص20.

³⁸ المادة (124) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

وبذلك فإن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حدد قواعد إسناد الاختصاص إلى المحكمة فيشمل الدولة التي تصبح طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، حيث أنها بذلك تقبل اختصاص المحكمة بنظر الجرائم التي تدخل في اختصاصها، إذا كان المتهم بارتكاب الجريمة أحد رعاياها، أو إذا كانت دولة تسجيل السفينة أو الطائرة طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن السفينة أو الطائرة³⁹.

أما الدولة غير طرف في النظام الأساسي؛ إذا قبلت اختصاص المحكمة بنظر الجريمة، بموجب إعلان تودعه لدى مسجل المحكمة؛ فتلتزم هذه الدولة بالتعاون مع المحكمة. ونشير هنا إلى أن إعلان قبول الدولة لاختصاص المحكمة مقيد بنظر جريمة محددة، ويجب تحديده في كل مرة.

وبناء على ما سبق ذكره نجد أن ولاية المحكمة الجنائية الدولية في النظر بالجرائم ومدى تعاون الدول معها يختلف عنه في المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، حيث أن التعاون واجب بين الدول وهذه المحاكم، وهذا بالاستناد إلى قرارات مجلس الأمن المتضمنة إنشاء تلك المحاكم مثل المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة ورواندا، حيث كانت للمحكمتين المذكورتين أسبقية على المحاكم الوطنية فكان يجوز لهاتين المحكمتين الطلب بشكل رسمي إلى المحاكم الوطنية التنازل عن اختصاصها، ولا يجوز لتلك المحاكم (الوطنية) أن ترفض ذلك الطلب، أي أنّها ملزمة بالتعاون مع المحكمة في هذا الشأن.

وليس لها الخيار في قبول أو رفض ممارسة أي من هاتين المحكمتين لاختصاصها، وهذا وفق المادة (4) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، والمادة (3) من النظام الأساسي لرواندا⁴⁰.

³⁹ المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁴⁰ براء منذر كمال عبد اللطيف، علاقات المحكمة الجنائية الدولية (دراسة مقارنة)، ص12 منشورة على الموقع

التالي www.startimes.com تاريخ الزيارة 2013/11/14.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

بينما في المحكمة الجنائية الدولية فقد تم بيان هذا الأمر في المادة (12) من نظام روما الأساسي التي جاءت تحت عنوان الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص، وقد تناولنا شرح هذه المادة في هذا المطلب، ويستفاد منه أن الدول الأطراف التي صادقت على النظام الأساسي تلتزم بقبول ولاية المحكمة وتلتزم بالتعاون معها، ولكن إذا كانت جميع تلك الدول ليست أطرافاً في النظام الأساسي، فإنه يلزم كي تمارس المحكمة اختصاصها أن تقبل أحد تلك الدول باختصاص المحكمة بشأن الجريمة المرتكبة، ويكون ذلك بإعلان يتم إيداعه لدى مسجل المحكمة.

كما قد يكون تحريك الدعوى من قبل مجلس الأمن، حتى لو كانت جميع الدول ليست أطرافاً في النظام الأساسي، وحتى لو لم توافق تلك الدول على اختصاص المحكمة، وهذا يشكل خروجاً على مبدأ نسبية المعاهدات الذي تحدثنا عنه سابقاً، والذي يقضي بعدم انصراف أثر المعاهدة إلى الدول التي لم تقبل بها، أي أن ولاية المحكمة للنظر في الجريمة تكون إجبارية إذا حرك الدعوى مجلس الأمن، ويجب أن تتعاون معها الدول ذات العلاقة بالجريمة، وإلا فإن ذلك سيكون مدعاة لإثارة المشاكل داخل المجتمع الدولي⁴¹.

ونشير في النهاية إلى أن المحكمة الجنائية الدولية مستقلة عن الأمم المتحدة، وليست جهازاً تابعاً لها، وإنما تنظم العلاقة بينهما بموجب اتفاق تعتمده الدول الأطراف في النظام⁴².

المبحث الثاني: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بحماية حقوق الإنسان.

بعد خمسين عاماً من الجهود الدولية تم إقرار نظام المحكمة الجنائية الدولية في المؤتمر الدبلوماسي

⁴¹ براء منذر كمال عبد اللطيف، علاقات المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص9.

⁴² المادة (2) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

التابع للأمم المتحدة، و الذي إنعقد في روما في 17 جويلية 1998، و قد إستندت فكرة إنشاء هاته الهيئة إلى ضرورة إيجاد محكمة دولية تمتلك إختصاصات جزائية لمعاقبة الأشخاص لارتكابهم جرائم الإبادة الجماعية و الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب و جرائم العدوان، و قد تم الإتفاق على أن يكون مقر المحكمة في لاهاي، و حدد أعضائها 18 قاضيا ينتمون إلى دول مختلفة، و يتم إنتخابهم لمدة تسع سنوات و تشرف عليها جمعية عمومية تتألف من ممثلي الدول الموقعة على الإتفاقية.

المطلب الأول: الإختصاص المسند للمحكمة بحماية حقوق الإنسان.

إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية باعتبارها أحد أهم الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان من شأنه تأمين إستفادة البشرية منه من أجل حماية التراث المشترك للإنسانية حفاظا على سلامة و حياة الاطفال و النساء و الشيوخ في كل مكان تحقيقا للسلم و الأمن العالميين.

الفرع الأول: إختصاص المحكمة العام.

حول مدى فعالية المحكمة في القضايا التي تحال إليها، فالمحكمة لها نظام خاص في الإجراءات، ولها نظام خاص في العقوبات فهي مستقلة تعمل قانونها، و تعمل نظام إجراءاتها الخاص، و جميع قضاتها، يتم إختيارهم بالإتفاق بين الدول الأطراف، فيما يسمى بجمعية الدول الأطراف، و هذه الجمعية هي التي تعين عمل المحكمة و تعين القضاة و تباشر العمل اليومي لهذه المحكمة⁴³.

والإلتزام بنظام المحكمة و قراراتها لا يعد من قبل الإلتزام الأدبي، و كل الدول المصادقة على نظام المحكمة ملزمة إلتزام كامل بتنفيذ كل ما يصدر من المحكمة، و من غير المقصود أن هناك دولة تصادق على هذه الإتفاقية بإرادتها المنفردة، و في نيتها عدم إحترام أحكامها، أو عدم تنفيذها، و مثل هذا التصرف غير وارد في العرف الدولي، و النظام الأساسي وضع قواعد خاصة للتعاون مع المحكمة في

⁴³ عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، مطابع دار الأمل، الطبعة الأولى، 1999، ص 150.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

علاقتها بالدول الأطراف لإلزامهم بتقديم الأدلة، وجمعها، و إلزامهم بإحالة المتهمين إلى المحكمة الجنائية الدولية. و فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام فهناك جزء خاص في هذه الإتفاقية، و أحكام خاصة تخول المحكمة إبرام إتفاقيات ثنائية مع الدول الأطراف، و تكون بمثابة دول مقرر لتنفيذ العقوبة. كما أن هناك العديد من الإجراءات التي وردت ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تتخذها المحكمة في حالة إخلال دولة طرف بإلتزاماتها تجاه المحكمة، و من هذه الإجراءات فرض عقوبات متدرجة على الدول المخلة بإلتزاماتها تجاه المحكمة، حيث تبدأ أولاً جمعية الدول الأطراف في الفصل في مسألة إلتزام الدولة من عدمه بأحكام هذه الإتفاقية، و في حال ثبوت عدم إلتزام دولة بأحكام المحكمة الجنائية الدولية، و عدم عدولها عن هذا الموقف، فيتم عند ذلك إتخاذ إجراءات تصاعدية تصل إلى فرض عقوبات إقتصادية أو غير ذلك من العقوبات التي تقرها المحكمة وفقاً للتدرج الوارد في النظام الأساسي، و الذي يصل إلى تعليق عضوية تلك الدولة في المحكمة⁴⁴.

الفرع الثاني: علاقة المحكمة الجنائية الدولية بمجلس الأمن.

يسعى مجلس الأمن من خلال محاولاته المستمرة و المتكررة في إيجاد تدابير قضائية للحفاظ على السلم و الأمن الدوليين، لذا فإن من المسائل الهامة التي من شأنها أن تحدد مدى فاعلية آليات هذه المحكمة و إجراءاتها هو تسليط الضوء على ماهية العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية الدائمة و مجلس الأمن.

منح النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية دوراً مهماً لمجلس الأمن في ممارسة المحكمة

⁴⁴ فضل الله محمد إسماعيل، حقوق الإنسان بين الفكر الغربي و الفكر الإسلامي، مكتبة بستان المعرفة، عمان، 2004، ص 203؛ راجع كذلك بهذا الخصوص:

MBOKANI Jacques, L'impact de la stratégie de poursuite du procureur de la cour pénale internationale sur la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes de droit international, droit fondamental, N°07, janvier 2008-décembre 2009, p 35, in, www.droits-fondamentaux.org.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

لمهامها، من خلال إحالة القضايا إلى المحكمة أو التوقف عن النظر فيها. فقد نصت المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية على أن "للمحكمة أن تمارس اختصاصها على جريمة مشار إليها في المادة 5 من النظام في الأحوال التالية:

1- إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقا للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتطبت.

2- إذا أحال مجلس الأمن متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.

3- إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقا للمادة 15.

كما نصت المادة 16 من النظام على أنه: "لا يجوز البدء في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة إثني عشر شهرا إلا بناء على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، و يجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها".

و من الواضح ان نص المادتين 13 و 16 قد منح مجلس الأمن صلاحية مهمة و حاسمة في ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لمهامها، و أخضع هذه الممارسة لقرارات مجلس الأمن التي تصدر بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. و حقيقة وظيفة مجلس الأمن أنها هيئة سياسية و ليست قضائية، و تبنى قراراته على إعتبارات سياسية تفرضها موازنات سياسية، لا سيما الدول التي تتمتع بعضوية دائمة⁴⁵.

⁴⁵ فيصل شطناوي، حقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني، دار مكتبة الحامد، 1999، ص 250.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

المطلب الثاني: الإشكالات التي تعترض دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان. من خلال دراسة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تثار العديد من الإشكاليات التي تحتاج إلى بيان وإيضاح، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

الفرع الأول: الإختصاص النوعي للمحكمة.

نصت المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة على إقتصار إختصاصها على أشد الجرائم خطورة، و تم تحديده بالجرائم التالية: جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، جريمة العدوان، وجاءت الفقرة 2 من المادة نفسها بحكم يثير التساؤل والإستغراب حول إختصاص المحكمة على جريمة العدوان، حيث تم ربط النظر في هذه الجرائم بتحديد تعريف الجريمة وفقاً للمادتين 121 و 123 مع ضرورة أن يتم وضع الشروط التي تمارس المحكمة بموجبها الإختصاص فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا النص متسقاً مع الأحكام ذات الصلة بميثاق الأمم المتحدة. وبالرغم من وجود تعريف العدوان والمعتمد من الجمعية العامة بقرارها رقم 3314/د 209 بتاريخ 14 ديسمبر 1974، إلا أن النظام الأساسي للمحكمة لم يأخذ به⁴⁶.

الفرع الثاني-علاقة المحكمة بمجلس الأمن:

المفترض أن تكون هذه المحكمة بعيدة عن التيارات السياسية والمصالح الخاصة للدول، حيث أنها، و كما ورد بنظامها الأساسي هيئة مستقلة لها شخصيتها القانونية وأهليتها و تمارس وظائفها بإستقلالية تامة، و علاقتها بمجلس الأمن تثير تساؤل حول طبيعة هذه العلاقة.

ففي إطار ممارسة المحكمة لإختصاصاتها بشأن الجرائم المشار إليها في المادة 5 من النظام الأساسي فإن الإحالة إليها يتم إما من قبل الدول الأطراف، و إما من قبل مجلس الأمن، و يمكن لمجلس الأمن في هذه المرحلة الإحالة للمحكمة من خلال الفصل السابع من الميثاق وفقاً لما ورد في

⁴⁶ حمد، فيدا نجيب، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي، بيروت، 2006، ص 75.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة، و هذا لا خلاف عليه كون مجلس الأمن معني بالحفاظ على السلم و الأمن الدوليين، إلا أن دوره في إنشاء محاكم جنائية خاصة، و إحالته للقضايا إلى المحكمة الجنائية الدولية محل خلاف و نظر لوجود تعارض بين دور المجلس في كلتا الحالتين، كما شكلت المادة 16 من نظام المحكمة مسألة أخرى بالغة التعقيد. فقد تم إعطاء المجلس حق التدخل في إختصاص المحكمة فأصبح بإستطاعته إيقاف النظر في أية قضية تعرض على المحكمة لمدة لا تقل عن سنة. و لا شك أن وضع مجلس الأمن في ظل التنظيم الدولي الراهن، و في ظل سيطرة القطب الواحد و إنفراد دول معينة باتخاذ القرار سيكون له الأثر الكبير في عدم قيام هذه المحكمة الجديدة بدورها دون أية تأثيرات سياسية، و بالتالي، و بالتالي فتح الطريق لإمكانية الحد من إختصاصات المحكمة الدولية و تعطيل دورها⁴⁷.

الفرع الثالث: دور المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية.

من الإشكاليات التي أثرت في هذا النظام ما يتعلق بدور المدعي العام، فقد تباينت مواقف الدول بين مؤيد لدور المدعي و بين من يرى إعطائه دورا أكبر دون تقييد لمباشرة التحقيق، و تحريك الدعوى من تلقاء نفسه، و قد تم حسم هذه المسألة من خلال المادة 15 الفقرة 1 من النظام الأساسي التي تقرر بأن المدعي العام مباشرة التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات التي تدخل في إختصاص المحكمة.

و صلاحيات المدعي العام ليست مطلقة، بل هي مقيدة بقيد هامين:

القيد الأول: ما ورد في المادة 15 الفقرة 4 و التي تنص على أنه: "أن الدائرة التمهيدية تأذن

⁴⁷ علوان، محمد يوسف، الجرائم ضد الإنسانية-المحكمة الجنائية الدولية- تحدي الحصانة، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، كانون الثاني 2002، ص 55؛ للمزيد حول المسألة، راجع:

BOKA Maria, La cour pénale internationale entre droit et relations internationales, les faiblesses de la cour à l'épreuve de la politique des Etats, Thèse de doctorat d'Université Paris-Est, Paris, 2014, p 16.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة: نصيرة لوني - جامعة البويرة

للمدعي العام بالبدء في إجراء التحقيق".

القيد الثاني: ما ورد في المادة 18 و التي تنص على أنه: "يقوم المدعي بإشعار الدول الأطراف". وعليه و وفقا للنظام الأساسي للمحكمة فإن للمدعي العام واجبات و سلطات فيما يتصل بالتحقيق حيث يقوم في سبيل إظهار الحقيقة بتوسيع نطاق التحقيق ليشمل كل الوقائع و الأدلة المتصلة بوجود المسؤولية الجنائية، و عليه إتخاذ التدابير المناسبة لضمان فعالية التحقيق في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة. ومن سلطات المدعي العام التي تثير إشكاليات دوره فيما يتعلق بإجراء التحقيقات في إقليم دولة طرف، حيث ورد في المادة 99 فقرة 3 أنه يجوز للمدعي العام أن يباشر أعمال التحقيق دون حضور سلطات الدولة الموجه إليها الطلب و داخل إقليم هذه الدولة، و أن بوسعه على وجه الخصوص جمع إفادات من شهود و إجراء معاينة لموقع عام أو أي مكان عام آخر، فإن ذلك يشير إلى شبهة عدم دستورية هذه الفقرة لإخلالها بالسيادة الوطنية⁴⁸.

الفرع الرابع: الحصانة.

تنص العديد من الدساتير الوطنية على نوع من الحصانة ضد المقاضاة الجنائية بالنسبة لرئيس الدولة والمسؤولين الحكوميين و البرلمانين، و قد أثارت مسألة عدم الإعتداد بالصفة الرسمية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إشكالية كبرى، فنصت المادة 27 من النظام نفسه على أنه لا يجوز الإعتداد بالصفة الرسمية بأي حال من الأحوال للإعفاء من المسؤولية الجنائية أو جعلها سببا لتخفيف العقوبة، كما أن الحصانة أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني او الدولي لا تحول دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص. و جدير بالذكر أن الحصانة الممنوحة بموجب الدستور تختلف باختلاف طبيعة الحصانة ذاتها⁴⁹.

⁴⁸ هيل، هرمان فون، تعريف جرائم الحرب في نظام روما الأساسي- المحكمة الجنائية الدولية- تحدي الحصانة- مجلة الأمن والقانون، 2002.

⁴⁹ علاونة، ياسر غازي، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة تقارير قانونية (79)، ص 15.

دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية حقوق الإنسان

الأستاذة : نصيرة لوني - جامعة البويرة

خاتمة :

بالنظر إلى إختصاص المحكمة الجنائية الدولية التي عبرت عنها المادة 5 من النظام الأساسي التي نصت على أن دور المحكمة يقتصر على أشد الجرائم خطورة، لذا فإن إختصاص المحكمة ينحصر في جرائم الإبادة الجماعية، و الجرائم ضد الإنسانية، و جرائم الحرب، و جرائم العدوان، و بما أنه قد تبين لنا أن الشرعية الدولية لحقوق الإنسان قد بلغت ما يقارب 94 إتفاقية، و قد شكلت الإتفاقيات المتعلقة بجرائم الحرب ما نسبته 2.38% من تلك الإتفاقيات، أما الإتفاقيات المتعلقة بجرائم الإبادة الجماعية و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية بلغت نسبتها 3.19%، و بذلك يتضح أن إختصاص المحكمة الجنائية الدولية يمثل ما نسبته 9.57% من المجموع الكلي للإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان.

عند النظر فيما نصت عليه المادتين 13 و 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتبين أن الحماية الدولية الجنائية أصبحت ذات طابع سياسي أكثر منه قانوني، حيث يفهم ضمناً أن هاتين المادتين أرادتا تسييس دور المحكمة في ظل النظام العالمي الراهن، الذي يعاني غالباً من فقدان المعايير الشاملة للتوازن السياسي، و هذا ما يفسر إحجام العديد من الدول عن الإنضمام للمحكمة الجنائية الدولية. و من خلال ما سبق يمكن الإشارة إلى التوصيات التالية:

- 1- إتضح من البحث أهمية الرجوع إلى تفعيل آليات و وسائل و إجراءات الحماية الوطنية لحقوق الإنسان و التعامل معها لكونها ركيزة من الركائز الأساسية التي يقوم عليها أمن الفرد و المجتمع والدولة.
- 2- التركيز على دور مجلس الأمن باعتباره المحرك الرئيسي للسياسة في العالم الذي أثر في سعي المجتمع الدولي لتحقيق السلم و الأمن الدوليين؛ و من الجوانب المهمة في هذا الجانب على وجه الخصوص التركيز على مفهوم "العدالة الجنائية الدولية"، و أهم المسائل التي تتمحور حوله، باعتباره وسيلة تبين أوجه الخلل الذي يعاني منه أمن المجتمع الدولي.

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قويدر جامعة الأغواط

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو

الدكتور: الطاهر بن قويدر - جامعة الأغواط

تاريخ الإستلام: 10 جوان 2018 تاريخ القبول للنشر: 03 جويلية 2018

ملخص:

يرتبط تحقيق السياسة الاستثمارية في الدولة بقوانين نوعية تعالج موضوعات هامة تتصل بالاستثمار وتؤثر فيه بصفة مباشرة، ومنها قوانين الملكية العقارية وتنظيم استغلال العقار، هذا الأخير التي تتحكم إلى حد بعيد في تحقيق وتجسيد هذه السياسة، وبقدر تنظيم وتوجيه الاستثمارات العقارية يمكن التحكم في التنمية الاقتصادية بمختلف أشكالها، صناعية، فلاحية، وعمرانية، فهناك ارتباط عضوي بين الملكية العقارية والوضعية الاجتماعية والاقتصادية للأفراد والأمم، ولذلك اهتمت جلّ قوانين العالم بتنظيم الملكية العقارية عن طريق سنّ قواعد قانونية تنظم كل التصرفات التي ترد عليها.

الكلمات المفتاحية: العقار، الإستثمار، العقار الصناعي، التنمية.

Abstract

The realization of the investment policy in the country is linked to specific laws that deal with and directly affect important investment-related issues, including real estate laws and real estate exploitation regulation, which largely control the realization and embodiment of this policy. In various forms, industrial, agricultural, and urban, there is an organic link between property and social and economic status of individuals and nations, and therefore most of the world's laws focused on the regulation of real estate through the enactment of legal rules governing all the actions.

العقار كآلية يجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

مقدمة :

من المسلم به أن رأس المال الأجنبي الذي تسعى الدولة الجزائرية بكلّ الوسائل لاستقطابه هو الدعامة الأساسية لعملية النمو والتنمية الاقتصادية ، لأنه الحلّ الوحيد في الوقت الراهن للخروج من الأزمة الاقتصادية الخانقة التي تعيشها الجزائر، إلا أنه رغم المحاولات المتتالية الإصلاحية للقوانين في كلّ المجالات لجعل النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية أكثر جذبا للمستثمرين الأجانب ، فهي غير كافية ، بل وتبقى رهينة للحماية القانونية الممنوحة على المستويين الدولي والداخلي للدولة المضيفة وبالخصوص فيما يخص حماية الملكية العقارية.

يشكل العقار مجموع الفضاء الإقليمي للبلاد، وهو متنوع بالنظر لتنوع طبيعة النشاط الاستثماري ، سواء كان نشاطا فلاحيا، أو صناعيا ، أو سياحيا.

وقد نظم المشرع الجزائري الملكية العقارية ، خاصة العقارات المبرمجة لإنجاز مشاريع استثمارية بعد الاستقلال في عديد من القوانين، بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية والتوسيع من مجال تنوع رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية ، مما قد يساهم في إنجاز مختلف المشاريع الاقتصادية المبرمجة .

وتقتضي دراسة المركز القانوني للعقار الموجه للاستثمار ضرورة التطرق لمختلف الجوانب

القانونية، والتنظيمية المنظمة له، مع ضرورة تحليل النصوص القانونية الموجودة بما يتلاءم مع

المحيط الاقتصادي المبني على حرية المبادرة و المنافسة، و دراسة مدى أثره على جلب

الاستثمار الوطني ، أو الأجنبي، وعليه نتساءل :

هل استطاع المشرع انطلاقا من مختلف التشريعات المتعلقة بالعقار عبر مراحل تطورها ، إيجاد

تأمين عقاري للمستثمرين الأجانب والوطنيين ، وما مدى ملائمة هذه التشريعات للسياسة

العقارية في الجزائر؟ . للإجابة على ذلك، يمكن معالجة هذا الموضوع بالتطرق إلى :

المبحث الأول : العقار وأهميته في مجال الاستثمار .

المبحث الثاني : التشريعات العقارية للاستثمار وأفاق تنظيمها في الجزائر .

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

المبحث الأول : العقار وأهميته في مجال الاستثمار .

يعد موضوع العقار نظرا للدور الكبير الذي يلعبه في التنمية الاقتصادية والاجتماعية محورا استراتيجيا في تسهيل الاستثمار وضمائه، ولذلك كان من الواجب إضفاء حماية صارمة على الملكية العقارية وإحاطتها بجملة من الضمانات الأكيدة، سواء أكانت بمبادئ دستورية أو قواعد قانونية تحقيا للوظيفة التي يؤديها .

إنّ التحولات الاقتصادية والسياسية التي مرّت بها الجزائر أثرت على السياسة العقارية ، التي شهدت بعض التغيير ابتداء من الثمانينات وبداية التسعينات، وهو ما نتج عنه كم هائل من النصوص القانونية التي جسّدت هذا التحوّل في مجال العقار الفلاحي والصناعي¹ .

وفي إطار مختلف سياساتها ، قد بادرت الجزائر إلى تنظيم و محاولة توفير المواقع العقارية المناسبة والمهيأة لاستقبال النشاطات الصناعية ، بهدف تلبية الحاجيات العقارية لكل المتعاملين الاقتصاديين العموميين والخواص، وطنيين كانوا أو أجانب . وتظهر أهمية العقار في مجال الاستثمار (المطلب الثاني) من خلال وفرته أثناء مطالبة المستثمرين به، كونه أداة لتحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة ، غير انه أولى بنا أولا إعطاء مفهوم له (المطلب الأول) .

المطلب الأول : مفهوم العقار في مجال الاستثمار.

العقار ثروة اقتصادية هامة وحب امتلاكه وجد منذ أن خلق الله الإنسان وغرس فيه غريزة حب المال والتملك، غير أن التنافس في طلبه أدى إلى ظهور العديد من الخلافات فيما بين المجموعات البشرية، وهذا ما أدى بالعديد من الدول إلى وضع إطار تشريعي لتنظيم الملكية العقارية الخاصة، أو العامة بالاستناد على مختلف العلاقات الاقتصادية، والاجتماعية والتاريخية التي تحدد طبيعة الملكية العقاريةⁱⁱ.

ولقد حاولت الجزائر تغيير طبيعة الخريطة العقارية المعقدة التي كانت في فترة ما قبل الاستقلال، من خلال إعادة تنظيم العقار كقيمة اقتصادية هامة، و قد تجلّى ذلك في إلغاء كل

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

القوانين التي كانت تتناقض مع السيادة الوطنية، وهذا ما أدى إلى إعادة النظر في تنظيم الملكية العقارية في مختلف القوانين المسيرة للأموال العقارية خاصة الشاغرة منها ، والذي أعطى مهلة قانونية لكل الأشخاص الذين غادروا ممتلكاتهم العقارية للعودة إليها في أجل ثلاث أشهر، وإلا اعتبرت أملاكهم شاغرة وتعود ملكيتها للدولةⁱⁱⁱ. ويتطلب إعطاء مفهوم للعقار كآلية للاستثمار إعطاء تعريفا له (الفرع الأول) ثم بيان خصائصه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تعريف العقار.

العقار الاقتصادي المخصص والموجه للاستثمار هو جزء من الوعاء العقاري العام، والذي يشكل احتياط يوجه لتلبية احتياجات المستثمرين سواء كانوا وطنيين أو أجانب، إلا أن الاحتياطات العقارية الموجودة تتشكل في أغلبيتها من الأملاك العقارية الخاصة، سواء كانت تابعة للدولة، أو للأفراد .

ويتجلى المفهوم اللغوي للعقار كونه قيمة مادية غير قابلة للانتقال ومتصلة بالأرض ، حيث يعرف العقار على أنه " كل ما له أصل وقرار كالأرض والدار و المتاع " وقد يكون هذا الأخير حسب التعريف اللغوي دائما عقارا أصليا مرتبط بالأرض ، أو عقارا بالتخصيص يخدم العقار الأصلي . كما يعرف العقار اصطلاحا انه " ملك ثابت له أصل، وهو كل ما كان خالص الملكية أي غير مرتبط برهن رسمي، أو حيازي، أو أية ديون أخرى، ويأتي بدخل سنوي دائم و الذي يسمى ريعا^{iv} . الملاحظ من هذا التعريف الاصطلاحي انه ركز على أن العقار هو كل حيز ثابت في مكانه وأصله الأرض ، ولا يمكن نقله بدون تلف، ويدر ماله أو لمالكيه أرباح تجارية .

أما تعريفه القانوني حسب ما جاءت به أحكام التقنين المدني الجزائري ، من خلال أحكام المادة 683 منه على أنه " كل شيء مستقر بجيزه و ثابت فيه، و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، و كل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول...."^v .

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

إن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 683 ، نجده قد عرف العقار على أنه الشيء الثابت في حيزه ، الذي لا يمكن نقله بدون تلف ، وهذا خلافا للمنقول الذي هو بطبيعته قابل للانتقال والحركة^{vi} .

يستنتج من هذا التعريف القانوني على أن الموقع الثابت للعقار عنصرا جوهريا فيه ، يساعد في عملية التحكم فيه و صيانتته ، بالنظر لعدم إمكانية تحويله من جهة إلى أخرى، وهذا ما يعد عامل هام، وضمنان أساسي بالنسبة للمستثمرين في الحصول نهائيا عليه، مع كل ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، وقضائية وتنظيمية ، مما يوفر ضمانات أكيدة خاصة في حالة وجود نزاع حول الملكية العقارية المحولة للاستثمار، فالاختصاص القضائي في النزاعات المتعلقة بالعقارات تعود دائما لمحكمة موقع العقار كاختصاص أصلي و وحيد^{vii} .

الفرع الثاني: خصائص العقار.

يتميز العقار بخصائص معينة تميزه عن غيره من الأملاك المنقولة، وتتضح وتتجلى هذه الخصائص في النقاط التالية :

العقار هو حيز ثابت لا يمكن نقله من جهة إلى أخرى من دون تلف، على عكس المنقول، الذي يمكن نقله بدون تلف، وهذا ما يبرز خاصية العقار في كونه ملتصق بالأرض، بالرغم من كل الأشغال التي تقام عليه .

أعطى المشرع الجزائري للعقار حماية قانونية خاصة ، على عكس الأملاك المنقولة، بقصد منع أي استغلال أو اعتداء تعسفي عليها، سواء كانت أملاك تابعة للدولة أو البلدية أو الولاية أو أملاك خاصة تابعة للأفراد وللتطبيق هذا ، تم إحداث مديريات ولائية، و وطنية مثل مديرية أملاك الدولة، مديرية الحفظ العقاري على مستوى المحافظة العقارية، مديرية الضرائب، ويضاف لها مفتشيات تابعة لها، مثل مفتشية أملاك الدولة، مفتشية الضرائب على مستوى البلدية، وكل هذا يضاف له ما هو

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

متوفر، وموجود في شكل مصالح عمومية، موضوعة تحت وصاية وزارة المالية، ومصالح التسجيل ومسح الأراضي^{viii}.

انتقال الملكية العقارية يكون بموجب اتفاق رضائي، أو قرار إداري فيما يخص الأملاك الخاصة للدولة، و يجب أن تكون فيها الأركان الأساسية لانتقال الملكية في العقد، كالبيع مثلا من ضرورته توفر الرضا والمحل، إضافة إلى السبب التعاقد، ويجب أن يكون هذا العقد موثق، ومشهر في المحافظة العقارية.

إجراءات انتقال الملكية العقارية هي من النظام العام، لا يجوز مخالفتها بالنظر للخصائص التي تميزها عن الأملاك المنقولة من حيث التسيير، والإدارة، إضافة لانتقاله، أو حيازته. باعتباره حقا محمي قانوناً لا يجوز التعدي عليه بأي وسيلة كانت، ويعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها القانون، حتى وإن كان للدولة في بعض الأحيان حق اللجوء إلى أسلوب التأميم، أو نزع الملكية للمنفعة العامة، وكل ذلك يجب أن يتم في ظل احترام إجراءات قانونية، وإدارية كفيلة بضمان تعويض عادل، منصف، وقبلي للمتضررين.

يعد العقار الاقتصادي التابع للدولة إضافة لما سبق ذكره قيمة اقتصادية تدر أرباح تجارية بصفة مستمرة ودائمة، على عكس الأملاك المنقولة التي تعتبر مدا خيلها ضئيلة ونسبية^{ix}.

المطلب الثاني: أهمية العقار في مجال الاستثمار.

تدعيم الاستثمار الوطني بصفة مستمرة، ودائمة من شأنه أن يؤثر بصورة إيجابية على جلب الاستثمارات الأجنبية، وهذا ما تجلّى في إعادة النظر في طريقة تسيير، واستغلال العقار، والذي قد يؤدي إلى التنازل عن الأملاك العقارية للمستثمرين الوطنيين على وجه الخصوص، إلا أن الظرف الاقتصادي يحتم اللجوء إلى تعديل عميق في القوانين الخاصة بإكساب الملكية العقارية، وتلك الخاصة بالاستثمار، حتى يتمكن المستثمر الأجنبي من إمكانية الحصول على وعاء عقاري مهما كانت طبيعته، لإنجاز مشروعه الاستثماري.

العقار كآلية يجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

ويعد تدعيم الدولة للمقاولة الخاصة عمل من شأنه تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية ، بما يتماشى مع الإصلاحات الاقتصادية المنتهجة، إذ أن تجديد مجال الاستثمار يرتبط بسياسة التنمية التي تضعها الدولة.

إن النظام القانوني المنظم للملكية العقارية، وتحويلها بغرض الاستثمار أدى إلى تشجيع المستثمرين على الاستثمار (الفرع الأول) كما انه يعد ركيزة لتنظيم سوق عقارية حرة، وشفافة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تشجيع المستثمرين على الاستثمار.

تشجيع الاستثمارات بواسطة منح أوعية عقارية سوف يؤدي إلى توسيع حجمها ومجالاتها، وهذا ما تجلى فيما سبق في المرونة الموجودة في تطبيق قانون الملكية العقارية ، خاصة من حيث الأسس التي وضعتها الدولة لتنظيم العقار الصناعي، أو الفلاحي أو السياحي، وقد تجلى ذلك في عقود الشراكة المختلفة التي أبرمت بين مختلف المؤسسات الاقتصادية العمومية، والمستثمرون الأجانب لتسيير هذه الأخيرة في مختلف الأملاك المنقولة والعقارية التي تمتلكها، وهذا ما أدى في بعض الأحيان إلى التنازل عن الأصول العقارية لهذه المؤسسات بصفة نهائية، كون أن الملكية العقارية تعطي لصاحبها، ومالكها أقصى الامتيازات الممكنة الحصول بغرض تملكها^x .

قد ظهر بصفة واضحة تدعيم الاستثمار في القطاع الصناعي ، وذلك في العديد من المؤسسات الاستثمارية الوطنية، والأجنبية المتواجدة في السوق الوطنية، وقد تجلى ذلك في الأوعية العقارية العديدة الممنوحة في إطار المناطق الصناعية، ومناطق النشاطات لصالح المستثمرين الوطنيين، أو الأجانب، إضافة للقطاع السياحي والخدمات، والتي بلغت فيه نسبة الاستثمار درجة عالية، مما خلق جو من المنافسة التي عملت على التأثير بصورة مباشرة على الأسعار، ومن ثم على ازدياد نمط الاستهلاك المحلي، ولتشجيع أكثر الاستثمارات في مناطق التوسع السياحي ينبغي تخصيص الأراضي

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

العقارية الموجودة فيها خاصة تلك القريبة من الشواطئ، والتي تدخل ضمن الأملاك العقارية البحرية الخاصة التابعة للدولة.

يعتبر وجود العقار كعامل حاسم في الاستثمار من شأنه أن يعطي للمستثمرين الوطنيين أو الأجانب ضمانات كافية للمخاطرة برؤوس أموالهم، واستثمارها في مختلف الميادين الاقتصادية، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق قيمة مهمة للنمو الاقتصادي، والعمل على استفادة المستثمرين من حركية تحويل رؤوس أموالهم إلى بلدانهم الأصلية، حيث أن هؤلاء يقتضي توفرهم في الأصل على الصفة الخاصة بأنه مستثمر يحق له مباشرة مختلف الاستثمارات بحيث أنه يمكنه من إنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة. إن توفير العقار كعامل حاسم في الاستثمار من شأنه تنويع مجالات الاستثمار في غير قطاع المحروقات^{xi}، مما يؤدي إلى تطوير قطاعات ذات طبيعة إستراتيجية مثل القطاع الفلاحي والصناعي، والسياحي وينعكس بصفة أساسية على الطلب عليها، وذلك بوجود منافسة بين مختلف المستثمرين في السوق العقارية.

الفرع الثاني : تنظيم السوق العقارية.

لقد حرص المشرع الجزائري بعد فترة الإصلاحات الاقتصادية على إيجاد قواعد هدفها التخفيف من الضغط على الدولة في القطاع الاقتصادي، خاصة مع عوامة الاقتصاد الدولي، بحيث أن المؤسسات الاقتصادية بدأت بالاستثمار أكثر فأكثر في الخارج، خدمة لمصالحها والأهداف التي تؤدي إلى ديمومتها، فالأسواق الأكثر أهمية للمؤسسات التابعة للدولة المتطورة تعود للأشغال الكبرى المرتبطة بالمنشآت، وبناء المصانع^{xii}.

وبذلك فتح المشرع الجزائري المجالات ذات الطبيعة الإستراتيجية على الاستثمار وهذا ما أدى إلى بداية انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، والعمل على تكريس سوق حقيقية للعقار، حيث لا يكون للدولة إلا دورًا ثانويًا فيها، من حيث الضبط والتنظيم والمراقبة، مما سمح برفع الاحتكار على تسيير العقار خاصة في ظل ظهور، وجود المتعاملون الاقتصاديون الخواص كعنصر فاعل داخل

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

السوق العقارية المرتقب تأسيسها، والذي من شأنه القضاء على إشكالية الندرة في الأوعية العقارية وخلق منافسة شريفة بين المتعاملين العقاريين .

إن تجسيد فكرة السوق العقارية الحرة، والمرنة من شأنه خلق المنافسة ما بين عدة أطراف سواء كانوا متعاملين خواص، أو عموميين ، خاصة وأن أغلبية العقار الموجود هو تابع للأملاك الخاصة للدولة، ومن بين الأهداف التي يسعى إليها المشرع الجزائري لتحقيقها ، هو إنشاء قواعد تنظيمية وقانونية لوجود سوق عقارية حرة، وقد تجسد ذلك في الأرضية المنظمة للوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية التي نصت على ضرورة إنشاء و تأسيس سوق عقارية حقيقية تكون محررة من كافة القيود البيروقراطية^{xiii} .

تنظيم سوق عقاري حقيقي يقتضي تحريره من كافة القيود الإدارية التي تحول دون وجود تنافس فيما بين المستثمرين والمقرين العقاريين في عملية الحصول على العقار، وإعادة تحويله للاستثمار، خاصة وأن العقارات الخاصة تعتبر ذات قيمة كبيرة للسوق العقارية في ظل عولمة الاقتصاد ، مما يؤدي بالتنافس ما بين عدة مؤسسات اقتصادية بهدف تحقيق الربح .

للدولة دور أساسي في تنظيم السوق العقارية من خلال التحضير لمختلف القوانين الأساسية التي تؤطرها وتنظمها، إضافة إلى ضرورة صيانة هذه الأملاك على المدى الطويل والمتوسط ، وفي هذا الصدد يظهر دور الجماعات المحلية في الحفاظ على الثروة العقارية الموجودة^{xiv} .

المبحث الثاني: التشريعات العقارية للاستثمار و آفاق تنظيمها في الجزائر.

إن المشرع الجزائري سعى إلى تنظيم عملية مسح الأراضي وفقاً للأمر رقم 74/75 الخاص بمسح الأراضي السابق الذكر ، لأجل الوصول إلى تحديد طبيعة الأملاك العقارية بصفة عامة، ومعرفة الأملاك العقارية التي تكون تابعة للدولة من جهة، وللأفراد من جهة ثانية، غير أن هذا النظام قد عرف إشكالات عديدة في تطبيقه من حيث عدم تقييد الإدارة المكلفة بعملية المسح والجرد بالنصوص القانونية، والتنظيمية المنظمة لذلك، خاصة عدم التزامها بإجراء الأعمال التحضيرية التي تكون مبرمجة

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

قبل بدأ عملية المسح، وهو الإجراء القانوني الذي يجب أن تقوم به البلديات بالتنسيق مع مديريات أملاك الدولة على المستوى الولائي، وقد تمت عملية مسح الأراضي في الكثير من الأحيان من دون مشاركة إدارة مسح الأراضي، وفي هذا الإطار تم تسليم العديد من الدفاتر العقارية تتجاهل فيها بصفة حقيقية الطبيعة القانونية للعقارات التي مستها عملية المسح^{xv}.

وبعد إعطاء لمفهوم للعقار كآلية لجلب الاستثمار وبيان أهميته نستطيع التطرق إلى مدى ملائمة هذه التشريعات العقارية للاستثمار (المطلب الأول) وبيان أفاق تنظيمها في الجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التشريعات العقارية الموجهة للاستثمار في الجزائر.

يرتبط تحقيق السياسة الاستثمارية في الدولة بقوانين نوعية تعالج موضوعات هامة تتصل بالاستثمار، وتؤثر فيه بصفة مباشرة، ومنها قوانين الملكية العقارية وتنظيم استغلال العقار، هذا الأخير الذي يتحكم إلى حد بعيد في تحقيق وتجسيد هذه السياسة. وبقدر تنظيم وتوجيه الاستثمارات العقارية يمكن التحكم في الانماءات الاقتصادية بمختلف أشكالها: صناعية، فلاحية وعمرانية، وهناك ارتباط عضوي بين الملكية العقارية والوضعية الاجتماعية والاقتصادية للأفراد والأمم، ولذلك اهتمت جلّ قوانين العالم بتنظيم الملكية العقارية عن طريق سنّ قواعد قانونية تنظم كل التصرفات التي ترد عليها^{xvi}.

ولقد سعت الجزائر في إطار مختلف سياساتها في تطوير وترقية الاستثمار، بتنظيم و محاولة توفير المواقع العقارية المناسبة والمهياة لاستقبال النشاطات الصناعية، بهدف تلبية الحاجيات العقارية لكل المتعاملين الاقتصاديين، وهو ما نتج عنه كم هائل من النصوص التشريعية التي جسدت هذا التحوّل (الفرع الأول) غير أن تقييم مدى ملائمة هذه النصوص التشريعية (الفرع الثاني) يقتضي التوقف عند الإطار الزمني والمكاني التي صرت فيه مختلف هذه النصوص.

العقار كآلية يجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

الفرع الأول : التطور التشريعي العقاري الموجه للاستثمار في الجزائر.

إنّ البحث في طبيعة النظام العقاري في الجزائر بعد الاستقلال يقتضي تقسيم هذه الفترة إلى مرحلتين ، الأولى خضعت لسياسة اشتراكية امتدت إلى غاية صدور دستور 1989 ، والثانية تميزت ب طابع ليبرالي طبقا لما أولاه دستور 1989 . فبعد استرجاع الجزائر لاستقلالها، شهدت إشكالية النظام العقاري من حيث طبيعته وتنظيمه تحولا جذريا ما دفع السلطة الوطنية آنذاك إلى القيام بعدة مبادرات أهمها : نظرا لشغور غالبية الأملاك العقارية المملوكة والمستغلة من طرف الأجانب أساسا إلى جرد ثم إصدار مجموعة من النصوص القانونية ، بهدف حماية وتسيير الأملاك الشاغرة^{xvii} .

حماية الأملاك الموضوعة تحت حماية الدولة وتأميم الأملاك الشاغرة ، وهي تجسيد لعملية نقل مال مملوك للأفراد لصالح الدولة بقوة السلطة^{xviii} .

ولتحقيق تقدم هام ومستدم في الأرياف ، تبنت السلطة آنذاك إ صلاحا جذريا للهياكل الزراعية الموجودة وتنظيم أشكال تملك الأراضي، من خلال الأمر رقم 71 / 73 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية.

إصدار الأمر رقم 74/75 في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

إعادة تنظيم العقار الفلاحي وكيفية استغلاله ، وذلك من خلال القانون رقم 87/19 المؤرخ في 08/12/1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية .

أما المرحلة الثانية فبدأت بصدور دستور 1989 الذي أعاد الصورة الإيديولوجية للدولة ، فتأثر حق الملكية لذلك بشكل حاسم ، فصدرت على التوالي :

القانون 90/25 المؤرخ في 08/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 95/26 .

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 .
المرسوم التنفيذي رقم 483/98 المؤرخ في 1997/12/15 المتضمن كيفيات منح حق الامتياز لقطع الأراضي التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة .
القانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية ، وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري^{xix} .
المرسوم التنفيذي رقم 120/07 المؤرخ في 2007/04/23 المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، وتشكيلتها وسيرها .
المرسوم التنفيذي رقم 122/07 المؤرخ في 2007/04/23 يحدد شروط و كيفيات تسيير الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلية .
الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية .
القانون رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 المتضمن قانون التوجيه الفلاحي والنصوص التطبيقية له .

الفرع الثاني : انسجام التشريعات العقارية مع حجم الاستثمارات.

إن إعادة تنظيم طريقة منح العقار بغرض الاستثمار يجب أن تشتمل على آليات التسيير المختلفة باختلاف طبيعة العقار القانونية، سواء كان ذو طبيعة صناعية، أو فلاحية، أو سياحية، وغير أن عدم وجود منهجية وطنية لتنظيم العقار الاستثماري قد كرس وخلق وضعاً واقعاً متناقضاً، إذ أن حتى المؤسسات المصرفية امتنعت على منح وتقديم قروض عقارية بغرض الاستثمار، أو شراء أوعية عقارية لإنجاز مشاريع استثمارية، خاصة المشاريع الصغيرة، أو المتوسطة، ويعد ذلك تأخير إضافي لحل مسألة العقار الموجه للاستثمار، حيث أن عدم إعداد سندات الملكية العقارية بصفة

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

عامة يرجع إلى عدم مسح الأراضي، وتأسيس الفهرس البلدي الذي نص عليه قانون التوجيه العقاري ، وهذا ما خلق رؤية غير واضحة في مجال العقار الاستثماري^{xx} .

إن تحقيق الانسجام ما بين مختلف النصوص القانونية التي تنظم العقار الموجه للاستثمار يتطلب وجود إستراتيجية وطنية لتنظيم، و تأطير عملية تحويل العقار الصناعي، و الفلاحي والسياحي، تسمح باستقبال مختلف المشاريع الاستثمارية، وبالرجوع إلى النصوص القانونية السالفة الذكر المنظمة للعقار، والاستثمار يتضح أنها لم تنظم ذلك، وإنما نصت فقط على مجال تطبيق الرسوم العقارية، والضريبة العقارية بتخفيفها أو تخفيضها على الملكيات المبنية كالأراضي غير المزروعة والمستخدمة لأغراض تجارية.

كما أن الأوعية العقارية تتطلب تسييرا منهجيا ملائما يجب أن يكرس الشفافية المطلقة في تسييره، وفقا لإطار قانونيا واضحا ، يسمح بتنظيمه ووفقا للمعطيات جديدة تراعي الذهنيات السائدة، خاصة في تنظيم، وتأطير العقار الموجود في الريف ، بحيث أن فشل فرض الاستغلال الجماعي للعقار المباشر يرجع إلى عدم أخذه بعين الاعتبار واقع الريف الجزائري^{xxi} .

إن تعدد الأجهزة المكلفة بتسيير العقار قد أدى إلى تعقيد التسهيلات القانونية الممنوحة بموجب قوانين الاستثمار المختلفة، بحيث أن المستثمر يجب عليه انتظار مدة طويلة لإنجاز استثماره بالنظر إلى ضرورة وجود الوثائق الإدارية الأساسية لبداية مشروعه بسبب الدراسة التقنية والقانونية المعقدة من مديريات البناء والتعمير ، كما يضاف إليه التعقيدات التي تطلبها البنوك في منح القروض العقارية. إضافة إلى ذلك التفسير الجامد، وغير المرن للنصوص القانونية المنظمة للعقار من قبل الإدارة المكلفة بذلك مما أدى إلى تضاعف المنازعات العقارية .

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

المطلب الثاني: أفاق تنظيم التشريعات العقارية الموجهة للاستثمار.

إن إصلاح الوضع القانوني الراهن يقتضي إعادة النظر في طريقة منح العقار، بغرض الاستثمار، وذلك بدراسة مستفيضة للطلبات المقدمة التي ترد على الأوعية العقارية من مختلف المستثمرين، وبضرورة التركيز على الجدوى الاقتصادية للعروض الاستثمارية المتوفرة^{xxii}.

و بالنظر للتناقضات العديدة في القوانين المتعلقة بالاستثمار، والعقار وهذا ما أثر مباشر على نوعية وحجم الاستثمارات المراد إنجازها بصفة فعلية، إضافة للتداخل الموجود في الصلاحيات بين مختلف الإدارات في تفسير، وتوضيح النصوص القانونية سواء المرتبطة بالعقار، أو بالاستثمار وهذا ما أدى إلى ضرورة تحديد آليات قانونية لتنظيم العقار الموجه للاستثمار، مما يقتضي مراجعة جذرية للتشريعات العقارية الموجهة للاستثمار (الفرع الأول) والذي ينعكس بصورة ايجابية على ظهور أفاق مستقبلية لا تساهم في دعم الاستثمار الوطني أو الأجنبي بواسطة تبسيط الإجراءات الإدارية والتنظيمية لمنح الأوعية العقارية الموجهة للاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المراجعة الجذرية للتشريعات العقارية الموجهة للاستثمار.

إن المنظومة التشريعية المؤطرة للعقار يجب أن تحتوي على فصول تنظم العقار بصفة عامة والعقار الاقتصادي بصفة خاصة، من خلال تثبيت طرق انتقاله، أو تحويله أو إيجاره، والانتفاع به. و تقتضي إعادة النظر في المنظومة القانونية المرتبطة بالعقار الاستثماري تحديد الإطار القانوني العام الذي ينظم العقار الذي يكون موجهًا للاستثمار، وهذا ما يكون أولاً من حيث تعديل أحكام التقنين المدني الجزائري، بما يتناسب مع طبيعة المرحلة الاقتصادية الحالية، والتي يجب مسايرتها بما يضمن انتقال العقار بغرض الاستثمار وفقاً لأساليب مرنة وغير المعقدة، مما يؤدي لضرورة إعادة تنظيم طريقة انتقال الملكية العقارية وفقاً لأساليب منحها بالتراضي، أو الامتياز، أو التنازل، أو الإيجار عنها.

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

كما يجب إعادة النظر في مختلف القوانين المرتبطة بالنظام العقاري خاصة القانون الخاص بالتوجيه العقاري، والقانون المتعلق بأمولاك الدولة من خلال إدخال آليات خاصة في تأطير وتسيير العقار الصناعي و الفلاحي، والسياحي، بغرض توجيه الاستثمار بصفة سليمة، وعقلانية^{xxiii}. إضافة إلى ذلك فإن تعديل القوانين ذات الصلة بعملية مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري من شأنه إعادة تنظيم العقار سواء التابع للدولة أو للأفراد ، خاصة في حالة توسيع صلاحيات المحافظات العقارية الموجودة على مستوى كل ولاية بتدعيمها بصلاحيات أثناء عمليات التسجيل، والقيود للعقارات، وهذا ما حرصت عليه التعديلات القانونية الجديدة على التأسيس لوجوده من خلال التحقيق العقاري كشرط جوهري في عملية إعداد دفتر عقاري . كما أن إصلاح قانون التوثيق من شأنه تدعيم العقود التي تكون محررة من قبل الموثق المكلف بالعقود ، بإعطائها قيمة قانونية أكثر أثناء عملية تسجيلها، وبعدها .

إن تعزيز النظام القانوني و إصلاحه يتطلب منح صلاحيات واسعة وإضافية للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في مجال منح العقار للمستثمرين، مع ضرورة وجود على مستواها بنك للمعطيات الخاصة بالعقار الاقتصادي بمختلف أنواعه ، والذي يسمح بمعرفة طبيعة الأوعية العقارية الموجودة والجهة التابعة لها، مع إمكانية توظيفها للاستثمار، وهذا البنك يجب أن يوضع تحت تصرف المستثمرين الوطنيين، أو الأجانب، إضافة للدور المحوري الذي يكون للمجلس الوطني للاستثمار الذي يعد السلطة العليا في منح أوعية عقارية للاستثمارات ذات الطبيعة الوطنية^{xxiv} .

الفرع الثاني : تبسيط الإجراءات الإدارية لمنح الأوعية العقارية الموجهة الاستثمار

إن تدعيم الآليات الإدارية الموجودة سواء على المستوى المركزي ، أو على المستوى اللامركزي من شأنه أن يبسط الإجراءات الإدارية من خلال لجنة المساعدة على تحديد الموقع، وتطوير الاستثمار الموجودة في كل ولاية، ولو لتسيير ظرفي، ومؤقت، للعقار خاصة التابع للأمولاك الخاصة للدولة

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

بالتنسيق مع مديريات أملاك الدولة الولائية، إضافة لضرورة تعزيز، ودعم صلاحيات مؤسسات التسيير العقاري الموجودة لتسيير، وتنظيم العقارات على مستوى المناطق الصناعية .

إن النظام الإداري الحالي^{xxv} ، يتسم بالهشاشة كونه ينظم عملية توجيه العقارات بغرض الاستثمار بصفة فوضوية من خلال تداخل عدة إدارات في عملية تنظيمه، وهذا ما يتضح في العقار الفلاحي في عدم احترام الولاية للإجراءات القانونية المنصوص عليها لإسقاط حق الانتفاع في المستثمرات الفلاحية .

وبذلك فالإطار الإداري السابق الذكر المنظم للاستثمارات سواء كانت وطنية، أو أجنبية يجب مراجعته بالنظر إلى الإصلاحات الاقتصادية المتبعة، والتي أعطت للإدارة عمليات الضبط، والمراقبة للنشاط العقاري بعدما كانت سابقا إدارة متدخلة في النظام العقاري .

وكخلاصة لتبسيط الإجراءات التنظيمية يجب أن يبدأ على المستوى القاعدي بحيث يجب على كل بلدية القيام بمجرد عام، وشامل لكل الأملاك العقارية المتواجدة فوق ترابها بما في ذلك الأملاك العقارية التي تكون تابعة للدولة، والجماعات المحلية، ونفس الشيء يقال على الأراضي العقارية المسيرة من قبل الولاية، فيجب على الإدارة الولائية القيام بتصفية العقارات من خلال العمل على تطهيرها، وذلك بتنقية الوضعية القانونية لها في إطار عمليات مسح الأراضي الشامل بشكل متواصل، ودائم مع ضرورة الحفاظ على العقار الفلاحي من كل استغلال غير عقلاني له، والذي قد يؤدي إلى تبديده بصفة نهائية .

إن الإدارة العامة سواء كانت مركزية، أو محلية يجب أن تلجأ في عمليات الإحصاء والجرد العقاري إلى الأساليب العصرية الملائمة ، مع ضرورة توظيف كافة الكفاءات والإطارات البشرية لتحقيق أحسن فهم للواقع العملي نظراً لتعقده نتيجة لتعدد الملكية العقارية في الجزائر بصفة كبيرة^{xxvi} .

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

خاتمة :

إن الفلسفة الاقتصادية الجديدة التي تبناها المشرع الجزائري، قد غيرت من نمط تسيير الاقتصاد الوطني، وهذا ما أدى إلى إعادة النظر في تسيير العقار الاقتصادي بصفة عامة ، وتعتبر مختلف القوانين سواء المرتبطة بالعقار أو بالاستثمار التي صدرت في فترة ما قبل الإصلاحات الاقتصادية، قد دعمت الاستثمار العمومي وكانت عنايتها بالعقار غير معتبرة ، ومع الإصلاحات الاقتصادية المنتهجة أعيد تنظيم ذلك خاصة بتدعيم المستثمرة الخاصة ، من خلال التسهيلات العقارية التي منحت إليها والضريبة والجمركية .

إن صدور تقنين جديد للعقار مزود بقوانين ردية ومرن مع كل التحولات ، سيعمل دون شك للحد من إشكالية العقار في الجزائر، ليصبح من أهم العوامل المساعدة على قيام الاستثمار لأن أي استثمار يجب أن يتوفر على أرضية كي يقوم عليها، ومن أجل الحصول على أي مشروع لا بد أن يبدأ ذلك أولا بملكية العقار الذي يجب أن يؤخذ بشكل جدي ، بحيث يدخل هذا الإجراء ضمن القرارات الاقتصادية البحتة.

ولتجاوز الصعوبات، والعوائق التي تحول دون تنظيم و تأطير العقار بغرض جلب ودعم الاستثمار يتطلب منا أن نوصي بالآتي:

توحيد الإطار القانوني المنظم للعقار الموجه للاستثمار بالسعي إلى إصدار تشريع خاص ينظم العقار بما يؤدي إلى تعديل النصوص القانونية الموجودة من خلال توحيدها بغرض إنشاء بنك للمعطيات والمعلومات الخاصة بتنظيم العقار.

إصلاح نقائص الإدارة المكلفة بالعقار الموجه للاستثمار تبدأ بتوحيد مركز اتخاذ القرار الخاص بمنح أوعية عقارية، والذي من شأنه تبسيط الإجراءات الإدارية المتعلقة بمنح أوعية عقارية، وفي هذا

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

الصدد يتوجب تأسيس لجنة خاصة تتضمن التوسط ما بين المستثمرين الوطنيين، والأجانب، والإدارة بغرض تسهيل من مهمة حصول هؤلاء على أوعية عقارية بغرض الاستثمار. حل إشكالية غياب الشفافية في عملية التنازل عن الأوعية العقارية، أو منحها وفقاً لأسلوب الامتياز من شأنه وضع نظام عقاري حقيقي يستطيع تلبية حاجيات المستثمرين المختلفة. بعث الثقة لدى المستثمرين الوطنيين، أو الأجانب يقتضي أساساً إصلاح النظام القضائي بما يؤسس لوجود ثقة تسمح للمستثمرين باللجوء إلى العدالة في حالة وجود نزاعات متعلقة بالأوعية العقارية الممنوحة لهم. دور الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، والمجلس الوطني للاستثمار يقتضي إنشاء وكالة وطنية لضبط العقار الموجه للاستثمار تكون لها فروع ولائية تسمح بتنظيم العقار الصناعي، والفلاحي، والسياحي.

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي أفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

التهميش

ⁱ - فعلى سبيل المثال تمّ تحرير مهنة التوثيق بموجب القانون رقم 27/88 وإعادة تنظيم مهنة الخبير العقاري بموجب الأمر رقم 08/95 المؤرخ في 1995/02/01 تسهيلا لضبط وتوثيق العقود والتصرفات الواردة على العقارات، والتي تعد القاعدة الأساسية لكل استثمار اقتصادي وطنيا كان أو أجنبيا.

ⁱⁱ - خالد رامول: **المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري**، قصر الكتاب، الجزائر، 2001، ص 7 .

ⁱⁱⁱ - الأمر رقم 162/20 المتعلق بحماية، وتسيير الأملاك الشاغرة، جريدة رسمية، عدد رقم 91 مؤرخ في 1962 .

^{iv} - الأمر رقم 162/20 المتعلق بحماية، وتسيير الأملاك الشاغرة، جريدة رسمية، عدد رقم 91 مؤرخ في 1962 .

^v - الأمر رقم 58/ 75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني الجزائري، المعدل و المتمم، جريدة رسمية رقم 78 ، المؤرخة في 1975/09/30.

^{vi} - عمر حمدي باشا : **نقل الملكية العقارية**، دار هومة للطباعة، و النشر، و التوزيع، الجزائر 2002 ، ص 5 .

^{vii} - أنظر المادة 08 من قانون رقم 154/ 66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل و المتمم، جريدة رسمية رقم 63 المؤرخة في 1966/07/26 .

^{viii} - خالد رامول : **المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، سنة 2001 ، ص 8

^{ix} - تسيير وضبط العقار يكون بواسطة أجهزة مركزية، أو لا مركزية، وفي هذا الصدد يتضح الدور المركزي للوكالة الوطنية لدعم وترقية الاستثمار (A.N.D.I) التي تساهم في إيجاد مختلف الحلول القانونية للطلبات المتزايدة على الأوعية العقارية من قبل المستثمرين .

^x - ويمكن تفسير الامتيازات على وجه الخصوص في العقار في كونه حق شخصي واحد واستعماله يكون بصفة انفرادية في

إطار قطعة أرضية محددة المساحة (انظر Philippe Simler : **ouvrages complexes et droit de propriété**, revue du droit immobilier, Octobre Décembre 1999, Dalloz, pp 490, 491).

^{xi} - التي تشكل حوالي % 98 من قيمة صادرات شركة سوناطراك ، التي تم توضيح مهامها الأساسية من خلال المرسوم رقم 62/69 الذي نظم اختصاصات هذه الشركة في مجال البحث، والتقيب، وتوزيع النفط والغاز (انظر مرسوم رقم 62/69 الصادر في 1969/09/22 المتعلق بمهام و نشاط شركة سوناطراك ، جريدة رسمية عدد رقم 63 ، الصادرة في 1969/12/31).

^{xii} - Chavalier Alain, et Georges Hirsh : **le choix de l'investissement à l'étranger**, revue Française de gestion, Mai-Juin- .Juille-Aout 1981, P15.

^{xiii} - مرسوم رئاسي رقم 40/94 المؤرخ في 1994/01/29 المتعلق بنشر الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية، جريدة رسمية عدد رقم 06 الصادرة في 1994/01/29 .

^{xiv} - والعمل على توجيهها إلى الاستثمار، وهذا ما أكدته المادة 160 فقرة 03 من قانون رقم 90 المتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم التي نصت على ضرورة صيانة الأملاك المنقولة، و العقارية التابعة للبلدي .

العقار كآلية لجذب الإستثمار

الدكتور: بشير جعيرن - المركز الجامعي آفلو - الدكتور: الطاهر بن قودير جامعة الأغواط

- ^{xv} - عبد الله موسي : ما هي المشاكل التي مازالت تعوق عملية المسح في الجزائر؟، مجلة الموثق، عدد رقم 06 ، أفريل، ماي 2002، ص25 .
- ^{xvi} - بوضع قواعد تحدد قوامها المادي، من حيث طبيعتها ومساحتها وموقعها، وأيضا تنظيم كيفية التعامل بشأنها
- ^{xvii} - فتم إصدار الأمر رقم 20/62 المؤرخ في 20/08/1962 والمتضمن تدابير حماية الأملاك الشاغرة وحفظها ، والمرسوم التشريعي رقم 03/62 المؤرخ في 10/23/1962 المتضمن بيع الأملاك الشاغرة .
- ^{xviii} - وذلك من خلال القانون رقم 276/63 المؤرخ في 26/07/1963 المتعلق بالأملاك المغتصبة أو المحجوزة من 276 /07/ من طرف الاستعمار .
- ^{xix} - وتحقيقا لهذا الغرض فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 119/07 المؤرخ في 23/04/2007 ، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويحدد قانونها الأساسي .
- ^{xx} - مما أدى إلى انعدام توفر وسائل قانونية وتقنية لضمان الشفافية في المعاملات العقارية وتشجيع الاستثمار .
- ^{xxi} - خاصة و أن أغلبية القرارات متواجدة فيه ، وهذا ما يجب في المنهجية الجديدة لتنظيم العقار المتبعة من احترامه ، خاصة وأن قوانين الاستثمار قامت بمنح مزايا وامتيازات هامة من شأنها ترقية المناطق الريفية موازاة مع وجود سياسة وطنية شاملة في عملية تنظيم العقار .
- ^{xxii} - وهذا ما من شأنه إعادة النظر في طريقة استغلال واستعمال الأراضي العقارية بتجاوز كل أساليب التسيير ذات النمط التقليدي التي لم تعد تتجاوب مع الاختيارات السياسية والاقتصادية الجديدة انظر (سماعيل شامة، مرجع سابق ، ص 291 .
- ^{xxiii} - مع العمل على أن تنص هذه القوانين المعدلة والمنمعة على توضيح دقيق لأساليب انتقال العقار سواء ببيعه وفقاً لنظام وأسلوب المزد العنفي أو المناقصة المحدودة أو المفتوحة ، خاصة فيما يخص التنازل عن الأصول العقارية التابعة للمؤسسات الاقتصادية المحلة، وهذه التعديلات القانونية يجب أن تكون مكملة للأصل المنظم للملكية العقارية ، ألا وهي أحكام التقنين المدني الجزائري .
- ^{xxiv} - فهو بالتنسيق مع الوكالة الوطنية للاستثمار يقومون بعمل من شأنه توحيد مسار اتخاذ القرار ، والسرعة في اتخاذه لصالح المستثمرين، غير أنه ومن الناحية العملية فأي مشروع استثماري لا يستفيد من وعاء عقاري لا يكون محل حصول على امتيازات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، أو المجلس الوطني للاستثمار، أو على المستوى المحلي،(انظر Haroune Mahdi : le régime des investissements en Algérie, Op -Cit, P 381)
- ^{xxv} - الهيكل التنظيمي، والإداري الذي تضمنه الأمر رقم 01/03 المتعلق بالاستثمار الذي حاول تنظيم ما سلف ذكره من خلال تزويد مختلف الإدارات المعنية بالعقار الموجه للاستثمار بكافة التسهيلات الضرورية لانطلاق الاستثمارات المبرمجة وتسهيل الإجراءات الإدارية وتبسيطها لصالح المستثمرين (انظر الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد رقم 47)
- ^{xxvi} - وهذا ما أثر على جلب، وتحقيق الاستثمار الذي يعد العامل الوحيد لتحقيق التنمية الاقتصادية (انظر سماعيل شامة، مرجع سابق ، ص290 ص291 .

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته.

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس .

تاريخ الإستلام: 24 فيفري 2018 تاريخ القبول للنشر: 10 ماي 2018

ملخص :

ازدادت حدة مشكلة الفساد الإداري و المالي الناتجة عن هدر مبادئ سيادة القانون و قواعد الشفافية و ضعف الشرعية و هو ما دفع بالدولة الجزائرية إلى القيام بمحاولات لغرض الإصلاح كمصادقتها على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد سنة 2004 و اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته عام 2006، سيما صياغتها لقانون خاص بمكافحة الفساد و هو القانون 01-06 و بموجب هذا القانون أعطى المشرع مكانة هامة لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية : الفساد ، الصفقات العمومية ، مكافحة الفساد ، القانون الجزائري .

Résumé

Devant l'ampleur du phénomène de la corruption résultant de la transgression des principes de la souveraineté de la loi et des règles de la transparence, ainsi que la faiblesse du principe de l'égalité, l'état s'est engagé dans une vaste réforme afin d'y remédier en procédant à la ratification de la convention des Nation-Unies contre la corruption en 2004 et celle de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption en 2006, et surtout l'adoption de la n 06-01 relative à la prévention la lutte contre la corruption, et à travers cette loi le législateur algérien a favorisé la lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics en instituant une agence nationale pour la prévention et la lutte contre la corruption.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

مقدمة :

أصبح الفساد الإداري و المالي من المشاكل العالمية في ظل الظروف الاقتصادية المتمثلة في النزعة اللامركزية و توزّع السلطات على عدد كبير من الموظفين و المدراء مما أدى لانتشار مظاهر الفساد كالرشوة، إساءة استغلال الوظيفة و استغلال النفوذ.

تُعتبر الصفقات العمومية من أبرز المجالات التي يمسّها الفساد لتوفرها على أموال ضخمة لا سيّما أمام تخصيص مبالغ طائلة من الاقتصاد الوطني للإنعاش الاقتصادي خاصة ما تعلق منها بقطاع الأشغال العمومية، الري و الطاقة⁽¹⁾.

الصفقات العمومية وسيلة أساسية لتجسيد البرامج التنموية و تحقيق التنمية الشاملة للدولة، لكن في نفس الوقت أصبحت في بعض الدول و منها الجزائر المجال الحيوي لتفشي ظاهرة الفساد بصورها المختلفة، ونظرا لحساسية و صعوبة اكتشاف أساليب الفساد في الصفقات العمومية تبقى المقاربة القانونية لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية ليست الكفيلة وحدها لمعالجة الظاهرة بل لابدّ من توافر و تضافر الجهود للقضاء على هذه الظاهرة الخطيرة لحماية المال العام.

فالفساد الإداري و المالي هو استخدام المنصب العام لتحقيق مكاسب خاصة، أي سوء استخدام النفوذ العام لتحقيق أرباح خاصة لذلك حاول المشرع الحد من هذه الظاهرة و مكافحة الفساد فأولى أهمية كبيرة لهذا المجال و يظهر ذلك من خلال قانون الصفقات العمومية و قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

¹ - فائزة ميموني و خليفة مراد، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة ظاهرة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 5 جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 5.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

حاول المشرع الجزائري مواجهة هذه الظاهرة و التحكّم فيها، فعمد إلى سن قوانين وتعديل أخرى لمكافحة الفساد والحد من هدر المال العام: أهمها قانون الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽²⁾، قانون الوقاية من الفساد و مكافحته من خلال القانون رقم 01/06⁽³⁾ المعدّل و المتّم بموجب القانون 11-15⁽⁴⁾، و قانون المنافسة بموجب القانون رقم 08-12⁽⁵⁾ و نصّه علماً تطبّق أحكامه على الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، أي على وجوب تأسيس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية، النزاهة والمنافسة الشريفة.

الإشكال المطروح:

إلى أي مدى تؤثر ظاهرة الفساد في الصفقات العمومية و على المال العام، وكيف كافح كل من قانون الصفقات العمومية و قانون الوقاية من الفساد و مكافحته هذه الظاهرة ؟.

المبحث الأول: ماهية الفساد و تأثيره على الصفقات العمومية.

الصفقات العمومية تهدف إلى عقلنة تسيير الأموال العمومية و ذلك من خلال إشراك القطاع الخاص في إنجاز المشاريع و لكن الواقع أثبت أنّ مجال الصفقات العمومية أصبح مجال لتبديد الأموال العامة لتفشي الفساد فيه.

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 هـ الموافق لـ 16 سبتمبر 2015 ، المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50.
³ - القانون رقم 01-06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، يتعلّق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدّل و المتّم، الجريدة الرسمية العدد 14.
⁴ - القانون 11-15 مؤرخ في 02 رمضان 1432 الموافق لـ 2 غشت 2011، يُعدّل ويُتّم القانون رقم 01-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 و المتعلّق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية العدد 44.
⁵ - القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادي الثانية 1429 الموافق لـ 25 يونيو 2008 المعدّل و المتّم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادي الأولى 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003 المتعلّق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 36.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

تعرّف الصفقات العمومية بأنها عبارة عن عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تُبرّم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات⁽⁶⁾.

المطلب الأول: مفهوم الفساد.

يُعرّف الفساد بأنه إساءة استعمال السلطة العامة أو الوظيفة العامة من أجل كسب أو ربح أو من أجل تحقيق مكانة اجتماعية أو من أجل منفعة لجماعة بالطريقة التي يترتب عليها خرق القانون أو مخالفة التشريع و معايير السلوك الأخلاقي⁽⁷⁾.

فالفساد هو استخدام المنصب لتحقيق مكاسب و مصالح خاصة يشمل عدة صور كالرشوة و المحاباة، و يشمل أيضا أنواعا أخرى من ارتكاب للأفعال المخالفة للقانون أو الضغط على طرف آخر بإصدار قرارات لخدمة طرف معيّن، و بالتالي له آثار سلبية فهو يؤثر على أداء القطاعات الاقتصادية و يخلق أبعادا اجتماعية معتبرة كضعف النمو الاقتصادي بزيادة تكلفة المشاريع و إضعاف الآثار الإيجابية لحوافز الاستثمار بالنسبة للمشاريع المحلية و الأجنبية.

المطلب الثاني: آثار تفشي الفساد في مجال الصفقات العمومية.

الفساد في الصفقات العمومية يؤدي إلى منح الصفقات العمومية لمن لا يستحقها من جهة ومن جهة أخرى الغش في تنفيذها، و بالتالي يتم هدر المال العام و زيادة تكلفة المشاريع بالإضافة إلى سوء الإنجاز و انعدام الجدوى الاقتصادية، سوء الخدمة العمومية و عدم القدرة على توفير الخدمات الأساسية للمجتمع.

⁶ - المادة 02 من قانون الصفقات العمومية.

⁷ - السيد علي شنتا، الفساد الإداري و مجتمع المستقبل، الإسكندرية، 2003، ص 43.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسسي - جامعة سيدي بلعباس

كما أنّ انتشار الرشوة أدى إلى نتائج سلبية من خلال الكوارث التي تشهدها قطاعات البناء و الأشغال العمومية من سقوط البنايات و عدم صلاحية الطرقات بالرغم من حداثة إنجازها. فلا يمكن أن تأتي البرامج التنموية بنتائجها في ظل منظمة إدارية تتميز بانتشار الفساد و المصالح الخاصة لأصحاب النفوذ التي تهدف لتحقيق مكاسب خاصة من خلال كسب مشاريع الصفقات العمومية.

فالفساد لا يسمح بسير عملية التخطيط للمشاريع و البرامج التنموية بطريقة سليمة نتيجة لتدخل ذوي المصالح و توجيه القرار لمصلحتهم، بإسناد المشاريع و البرامج إليهم و بالتالي غياب الكفاءة في تنفيذها.

المبحث الثاني: آليات مكافحة الفساد في الصفقات العمومية.

يعتبر تجريم أفعال الفساد المالي من أهم الآليات الجزائية لمكافحة هذه الآفة و المشرع جرّم العديد من السلوكات و الأفعال الماسة بنزاهة الوظيفة العمومية في ظل قانون العقوبات،⁽⁸⁾ و التي كانت تحت عنوان "الجنايات و الجنح ضدّ السلامة العمومية" ثمّ نقلت إلى قانون مستقل و هو قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 01-06⁽⁹⁾.

⁸ - عادل مستاري/ موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية للموظف العام في ظل قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 5، ص 166.

⁹ - القانون رقم 01-06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، يتعلّق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدّل و المتممّ الجريدة الرسمية العدد 14.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

لم يستخدم التشريع الجزائري مصطلح الفساد إلا بعد تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد سنة 2004 بموجب المرسوم الرئاسي 128-04⁽¹⁰⁾، و تمّ تعديل قانون الوقاية من الفساد و مكافحته بموجب الأمر 05-10⁽¹¹⁾، ثمّ بموجب القانون 15-11⁽¹²⁾. تُعد الصفقات العمومية أداة من أدوات تنمية الاقتصاد الوطني⁽¹³⁾ فهي الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لإنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز، تسيير و تجهيز المرافق العامة، فالاقتصاد الجزائري يعتمد على ضخّ الأموال العمومية من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية فنظام الصفقات العمومية يُعدّ الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العامة.

إنّ صور الفساد في الصفقات العمومية متعدّدة و مصاحبة لجميع مراحل إبرام الصفقة العامة ابتداءً من اختيار طريقة إبرامها و مروراً بإجرائها و شكلياتها انتهاءً باختيار المتعامل المتعاقد لتنفيذ الصفقة العمومية، ولكن تعتبر مرحلة الإبرام أكثر المراحل عرضة للفساد ذلك لأنّها تشهد تنافس كبير

¹⁰- المرسوم الرئاسي رقم 128-04، المؤرخ في 29 صفر 1425 الموافق لـ 19 أبريل 2004 يتضمّن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج.ر العدد 26 الصادرة بتاريخ 5 ربيع الأول 1425 الموافق لـ 25 أبريل 2004.
¹¹- الأمر رقم 05-10 مؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق لـ 26 غشت 2010، يتمّ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 والمتعلّق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية العدد 50.
¹²- القانون 15-11 مؤرخ في 02 رمضان 1432 الموافق لـ 2 غشت 2011، يُعدّل ويُنمّم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 والمتعلّق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية العدد 44.
¹³- ملاتي معمر، قراءة في التنظيم المتعلّق بالصفقات العمومية الجزائرية عن ماهية الصفقة، مجلة المفكر، العدد 14، ص 524.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

بين المتعهدين⁽¹⁴⁾، لأنه و بغرض منح أحدهم الصفقة العمومية يتم خرق المبادئ و الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات.

المطلب الأول: تدابير الوقاية التي أقرها قانون الصفقات العمومية.

نصّ قانون الصفقات العمومية في المادة 5 منه على أنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات⁽¹⁵⁾.

لتحقيق هذه المبادئ أقرّ المشرّع العديد من التدابير لتقييد الممارسات غير القانونية تحقيقا لنجاعة الطلبات العمومية

- مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات: و ذلك خلال مراحل الصفقة العمومية و بمناسبة كل إجراءاتها ابتداءً من تحديد الحاجيات إلى غاية المنح المؤقت للصفقة العمومية، و تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المترشحين والمتعهدين التقنية و المالية⁽¹⁶⁾ و يجب أن تخصّص الصفقة لمؤسسة قادرة على تنفيذها⁽¹⁷⁾.

- الإقصاء بشكل مؤقت أو نهائي من الصفقات: نصت عليها المادة 75 من قانون الصفقات العمومية، و من أهم حالات الإقصاء حماية للمنافسة و الشفافية، هي إقصاء الأشخاص الذين كانوا

14- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، 2013، ص 2.

15- المادة 5 من قانون الصفقات العمومية.

16- المادة 54 من قانون الصفقات العمومية.

17- المادة 53 من قانون الصفقات العمومية.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية، الذين قاموا بتصريح كاذب والمتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁽¹⁸⁾.

- إمكانية إلغاء الصفقة أو فسخها: و ذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية و تسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، لكل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية.⁽¹⁹⁾

- في حالة تعارض المصالح: عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو في مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة و يكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، يجب عليه إخبار سلطته السلمية بذلك و يتنحى عن هذه المهمة⁽²⁰⁾.

- لا يمكن للمصلحة المتعاقدة و لمدة 4 سنوات أن تمنح صفقة عمومية بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم⁽²¹⁾ و ذلك بحكم المعلومات التي يمتلكها هذا الموظف و التي يمكن اعتبارها معلومات إمتيازية و بذلك تقضي على مبدأ المساواة.

- لا يمكن للمتعامل الاقتصادي المتعهد في صفقة عمومية أن يكون في وضعية نزاع مصالح ذي علاقة بالصفقة المعنية، و إذا وُجد ذلك لا بدّ من إعلام المصلحة المتعاقدة⁽²²⁾.

¹⁸المادة 75 من قانون الصفقات العمومية.

¹⁹المادة 89 من قانون الصفقات العمومية.

²⁰المادة 90 من قانون الصفقات العمومية.

²¹المادة 92 من قانون الصفقات العمومية.

²²المادة 93 من قانون الصفقات العمومية.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

- لا يمكن للمتعامل الحائز على صفقة عمومية واطّلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى المشاركة فيها إلا إذا أثبت أنّ المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة، و تثبت المصلحة المتعاقدة أنّ المعلومات المبلّغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين.⁽²³⁾

- فرض التصريح بالنزاهة على كل متعاقد وطني أو أجنبي: لتعزيز قواعد الشفافية و النزاهة و المنافسة الشريفة في مجال الصفقات العمومية و تكريسا لمبدأ النزاهة كإجراء جوهري و لازم في إبرام كل الصفقات العمومية ألزم كل متعهد وطني أو أجنبي يرغب في الترشح للحصول على صفقات عمومية تقديم تصريح بالنزاهة.

- السر المهني: يجب أن يلتزم موظفوا المصلحة المتعاقدة بالسر المهني و لا يجوز الكشف عن أية معلومة تتعلق بمحتوى عرض مرشح من المرشحين.⁽²⁴⁾

²³-المادة 94من قانون الصفقات العمومية.

²⁴-المادة 46فقرة 6من قانون الصفقات العمومية.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

المطلب الثاني: تدابير الوقاية التي أقرها قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

شدد على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة، من خلال التشديد في قواعد توظيف مستخدمي القطاع العام⁽²⁵⁾ إضافة إلى إلزام الموظف العمومي بالتصريح بممتلكاته، هذا من جهة. من جهة أخرى تفعيلا لوسائل الوقاية تضمن القانون 06-01 في الباب الرابع منه أحكاما خاصة بجرائم الفساد و اعتبر جرائم الصفقات العمومية من صور الفساد، و يهدف من خلاله إلى تكريس قواعد قانونية جزائية حماية للمال العام من مخاطر الفساد و تحقيقا لفكرة الردع العام.

الفرع الأول: التأكيد على قواعد الشفافية و المنافسة.

نص قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في مادته 9 على يجب ان تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية وتكرس القواعد: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء، معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية و كذا ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني: تجريم أفعال الفساد.

للفساد من آثار سلبية و هذا ما يستوجب تجريم مختلف أشكاله التي ترتكب عند إبرام الصفقات العمومية بهدف توفير الحماية المسبقة المطلوبة و الضرورية للأموال العامة بما يعزز فعالية الوظيفة الإدارية و يحمي أخلاقياتها و قيمها المختلفة من الفساد.

²⁵ المادة 3 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

²⁶ المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

لذلك فالتجريم المسبق لأفعال الفساد يحقق في الكثير من الحالات فكرة الوقاية، فالموظف العام و المتعامل المتعاقد (27).

أولاً: أفعال الفساد المرتكبة من طرف الموظف العام.

جرّم قانون الصفقات العمومية عدة أفعال يمكن أن ترتكب من قبل الموظف العام أهمها: جنحة المحاباة، الرشوة السلبية.

أ/ بالنسبة للمحاباة المادة 26 فقرة أولى نصت على أنه:

يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير إمتيازاً غير مبرّر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بجرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات (28).

و هي مخالفة التشريع و التنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية من طرف موظف عمومي مكلف بإبرام أو بتأشير أو بمراجعة عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق من أجل منح أحد المتعاملين امتيازات غير مبرّرة و هذا الفعل يشكل جريمة وفقاً لقانون الوقاية من الفساد و مكافحته (29).

لا يوجد أثر لهذه الجريمة في الاتفاقية الإفريقية لمنع الفساد و لا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (30).

27- تيباب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 43، 44.

28- م 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.
29- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية و آليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 5، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، سبتمبر 2009، ص 126.

30- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، 2013، ص 113.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

ب/ الرشوة السلبية:

تمثل أسوء صور الفساد الإداري عامة و أكثر الجرائم انتشارا في مجال الوظيفة العامة،⁽³¹⁾ و تعرف الرشوة بأنها الاتجار بأعمال الوظيفة أو الخدمة العامة أو استغلالها بأن يطلب الجاني أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد أو أية منفعة أخرى لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنها⁽³²⁾ يهدف المشرع من تجريم هذا الفعل حماية الوظيفة العامة لأنّ من واجب الموظف العمومي الإخلاص لوظيفته و لا يجوز له استغلالها لتحقيق مصالح شخصية⁽³³⁾.

ثانيا: أفعال الفساد المرتكبة من طرف المتعامل المتعاقد.

جرّم قانون الوقاية من الفساد و مكافحته إلى جانب الجرائم المرتكبة من الموظف العام أفعالا يمكن أن ترتكب من قبل المتعامل مع الهيئات العمومية أهمها جنحتي الاستفادة من سلطة و تأثير أعوان الهيئات العمومية، و الرشوة الإيجابية.
1/ الاستفادة من سلطة و تأثير أعوان الهيئات العمومية.

استنادا لأحكام المادة 26فقرة 2 من قانون 06-01 تقوم الجريمة من قبل كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستغلال نفوذ عون من أعوان الدولة من أجل الحصول على امتيازات غير مبرّرة⁽³⁴⁾

³¹-حماس عمر، جرائم الفساد المالي و آليات مكافحتها في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016
2017 ص 21.

³²-عادل مستاري/ موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية للموظف العام في ظل قانون 06-01المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 5، ص 166.

³³-تياب نادية، المرجع السابق، ص 50.

³⁴-م26فقرة 2 قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

وبالتالي لا يكون الجاني موظفا عموميا و هذا ما يميّز هذه الجريمة عن جرائم الصفقات العمومية الأخرى.

يُقصد بالنفوذ درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه و العاملين معه لاعتبارات شخصية أو مهنية تجعله قادرا على توجيه القرارات و الإجراءات بطرق غير مشروعة، فالنشاط الإجرامي في هذه الجريمة هو استغلال سلطة و تأثير أعوان الهيئات التابعة لنص المادة 6 والغرض من هذا النشاط هو الحصول على امتيازات غير مبرّرة و يجب أن يكون المستفيد منها هو الشخص صاحب الحاجة و ليس الموظف أو عون الدولة و إلاّ كنا أمام جريمة الرشوة.

2/ الرشوة الإيجابية:

الجاني في الرشوة الإيجابية حسب الفقرة الأولى من المادة 25 من قانون مكافحة الفساد هو كل شخص يعد أو يعرض أو يمنح موظف عمومي مزية غير مستحقة قد يكون متعامل أو غير متعامل و يتحقّق الركن المادي للرشوة الإيجابية بوعده أو عرض أو منح الموظف العمومي مزية غير مستحقة مقابل قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو مقابل امتناعه عن هذا العمل⁽³⁵⁾.

استنادا لهذا المفهوم يعدّ راشيا، الشخص الذي يعرض هدية أو يعطيها لموظف إحدى المصالح المتعاقدة لحمله على أداء عمل من أعمال بغرض حصوله على عقد أو صفقة.

³⁵- علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 81.

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته

الأستاذة سعاد تونسي - جامعة سيدي بلعباس

خاتمة:

ظاهرة الفساد أصبحت متفشية بشكل كبير و هو ما يؤثر على حماية المال العام، فرغم

الوسائل القانونية التي تمّ تبنيها لمحاربة الفساد في الصفقات العمومية إلاّ أنّه في الواقع لم يجسّد بصورة

حقيقية، فمكافحة الفساد هي عملية معقدة.

تدخل ظاهرة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية في زمرة الجرائم الاقتصادية التي تتميز بعدم

الثبات و قابليتها للتغيير بتغيّر الظروف الاقتصادية للدولة و تلك لارتباطها بالمال و الأعمال.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية.

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

تاريخ الإستلام: 20 فيفري 2018 تاريخ القبول للنشر: 20 ماي 2018

ملخص :

يُعد مبدأ الحيطة أحد المبادئ الهامة الذي ظهر على المستوى الدولي و الذي بموجبه تتخذ الدول التدابير اللازمة لاستدراك تدهور البيئة وذلك في غياب اليقين العلمي القاطع حول المضار الناجمة عن الأنشطة المراد القيام بها، يتميز بصفة التسبيق والتوقع نحو المستقبل، بالاستناد على المعطيات العلمية الحالية أي الدليل المحتمل حول تحقيق الضرر ، الذي يركز على مسؤولية الدولة في المقام الأول لاستباق وتوقع المخاطر التي لا يزل من المستحيل التحقق منها في الوقت الحاضر ونظرا لقصور الأسس التقليدية للمسؤولية الدولية في مواكبة هذا التطور الغير مألوف الذي عرفه العالم، والذي استوجب البحث عن أسس حديثة من شأنها توفير مظلة حماية وفي نفس الوقت أساس قانوني.

الكلمات المفتاحية: مبدأ الحيطة ، البيئة ، المسؤولية الدولية ، القانون الدولي .

Summary:

The precautionary principle is one of the important principles that have emerged at the international level, whereby States take the necessary measures to cope with the deterioration of the environment. In the absence of scientific certainty about the harm caused by the activities to be carried out, Which is based primarily on the responsibility of the State to anticipate and anticipate the risks that are still impossible to verify at the present time and due to the inadequacy of the traditional foundations of international responsibility in keeping with this unusual development

مبدأ الحيطه في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

of the world, Which necessitated the search for modern foundations that would provide a protective umbrella and at the same time a legal basis.

مقدمة :

في ظل مختلف الأخطار الجديدة التي يفرزها التقدم التكنولوجي أصبح القانون موجها نحو المستقبل في إطار التنمية المستدامة، وفي هذا السياق ظهر مبدأ الحيطه الذي بموجبه تتخذ الدول التدابير اللازمة لاستدراك تدهور البيئة وذلك في غياب اليقين العلمي القاطع حول المضار الناجمة عن الأنشطة المراد القيام بها، يتميز بصفة التسبيق والتوقع نحو المستقبل، بالاستناد على المعطيات العلمية الحالية أي الدليل المحتمل حول تحقيق الضرر¹. وقد قرر بعض الفقهاء أن هذا المبدأ يعد بمثابة دليل للمشرعين وصناع القرار فيما يخص صياغة مستقبل أفضل للبشرية على كل المستويات، ولا يهدف مبدأ الحيطه إلى محو الأخطار من الوجود لأن هذه الأخطار تلازم الكثير من الأنشطة البشرية بل تلازم الوجود الإنساني ذاته، ولكن المبدأ يقدم ضمانة للإنسان قدر الإمكان، في الحصول على حقه في الحياة وفي بيئة آمنة ونقية².

ومبدأ الحيطه يرتكز على مسؤولية الدولة في المقام الأول لاستباق وتوقع المخاطر التي لا يزل من المستحيل التحقق منها في الوقت الحاضر ونظرا لقصور الأسس التقليدية للمسؤولية الدولية في مواكبة هذا التطور الغير مألوف الذي عرفه العالم، والذي استوجب البحث عن أسس حديثة من شأنها توفير مظلة حماية وفي نفس الوقت أساس قانوني، فهل يمكن أن يعتبر مبدأ الحيطه أحد الأسس الحديثة لقيام المسؤولية الدولية وللإجابة على هذا السؤال تطرقنا إلى نشأة المبدأ وتكريسه في مجال

¹ - الطبيب ولد عمر - بوسماحة الشيخ، حماية البيئة على ضوء مبدأ الحيطه، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، العدد الخامس، مارس 2015، ص102.

² - شعثوع قويدر، دور المنظمات غير الحكومية في تطوير القانون الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2014/2013، ص208.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

القانون الدولي، (في المبحث الأول)، ثم نعرض للتطبيقات المبدأ في القضاء الدولي مع بيان شروط تطبيق المبدأ (في المبحث الثاني).

المبحث الأول : نشأة مبدأ الحيطة .

و نعالج المبحث الأول من خلال ، المطلب الأول مبدأ الحيطة في القانون الداخلي، المطلب الثاني، تطبيق مبدأ الحيطة في القانون الدولي.

المطلب الأول: مبدأ الحيطة في القانون الداخلي.

إنّ مبدأ الحيطة يعود إلى سنوات 1970 في ألمانيا، في مؤتمر في مشروع أولي لقانون 1970 لضمان الهواء النقي، حيث أشارت دراسات المعهد الأوروبي للبيئة أن سياسة الحكومة الألمانية في مجال حماية البيئة لم تقتصر على الوقاية من الأضرار وشبكة الوقوع التي تحتاج إلى الإصلاح في حالة وقوعها، وإنما انتهجت سياسة تحوطية تطلبت أكثر من ذلك حماية الموارد الطبيعية وتسييرها بعناية³.

وقد كرس هذا المشروع بقانون صودق عليه في 1974، المتعلق بالحماية ضد الآثار الضارة للتلوث البيئي التي ينتجها الهواء و الأمطار والاهتزاز والظواهر المشابهة وقد تضمن إلزام المنشآت المصنفة اتخاذ التدابير الاحتياطية لتفادي كل مساس بالبيئة، وقد تمت صياغة المبدأ في هذا القانون على النحو التالي: " إن المسؤولية اتجاه الأجيال المقبلة تتطلب أن يتم الحفاظ على الأسس الطبيعية

³ - عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية: على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقة، العدد التاسع، جوان 2013، ص 179.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

للحياة، لتجنب أنواع الضرر التي لا رجعة منها مثل تدهور الغابات ، كذلك مبدأ الحيطة يتطلب أن الأضرار التي لحقت العالم الطبيعي يمكن تجنبها في وقت مبكر اعتمادا على الظروف والفرص⁴.

وترتبط لذلك تعاقبت قوانين ألمانية فدرالية محددة بغرض إدارة رشيدة لحماية البيئة حتى في حالة عدم وجود مخاطر مؤكدة.

وأن اتخاذ مثل هذه التدابير يظهر في عالم مؤسس على المبدأ القائل بأن غياب مطلق للضوابط العلمية التقنية في المرحلة الحالية لا يتخذ سببا لتأجيل اتخاذ تدابير لمنع ضرر بالغ الخطورة ولا رجعة فيه، على أساس أن المعرفة العلمية في هذا المجال غير قادر على إعطاء الدقة⁵.

وبعد ذلك توالى الأنظمة القانونية للدول في تبني المبدأ كأساس لمسؤولية الدولة أو الأفراد في اتخاذ التدابير التي من شأنها حماية البيئة، ووقايتها من خطر الأضرار المحدقة بالبيئة، حيث أدرجت فرنسا المبدأ بصورة صريحة في قانون البيئة في سنة 1995، في مادته الأولى في الفقرة الثالثة حيث نصت على: " أن مبدأ الحيطة الذي يقضي بأن عدم اليقين، مع مراعاة المعرفة العلمية والتقنية في الوقت الراهن، يجب ألا يؤخر اعتماد تدابير فعالة ومتناسبة تهدف إلى الحيلولة دون حدوث ضرر جسيم لا رجعة فيه للبيئة، مع تكلفة اقتصادية مقبولة"⁶.

⁴ - نبراس عارف عبد الامير، مبدأ الحيطة والحذر في القانون الدولي للبيئة، رسالة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص21.

⁵ - عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة والمسؤولية المهنيين، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص16.

⁶ - la loi française 95-101, dit loi Barnier, de renforcement de la protection de l'environnement, pour plus du détail voir: olivier Godard, le principe de précaution entre débats et gestion des crises, cahier N2001-010, laboratoire d'économétrie, école polytechnique, juillet 2001, page 01, publié dans le site électronique :

https://www.researchgate.net/publication/265032330_LE_PRINCIPE_DE_PRECAUTION_ENTRE_DEBATS_ET_GESTION_DES_CRISES.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

أما في التشريع الجزائري فقد نص القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على مبدأ الحيطة صراحة، حيث اعتبره من المبادئ التي يتأسس عليها قانون حماية البيئة الجزائري، وقد نص عليه في المادة الثالثة منه في الفقرة السادسة على أن: "مبدأ الحيطة لذي يجب بمقتضاه، ألا يكون عدم توفر التقنيات نظرا للمعارف العلمية والتقنية الحالية، سببا في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية والمناسبة، للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرّة بالبيئة، يكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة".

المطلب الثاني: تطبيق مبدأ الحيطة في القانون الدولي.

بعد تكريس مبدأ الحيطة على المستوى الوطني وتبني فكرته في ظل نصوص قانونية ملزمة، وذلك بعدما تجلت أهمية المبدأ ودورها الفعال الذي من شأنه توفير حماية استباقية من الضرر البيئي والتدهور الذي يلحق بالبيئة وما لبث أن انتقل هذا المبدأ إلى رحاب القانون الدولي، الذي تبناه في العديد من المواثيق والبروتوكولات والاتفاقيات والمؤتمرات، سواء كانت بصفة الإلزام، أو طريق التوصيات التي نادى بالحاجة لاتخاذ تدابير الحيطة لمعالجة المسائل البيئية سواء كانت إقليمية أو عالمية.

ذهب الكثير من الفقهاء الدوليين إلى اعتبار أن إعلان ريو في 1992 يعد مصدرا أساسيا لانطلاق وبداية إدماج مبدأ الحيطة في جل الاتفاقيات والمواثيق، التي أخذت بهذا المبدأ، سواء كان ذلك صراحة أو ضمينا عن طريق الإشارة إلى وجوب أساسيات المبدأ، عن طريق أخذ التدابير

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

والإجراءات الاحترازية و الاستباقية التي من شأنها الوقاية من التدهور البيئي، لذا فسوف نتطرق إلى المبدأ في ما جاء به المشرع الدولي قبل ريو، ثم نتطرق إلى مؤتمر ريو 1992 وما بعدها.

إن ظهور مبدأ الحيطة لأول مرة على الصعيد الدولي كان في الميثاق العالمي للطبيعة لسنة 1982⁷. إلا انه لم يتم النص عليه صراحة وإنما عن طريق توجيه بعض التوصيات للمجتمع الدولي، تتضمن قواعد للسلوك في إدارة الطبيعة واستغلال مواردها ومن أبرزها ما تضمنه الميثاق، ما جاء في القسم الثالث من الميثاق الخاص بالتنفيذ، في مادته 21 حيث نصت أن على الدول والمنظمات الدولية والأفراد والهيئات إن تتعاون من اجل الحفاظ على الطبيعة، وذلك عن طريق أنشطة مشتركة وغير ذلك من الأعمال الملائمة، وان تضع من القواعد وتتخذ من الإجراءات التي تجنب الآثار الضارة للأنشطة الإنتاجية والتصنيعية، وان تلتزم بتنفيذ النصوص القانونية الدولية التي تكفل الحفاظ على الطبيعة وحماية البيئة، وان تعمل على ألا يتسبب ما يمارس تحت ولايتها أو رقابتها من أنشطة في الإضرار بالمنظومات الطبيعية الواقعة في الدول الأخرى كذلك حماية الطبيعة والحفاظ عليها في المناطق التي لا تخضع لأية ولاية وطنية⁸.

وكذلك ما تم الإشارة إليه في المادة 11 على انه: "يجب السيطرة على الأنشطة التي قد تؤثر على الطبيعة واستخدام أفضل التكنولوجيات المتاحة التي تقلل إلى ادني حد من المخاطر الهامة للطبيعة أو

⁷ - الميثاق العالمي للطبيعة صدر واعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها في دورتها 37 في الجلسة العامة 48 في 28 تشرين الأول، أكتوبر 1982 (A/RES/37/7).

⁸ - جاء الميثاق العالمي للطبيعة تنويجا للجهود الدولية بدأها رئيس جمهورية زئير موبوتو سيسي سيكو (1930-1997) أمام الجمعية الثانية عشر للاتحاد العالمي لحفظ الطبيعة والموارد الطبيعية، والتي عقدت بمدينة كينشاسا بزائير عام 1975، حيث اقترح وضع ميثاق عالمي للطبيعة الهدف منه توجيه وتقديم أي مسلك إنساني من شأنه التأثير على الطبيعة: انظر هشام بشير-علاء الضاوي سبيطة، حماية البيئة والتراث الثقافي في القانون الدولي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص56.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

الآثار الأخرى المعاكسة، وبصفة خاصة، يجب أن تسبق الأنشطة التي يمكن أن تمثل خطرا كبيرا على الطبيعة دراسات شاملة...⁹

ثم جاءت اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون لتؤكد في ديباجتها أن المجتمع الدولي أخذ بمبدأ الحيطة في حمايته لطبقة الأوزون وحتى وان لم يكن ذلك صراحة حيث جاء فيها: "وان لا يغيب عن بالها أيضا التدابير الاحتياطية لحماية طبقة الأوزون التي اتخذت بالفعل على الصعيد الوطني والدولي....."، ثم جاءت في الفقرة الأولى من المادة الثانية الخاصة بالالتزامات العامة التي تبين انه: "تتخذ الأطراف التدابير المناسبة وفقا لأحكام هذه الاتفاقية وأحكام البرتوكولات السارية، التي هي أطراف فيها، من اجل حماية الصحة البشرية و البيئة من الآثار الضارة التي تنجم أو يرجح أن تنجم عن الأنشطة البشرية التي تحدث تعديلا في طبقة الأوزون."، ومن اجل تحقيق هذه الغاية أكدت الاتفاقية على الأطراف في نفس المادة في فقرتها الثانية انه على الأطراف: "اتخاذ التدابير التشريعية أو الإدارية المناسبة، والتعاون من اجل تنسيق السياسات المناسبة لمراقبة أو تحديد أو خفض أو منع الأنشطة، التي تقع في نطاق ولايتها..."¹⁰.

⁹ - نص المادة 11 الفقرة "ب" من الميثاق العالمي للطبيعة لسنة 1982.

¹⁰ - في عام 1977 ابرم برنامج الأمم المتحدة للبيئة خطة العمل العالمية المتعلقة بطبقة الأوزون، ودعت هذه الخطة إلى تكييف عمليات البحث والرصد الدوليين بشأن حماية الأوزون، وفي عام 1981، اذن مجلس ادارة (PNUUE) ان يصيغ البرنامج مشروع اتفاقية اطارية عالمية بشأن حماية الأوزون في التراتو، واتفاقية فيينا لسنة 1985 بشأن حماية طبقة الأوزون الموقعة في فيينا بتاريخ 22/03/1985، هي اتفاق اطارى توافق فيه الدول على التعاون في اجراء بحوث وتقييمات علمية مناسبة لمشكلة الأوزون، وتبادل المعلومات، واتخاذ "تدابير ملائمة". لمنع الأنشطة التي تضر طبقة الأوزون، وهذه الالتزامات عامة ولا تفرض قيودا معينة على المواد الكيميائية التي تستنفذ طبقة الأوزون، لتفصيل اكثر انظر: ادبث براون وايس، اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون وبرتوكول مونتريال المتعلق بالمواد المستنفذة لطبقة الأوزون، مقال منشور على الموقع: الرسمي للأمم المتحدة، مكتب الاعمال القانونية، ص1.

Legal.un.org/avl/pdf/vcpol-a.pdf تاريخ الاطلاع: 03/04/2018 على الساعة 00:28.

- انضمت الجزائر للاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-354 المؤرخ في 23/09/1992، يتضمن الانضمام الى اتفاقية فيينا لحماية طبقة الأوزون، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 69، السنة التاسعة والعشرون، 27/09/1992.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

وألحقت اتفاقية فيينا بروتوكول مونتريال¹¹ في سنة 1987 الذي جاء كذلك يؤكد على نفس النهج الوقائي إلا انه في هذه المرة تم الإشارة إلى انه بجانب الإجراءات والتدابير الوقائية، يجب الأخذ في الحسبان الاعتبارات الفنية الاقتصادية حيث نص البرتوكول في ديباجته على أنه: "وتصميما من الدول الأطراف على حماية طبقة الأوزون باتخاذ التدابير الوقائية للحد على النحو العادل من الحجم الكلي لانبعاثات المواد المستنفذة للأوزون على النطاق العالمي، مع القضاء عليها كهدف نهائي على أساس التطورات في المعرفة العلمية، وأخذه في الحسبان الاعتبارات الفنية الاقتصادية".

إما في البيئة البحرية فقد عرف المبدأ تطور وتبني متسارع، حيث جاء في ديباجة الإعلان الوزاري الصادر عن المؤتمر الدولي 1984 لحماية بحر الشمال الذي يعكس وعي الدول بأنه: "يجب ألا نتظر الدليل عن الآثار الضارة قبل اتخاذ أي إجراء".

لأن الضرر الذي يلحق بالبيئة البحرية يمكن أن يكون لا رجعة فيه، أو غير قابل للعلاج إلا بتكلفة كبيرة وعلى مدى فترة طويلة وهذا يدخل فكرة أن الإجراءات الاحتياطية قد تكون مبررة ومدعومة على أسس اقتصادية¹²، وتعتبر القرارات المتبناة من طرف الدولة المجتمعة خلال المؤتمرات ما بين الوزارية حول حماية بحر الشمال، بمثابة نقطة انطلاق لصياغة حقيقية لنظرة احتياطية حيث تم خلال المؤتمر

¹¹ - بروتوكول مونتريال بشأن المواد المستنفذة لطبقة الأوزون، ابرم في ايلول 16/سبتمبر 1987، بعد 9 أشهر فقط من افتتاح المفاوضات الدبلوماسية الرسمية في كانون الاول/ديسمبر 1986، ودخل البرتوكول حيز النفاذ في 1 كانون الثاني/يناير 1989، وقد ادخلت على البرتوكول 5-تعديلات لكي يتسع مجال عمله وللتأكيد عليه، والهدف منه حماية طبقة الأوزون بالتقليل والتخلص من الانبعاثات التي تؤدي الى تآكل طبقة الأوزون، ويجب أن تكون الدولة طرفا في اتفاقية فيينا لتصبح طرفا في بروتوكول مونتريال، وقد شكلت اتفاقية فيينا و بروتوكول مونتريال سابقة في برنامج الامم المتحدة للبيئة فيما يتعلق بانجاز اتفاق اطاري يتبعه في وقت لاحق بروتوكول او اكثر، لتفاصيل اكثر انظر: اديث براون وايس، مرجع سابق الذكر، ص 1.

- انضمت الجزائر للاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-355 المؤرخ في 23/09/1992، يتضمن الانضمام الى البرتوكول مونتريال، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 69، السنة التاسعة والعشرون، 27/09/1992.

¹² - راجي قويدر، القضاء الدولي البيئي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 127.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

الدولي الثاني حول حماية بحر الشمال المنظم في لندن يومي 24 و25 نوفمبر 1987¹³، إلى تبني إعلاننا أين اعترف في المشاركون بضرورة الأخذ بالوجهة الاحتياطية خاصة بتنظيم تصريف المواد الخطيرة في بحر الشمال والذي يتطلب اتخاذ تدابير مراقبة انبعاثات هذه المواد حتى قبل تقديم الإثبات بشكل قطعي لعلاقة السببية بين تلك المواد التأثيرات¹⁴.

وبعد ذلك جاء المؤتمر الدولي الثالث لحماية بحر الشمال المنعقد بلاهاي سنة 1990 الذي تبني إعلاننا وزاريا جديد تم فيه النص صراحة على مبدأ الحيطة، وكذا التأكيد على الدول بانتهاج السياسة الاحتياطية فيما يخص نشاطاتها التي يحتمل أن تلحق ضررا بالبيئة البحرية¹⁵، حيث نص فيه على: "يجب على الحكومات أن تطبق مبدأ الحيطة يعني أن تتخذ التدابير لتجنب التأثيرات المضرة المحتملة لبعض المواد(السامة)، حتى وان لم يوجد دليل علمي لوجود علاقة سببية بين انبعاثات تلك المواد وتأثيراتها."¹⁶

وفي نفس السنة ظهر مبدأ الحيطة في دراسة التساؤلات المناخية على المستوى العالمي في المؤتمر العالمي الثاني حول المناخ بجنيف في نوفمبر 1990، حيث اعتمدت الـ137 دولة الحاضرة في هذا المؤتمر إعلانا باللجوء إلى مبدأ الحيطة وتحديد أنه: "لا نستطيع انتظار اليقين العلمي لأخذ منذ الآن، مقاييس إنقاص انبعاثات الغاز في الجو". ومن هذه القاعدة اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في

¹³ - عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، مرجع سابق، ص25.

¹⁴ - la déclaration ministérielle de deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du nord(1987) : « une approche de précaution s'impose afin de protéger la mer du nord des effets dommageables éventuels des substances les plus dangereuses, elle peut requérir l'adoption de mesures de contrôle des émissions de ses subatances avant même qu'un lien de cause à effet soit formellement établi sur la plan -scientifique.... », Voir: Oliver GODARD, l'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision, le principe de précaution dans la conduit des affaires humaine, édition de la maison des science de l'homme, institut national de la recherche agronomique, paris, 1997, page43

¹⁵ - Oliver Godard, ibid, page43

¹⁶ - julien cazala, le principe de précaution en droit international, Anthémis, q, Louvain -la- neuve-France, 2006, page 31.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

ديسمبر 1990 حلا من إعداد اللجنة الحكومية الدولية للمفاوضات، حيث اعتمدت الاتفاقية الإطارية بالإجماع في 9 ماي 1992 نيويورك، ويأخذ هذا النص بعين الاعتبار، عدم اليقين العلمي الذي سلط عليه الضوء في المؤتمر العالمي الثاني للمناخ.¹⁷ وبعد ذلك توالى المؤتمرات والاتفاقيات الدولية التي اعتمدت مبدأ الحيطة سواء كان ذلك ضمنا عن طريق الإشارة لضرورة اتخاذ التدابير والاجراءات التي من شأنها الحد من الاضرار التي قد تسببها الانشطة البشرية إلا أن الفقه الدولي نجده يعتبر اعلان ريو لسنة 1992 عبارة عن تكريس عالمي للمبدأ. حيث جاء الاعلان متضمنا اسس النظام العالمي للبيئة، فقد تناول مبدأ الحيطة ضمن المبادئ العامة للبيئة، ونص عليه في المادة 15 بما يلي: " من اجل حماية البيئة يجب على الدول ان تتخذ تدابير الحيطة طبقا لإمكاناتها في حالة الأضرار الجسيمة، والتي يمكن إصلاحها، وأن عدم وجود تأكيد علمي مطلق لا يجب ان تستخدم كذريعة لتأجيل اتخاذ تدابير فعالة لمنع تدهور أوضاع البيئة."¹⁸.

وبذلك يعد إعلان ريو مصدرا أساسيا لانطلاق وبداية إدماج مبدأ الحيطة تقريبا في كل الاتفاقيات الدولية، على الرغم من أن الإعلان لا يتمتع بالقوة الإلزامية،¹⁹ وتم تناول مبدأ الحيطة باعتباره مبدأ من مبادئ السياسة البيئية الدولية، وبذلك كان هذا المؤتمر محطة العبور الصريحة للمبدأ الى المستوى

¹⁷ - Philippe kourilsky-Geneviève Viney, le principe de précaution, Rapport au premier ministre, éditions Odile Jacob, paris, janvier 2000, page258.

¹⁸ - Didier bourguignon, le principe de précaution : définition, application et gouvernance, Analyse approfondie, service de recherche du parlement européen, parlement européen, union européenne, v , France , décembre 2015, page 05,(QA-01-15-945-fr-N)

¹⁹ - زيد المال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء احكام القانون الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون دولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص350.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

العالمي، وباعتبار مؤتمر ريو للبيئة مؤتمرا عالميا فقد كان نقطة إعادة بعث ديناميكية دولية للبحث عن حلول ذات طابع العالمي²⁰.

المبحث الثاني : مبدأ الحيطة أمام القضاء الدولي.

لم يقتصر الجدل حول طبيعة مبدأ الحيطة على التصور الفقهي، بل تجسد في التطبيقات القضائية فقد جاءت الأحكام الصادرة عن المحاكم متباينة في فصلها في تطبيق مبدأ الحيطة المقدمة أمامها من أحد الأطراف المتنازعة، مكرسة بذلك التباين الفقهي في تحديد الطابق القانوني للمبدأ، إذ أن التداول المتكرر له أمام الهيئات القضائية لم يفلح في الجزم بالطبيعة القانونية له، والتي تجعل تطبيقه من الهيئات القضائية تلقائيا باعتباره ملزما لتمتعه بوصف القاعدة القانونية.²¹ لذا فسوف نتطرق في هذا المبحث لموقف القضاء الدولي من تجسيد مبدأ الحيطة. من خلال المطلب الأول: موقف محكمة العدل الدولية من مبدأ الحيطة و المطلب الثاني : موقف المحكمة الدولية لقانون البحار و المطلب الثالث : شروط تطبيق مبدأ الحيطة

المطلب الأول: موقف محكمة العدل الدولية من مبدأ الحيطة.

أثير المبدأ أمام المحكمة العدل الدولية في أكثر من مناسبة نذكر من بينها قضية التجارب النووية الفرنسية، حيث انه على إثر قيام فرنسا في السبعينات بإجراء بعض التجارب النووية في الجو في جنوب المحيط الهادي، رفعت عليها نيوزلندا دعوى أمام CIJ في 9 ايار/مايو 1973، والغاية الأصلية والنهائية من الدعوى هي وقف التجارب، وانتهت المحكمة في حكمها الصادر في 20 كانون

²⁰ - خالد عبد العزيز، مبدأ الحيطة في المجال البيئي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون البيئة والعمران، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015/2014، ص24

²¹ - خالد عبد العزيز، مرجع سابق، ص87.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

الأول/ديسمبر 1974²²، إلى عدم الفصل في النزاع، استنادا إلى صدور تصريح من الحكومة الفرنسية في 1974/06/8 بوقف تلك التجارب، إلا أن المحكمة نصت في الفقرة 63 من حكمها، على إجراء احترازي بقولها إذا تم المساس بأساس حكمها فإن المدعي إن يطلب منها بحث الموقف، وفقا لنصوص النظام الأساسي²³، واثار إعلان الوسائط الإعلامية الفرنسية القرار الصادر عن رئيس الجمهورية الفرنسية المؤرخ في 13 حزيران/يونيه 1995، الذي فيه أن فرنسا ستجري مجموعة نهائية من ثمانية تجارب للأسلحة النووية في جنوب محيط الهادي بدءا من ايلول/سبتمبر 1995²⁴، فقامت نيوزيلندا بإيداع طلبا لبحث الوقف، استنادا للفقرة 63 من حكم محكمة العدل الدولية الصادر في 1974، حيث زعمت نيوزيلندا أن فرنسا من خلال المضي قدما في التجارب النووية تحت الأرض في منطقة جنوب المحيط الهادئ بالقرب من الجزر المرجانية موروروا وفانجاتاوا، لم تحترم مبدأ الحيطة الذي تعتبره كمبدأ متفق عليه في القانون البيئي²⁵، ردت فرنسا أنها قدمت معلومات موجهة لإثبات عدم خطورة التجارب النووية تحت الأرض، على المدى القريب أو البعيد، وحرصت على احترام أحدث متطلبات القانون الدولي، في مجال الوقاية من الأضرار التي قد تلحق بالبيئة²⁶، أما (Cij) أصدرت قرار في 22 أيلول/سبتمبر 1995 القاضي بأن طلب نيوزيلندا لدراسة الحالة وفقا للفقرة 63 من حكم 1974 مرفوض، لأنه لا يدخل في نطاق أحكام الفقرة 63، ومنه فإن حكم المحكمة لم يتطرق تماما لمسألة القيمة القانونية لمبدأ الحيطة، حيث لم تتعرض المحكمة لدفع نيوزيلندا

²²- résumé des arrêtes, avis consultatifs et ordonnances de la cour internationale, 1948-1991, les publications des nations unies, nation unies, NEW YORK, 1992, page127, réf: ST/LEG/SER.F/1

²³- بن قطاق خديجة، دور مبدأ الحيطة في تعزيز العلاقة بين التجارة الدولية والبيئة، مجلة القانون والأعمال، 15 أغسطس 2014، الموقع الإلكتروني: /دور-مبدأ-الحيطة-في-تعزيز-العلاقة-بين-ال-www.droitentreprise.com

²⁴- résumé des arrêtes, avis consultatifs et ordonnances de la cours internationale 1992-1996, les publication des nations unies, Nations unies, New York, 1998 page98, numéro de document :st/LEG/SER.F/1/Add.1.

²⁵- Lucchini Laurent, le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombre plus que lumières, annuaire français de droit international, volume45, CNRS éditions, paris, 1999, page720.

²⁶- بن قطاق خديجة، مرجع سابق.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

وإجابات فرنسا وما يقود إليه من قلب عبيء الإثبات وأصدرت قرارها لأسباب مختلفة، راجعة للإجراءات المستعملة من طرف الدولة الطالبة، وقالت إن طلبها لا يدخل ضمن تقديرات الفقرة 63.²⁷

وبعد ذلك أثير للمرة الثانية موضوع مبدأ الحيطة في أروقة محكمة العدل الدولية وهذه المرة في قضية Gabcikovo-Naginaros وهي القضية المتعلقة بمشروع غابتشيكوفو-ناغيماروس: بين هنغاريا و سلوفاكيا. المتعلقة بمشروع بناء سد ومركز التوليد الكهربائي بين هنغاريا و سلوفاكيا على نهر الدانوب حيث قامت المجر بوقف الأعمال، ثم وضعت حدا للاتفاقية التي كانت تربطها بجمهورية سلوفاكيا، مدعمة موقفها بحالة الضرورة الايكولوجية بسبب الأخطار المحتملة والتي قد تلحق بالماء الذي ستستعمله في مدينة بودبست Budapest، توقف هنغاريا عن تنفيذ الاتفاقية التي تربطها بسلوفاكيا تطبيقا لمبدأ الحيطة حسب إدعائها، باعتباره القاعدة الأكثر تطورا لحماية البيئة من الأخطار الجسمية، رفضت المحكمة الاعتراف بحالة الضرورة التي أدت بهنغاريا إلى الامتناع عن تنفيذ الاتفاقية، وفي الوقت نفسه صرحت أن هنغاريا لم تحترم التزاماتها الملقاة عليها بمقتضى اتفاقية 1977، ولم تعترف المحكمة في قرارها الصادر في جلسة علنية عقدة يوم 25 أيلول/سبتمبر 1997²⁸، بوجود أخطار جسمية محتملة بسبب الطابع غير المؤكد للأضرار التي استندت عليها هنغاريا للتوقف الانفرادي عن تنفيذ الاتفاقية التي تربطها بسلوفاكيا²⁹، وفي هذه المناسبة الثانية التي تم عرض موضوع مبدأ الحيطة فيها على محكمة العدل الدولية، نجدها لم تأخذ بعين الاعتبار المبدأ في أحكامها، ورفضت التصريح بتطبيق مبدأ الحيطة، وبذلك لم تساهم محكمة العدل الدولية في إعطاء دفعة من

²⁷ - عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة والمسؤولية المهنيين، مرجع سابق، ص 256.

²⁸ - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1997-2002، منشورات الامم المتحدة، الامم المتحدة،

نيويورك، 2005، ص 1، الرقم الوثيقة: ST/LEG/SER.F/1/ADD.2

²⁹ - صفية زيدالمال، مرجع سابق، ص 355.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

شأنها ترسيخ المبدأ من الجانب القانوني عن طريق أحكامها الصادرة في القضيتين السالفة الذكر، بل زادت المبدأ أمرا غموضا.

ثم جاءت قضية طاحونتي اللباب على نهر أوروغواي بين الأرجنتين و أوروغواي لكي تؤكد على تجاهل محكمة العدل الدولية لمبدأ الحيطة في تطبيقاتها القضائية، حيث طالب الأرجنتين من المحكمة اصدر تدابير تحفظية حول تراخيص إنشاء المطاحن على ضفاف نهر الأوراغواي إلى غاية الفصل في القضية، حيث أسست الأرجنتين طلبها على أن عدم وقف العمل على مشروع الطاحونتين من شأنه أن يحدث أضرار خطيرة ولا يمكن جبرها، مدعية أن الموقع المختار لبناء الطاحونتين هو أسوأ ما يمكن تخيله من ناحية حماية حماية النهر والبيئة العابرة للحدود، وان الضرر البيئي يعتبر على أقل تقدير احتمالا بالغ الخطورة، ولن يمكن جبره، وقامت الأوروغواي بالدفع بعدم صحة المخاوف التي تؤرق الأرجنتين، ودعما لموقفها شرحت الأوروغواي أمورا من بينها أن التقييمات الأثر البيئي التي أجريت حتى الآن وتلك التي ستجرى في المستقبل، والضوابط التنظيمية والشروط الصارمة لمنح التراخيص التي يفرضها قانون الأوروغواي على بناء وتشغيل الطاحونتين، تضمن أنها لن تلحق أي ضرر بنهر الأوروغواي أو الأرجنتين، وخلصت الأوروغواي إلى انه حتى وان اعتبر أن تشغيل الطاحونتين قد يسفر عن تلوث النهر، فإن جسامه الخطر المزعوم من الأرجنتين لا يعد أكيد أو فوريا بما يكفي لاستيفاء شرط المحكمة بأن يكون الخطر وشيكا أو عاجلا، وبعد اطلاع المحكمة على القضية ودراسة الطلبات والدفوع أصدرت المحكمة CIJ أمرا في 13 تموز/يوليه 2006 انتهت فيه إلى أن الظروف، كما تبدوا للمحكمة في الوقت الراهن، لا تستلزم في حد ذاتها ممارسة سلطتها بموجب المادة 41 من النظام الأساسي والإشارة للتدابير التحفظية³⁰، وعللت المحكمة قرارها انه لا يوجد أي شيء في ملف

³⁰ - Résumé des arrêts, avis consultatif et ordonnance de la cour internationale 2003-2007, les publication des nation unies, Nations unies, New York, 2001, page 180, réf: st/LEG/ser.f/1/add3.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

الدعوى يبين أن القرار الفعلي للارغواي بالترخيص لبناء الطاحونتين شكل خطرا وشيكا بوقوع ضرر لا يمكن جبره في البيئة المائية للنهر او المصالح الاقتصادية والاجتماعية لسكان ضفة النهر، وأشارت إلى أن الأرجنتين لم تقدم في الوقت الحاضر أدلة تشير إلى ان تلوث ناجم عن تشغيل الطاحونتين سيكون من طابعه إحداث أضرار لا يمكن جبرها في نهر الاورغواي³¹، و بذلك فإن المحكمة في مطالبتها بأدلة تثبت الضرر لم تأخذ بعين الاعتبار مبدأ الحيطة الذي يقوم على أساس عدم التعذر بعدم توافر اليقين العلمي من اجل المبادرة بإتخاذ الاجراءات التي من شأنها لحد من الضرر البيئي المحتمل.

المطلب الثاني : موقف المحكمة الدولية لقانون البحار.

للقوقف على رأي المحكمة الدولية لقانون البحار من مبدأ الحيطة، سوف نتعرض إلى بعض القضايا التي عرضت على المحكمة لنرى منطق حكمها ما إذا أخذ بعين الاعتبار المبدأ سواء صراحة أو ضمنا.

أ/ قضية التونة ذات الزعانف الزرقاء (Thon a nageoires blues): إحتجت كل من نيوزيلندا وأستراليا ضد التصرف الإفرادي لليابان التي سمحت بصيد حصة أكبر من التونة ذات الزعانف الزرقاء من تلك المحددة في نظام الحصص المتفق عليها طبقا لاتفاقية جهوية³²، لأن ذلك

³¹ - Ibid, page184.

³²- Les trois états intéresse a la pêche du TNB dans les années 1980- 'L'Australie Le Japon et la Nouvelle - Zélande' ont commerce la négociation dans un but de conservation et de gestion en 1982, ils ont décidé d'un volume « total admissible des captures » de 38650 tonnes et de quotas nationaux (pour le Japon 23150 tonnes, pour l'Australie 14500 tonnes, et pour Nouvelle - Zélande 1000 tonnes, entre les années 1982 et 1989, le TAC a continuellement diminué , jusqu'à 11750 tonnes et les quotas nationaux sont passés pour le Japon a 6065 tonnes, pour l'Australie 5265 tonnes, et pour Nouvelle - Zélande 420 tonnes, après l'établissement d'un contrôle conjoint de la pêche, les trois états on décide de conclure une convention pour la conservation et la gestion des ressources de TNB en 1993 : la convention pour la conservation du thon a nageoire bleue . pour plus de détails: kawano Mariko, l'affaire du thon à nageoire bleue et les chevauchements du juridictions internationales, annuaire français de droit international, CNRS éditions, Paris, Volume 49, 2003, p517.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

يعد مخالفا للمواد 64، 116 و 119 من اتفاقية قانون البحار 1982 والقانون العرفي، الذي يلزم الدول بالتعاون المباشر بواسطة المنظمات الدولية من أجل ضمان الحفاظ على السمك المهاجر وتدعيم استغلاله الدائم الرشيد³³.

صدر قرار المحكمة الدولية للبحار بتاريخ 1999/08/27 بصدد مبدأ الحيطة، على الرغم من أن القرار، لم ينص صراحة على مبدأ الحيطة واكتفى بالإشارة إليه ضمنا، فقد طالبت المحكمة بسبب عدم اليقين العلمي حول الأخطار التي قد تلحق بفصيلة التونة ذات الزعانف الزرقاء الدول الأعضاء أن تتصرف بحذر وحيطة وتسعى إلى اتخاذ تدابير فعالة بهدف الحفاظ على مخزون التونة وحمايته من التعرض لأخطار جسمية، لم تتطرق المحكمة لمبدأ الحيطة بصفة مباشرة وذلك، حسب القاضي LAING بالمحكمة الدولية للبحار، لكنها اتبعت مقارنة الحيطة³⁴.

ب/ قضية مصنع موكس *L'affaire de l'usine Mox*³⁵:

في التاسع من نوفمبر لعام 2001 كانت أيرلندا قد تقدمت بطلبها أمام المحكمة لقانون البحار، مفاده الأمر بتطبيق تدابير تحفظية عاجلة ضد المملكة المتحدة وفقا لنص المادة 290 فقرة 5 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، على أثر الترخيص الذي منحته هذه الأخيرة لمصنع موكس بمزاولة نشاطه الذي أثر بيئيا على بحر أيرلندا جراء الإلقاء المتعمد للنفايات المشعة في عرض بحر أيرلندا، لحين تشكيل محكمة تحكيم وفقا للمرفق السابع من الاتفاقية للنظر نهائيا في النزاع³⁶، وأصدر المحكمة

³³- زيد المال صافية، مرجع سابق، ص 356.

³⁴- نفس المرجع السابق، ص 356.

³⁵- Pour plus de détail concernant l'affaire de l'usine Mox: Kerbrat Yann, le différend relative à l'usine Mox de sella Field(Irlande/Royaume-Uni): connexité des procédures et de droit d'accès à l'information en matière environnement , Annuaire français de droit international, CNRSCNRS éditions, Paris, Volume50, 2004, Page 607. et voir: Christophe Nouzha, l'affaire de l'usine Mox (Irlande/Royaume-Uni) devant le tribunal international du droit de la mer: Quelles mesures conservatoires pour la protection de l'environnement? Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale (Actualité et droit international), Mars 2002, page 01, Article publié dans le site : www.ridi.org/adi/articles/2002/200203nou.pdf.

³⁶- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، ص 264.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

حكمها في 2001/12/3 الذي لم تتعرض صراحة للمبدأ إلا أنها أشارت إليه في تسبب حكمها حيث صرحت في فقرتها رقم 4 على أنه: "تري المحكمة أن الحدو والحيطة يفرضان على ايرلندا والمملكة المتحدة التعاون من خلال تبادل المعلومات حول المخاطر والآثار التي قد تنجم عن تشغيل مصنع موكس وعلى أن يطوروا طرق ووسائل للتعامل معها إن وجدت".

بدأت عندما قامت سنغافورة في تنفيذ استصلاح الأراضي بالقرب من PulanTekong و Tuas في مضيق جوهر Johor، حيث اعتبرت ماليزيا أن هذا العمل كان يسبب تغيرات كبيرة في نظام التدفق والترسيب، مما أدى إلى تآكل الساحلي، وفي هذه الحالة قامت سلطات هذين البلدين عن طريق وزارة الشؤون الخارجية لماليزيا والمفوضية العليا بجمهورية سنغافورة بتبادل وجهات النظر حول هذه القضية، إلا أن السلطات السنغافورية لم تنوي وضع حد لهذا العمل، في نهاية الاجتماع الذي عقد في أغسطس 2003، لذلك لجأ الوفد الماليزي للمحكمة الدولية لقانون البحار من أجل إصدار تدابير تحفظية ريثما يتم إنشاء محكمة التحكيم، طلبت ماليزيا من محكمة قانون البحار أن تنص على تدابير تحفظية حتى يتم تقديم القرار النهائي لمحكمة التحكيم وذلك بتعليق سنغافورة استصلاح الأراضي الجارية بالقرب من الحدود البحرية بين الدولتين، لتزويده بمعلومات كاملة عن العمل الجاري والمخطط له ويعطيه المجال للتعليق على العمل وتأثيراته المحتملة والأساس الذي ارتكزت عليه ماليزيا لطلب تدابير تحفظية، هو أن أعمال الاستصلاح تسبب مخاطر وتسبب أضرار جسيمة لا رجعة فيها للبيئة البحرية وانتهاك خطير لحقوقها، وقد اعتمدت ماليزيا على أحكام المادة 290 الفقرة 5³⁷.

أصدرت المحكمة بعد مراجعة الملف المقدم من الطرفين أمراً في 2003/10/8، وخلص إلى أن ماليزيا لم تثبت وجود حالة طوارئ أو غير ذلك، من خطر ضرر لا يمكن إصلاحه على حقوقها في

³⁷- Assomboni-ogunjmi Alida Nabobue, le contentieux de l'environnement marin devant le tribunal international du droit de la Mer, Revue européenne de droit de l'environnement, N°3, 2004, page 264. Voir le site : <https://doi.org/10.3406/reden.2004.1708>

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

جزء من بحرهما الإقليمي. ولذلك لم تكن تنوي وضع تدابير تحفظية فيما يتعلق بأعمال الاستصلاح التي اضطلعت بها سنغافورة، ومع ذلك فإنها ترى في الظروف الخاصة للحالة أن أعمال الاستصلاح هذه يمكن أن يكون لها أثر سلبي على البيئة الخارجية في مضيق جوهور وحوله، لذلك أمرت البلدين بإنشاء آليات لتبادل المعلومات حول عملية الاستصلاح وتقييم الآثار التي قد ترتب عليها، وبناء على ذلك قررت المحكمة بالإجماع اتخاذ تدابير تحفظية بموجب الفقرة 5 من المادة 290 من اتفاقية قانون البحار، وقررت من ناحية أن يشرع البلدان في القيام بإجراءات المشاورات لإنشاء فريق خبراء مستقل لإجراء دراسة لتحديد أثر الاستصلاح واقتراح تدابير عند الاقتضاء للتعامل مع أي أثر سلبي ممكن من هذا العمل ومن ناحية أخرى حث سنغافورة على عدم القيام بأعمال الاستصلاح بطريقة يمكن أن تكون ضارة بحقوق ماليزيا ولا يمكن إصلاحها، أو إلحاق ضرر جسيم ببيئتها³⁸.

مما سبق ذكره من قرارات للمحكمة TODM في قضية الاستصلاح³⁹ يتبين أن المحكمة رفضت الحكم على أساس المبدأ، وذلك عندما أكدت على ضرورة تقديم إثبات علمي من شأنه تأكيد ضرورة اتخاذ التدابير التحفظية وفي هذه القضية يبدو أن المحكمة تتخلى عن أي إشارة إلى مبدأ الحيطة هل هو عبارة عن رفض ضمني للمبدأ⁴⁰.

المطلب الثالث : شروط تطبيق مبدأ الحيطة.

إن تحليل مختلف عبارات المبدأ في النصوص الدولية السالفة الذكر، يظهر شروط دائمة خاصة بتطبيقه، ورغم وجود صيغ وعبارات متعددة، غلّا ان الشروط المتواجدة بصفة متماثلة ضمن مختلف

³⁸ - Ibid, page 265.

³⁹ - Pour plus détail voir: Annuaire juridique 2003, publication des Nations Unies, New York, 2009, page 619, référence du document : ST/LEG/SER.C/41.

⁴⁰ - Nicolas de Sadeleer, le principe de précaution dans le monde; fonda Pol-jean Jaurès, Paris, Mars2011, page 23.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

الاتفاقيات ومجرد توافرها تفرض على الأطراف المعنية التزامات متفاوتة الدرجة⁴¹، وتمثل هذه الشروط فيما يلي: الفرع الأول: ضرر أو خطر محتمل. الفرع الثاني: غياب اليقين العلمي.

الفرع الأول: ضرر أو خطر محتمل.

إن مبدأ الحيطة يرمي في الأساس إلى تفادي أخطار احتمالية غير ثابتة في الحاضر، ولكن يتوقع حصولها في المستقبل، وذلك أن الاتجاه الحديث للمسؤولية لم يعد مقتصرًا على تغطية الأضرار السابقة، بل يشمل إلغاء الأخطار المستقبلية، أي أن وظيفة المسؤولية في هذا المجال تحولت من الوظيفة التعويضية إلى الوظيفة الاحتياطية، وبهذا يمكن لمبدأ الحيطة أن يشكل أساسًا للمسؤولية في التوجه الحديث⁴²، إن الأخطار التي تثبت فيها العلاقة السببية بين حادث ما وبين الضرر الذي قد يلحقه هذا الأخير عن طريق أدلة علمية قاطعة، لا تخضع لأي حال من الأحوال لمبدأ الحيطة، فهذا النوع من الأخطار يمكن أن يوصف على أنه مادام من الممكن تقدير احتمال حدوثه، إلا أن ميزة الخطر في مبدأ الحيطة أنه مفاجئ وأن حدوثه دائما غير ثابت، لكن ما هو أكيد هي العلاقة السببية بين الحادث المحتمل وقوعه والضرر المتوقع أما المدة التي سيقع فيها الخطر هي التي تبقى غامضة، وهو ما يميز مبدأ الوقاية عن مبدأ الحيطة، فإذا كان الأول يطبق في حالة الأخطار المؤكدة، فإن الثاني يرتبط دائما بالأخطار المشبوهة⁴³.

الفرع الثاني: غياب اليقين العلمي.

41- عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد التاسع، جوان 2013، ص181.

42- عيساوي عبد النور، تكريس مبدأ الحيطة لحماية البيئة البحرية من التلوث في اتفاقية برشلونة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي، أحمد زبانه، غليزان، العدد السادس، جوان 2016، ص158.

43- عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على أساس مبدأ الحيطة، مرجع سابق، ص181.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

لقد ساهم التقدم العلمي المتسارع في توقع العديد من الأمور المستقبلية بدرجات توقعية تكاد تكون يقينية، وانعكس هذا إيجابيا على تطبيق القواعد القانونية ولكن مع زيادة المخاطر في عدة مجالات لاسيما في مجال البيئة، أدى إلى الحاجة لتسارع علمي أكبر من أجل الكشف عن كل ما من شأنه أن يضر بالبيئة، وهذا ما لم يحدث ولن يحدث، لأن علم البشر يظل عاجزا على أن يحيط بكل شيء، ولأجل ذلك تنامت ظاهرة التنبيه إلى أخطار محتملة تضر بالبيئة⁴⁴، ومن أجل تطبيق مبدأ الحيطة في مجال المسؤولية الدولية يستوجب توافر شرط غياب اليقين العلمي ثابت حول العلاقة السببية العلمية لحجم وطبيعة احتمال حدوث الخطر وحجم الأضرار الناجمة عنه⁴⁵، ويقصد بحالة غياب اليقين العلمي غياب الإحاطة العلمية التامة بكل أو بعض الجوانب المتعلقة بالخطر المحتمل على البيئة نظراً لكون المعطيات العلمية غير متوفرة بشكل كاف يسمح بالثبوت منه، وعليه فهو خطر غير ثابت لدى العلماء والخبراء نظراً للمعطيات العلمية التي هي بحوزتهم، إذن فسواء تعلق الأمر بغياب كلي للمعرفة العلمية، أو بعدم كفاية هذه المعارف فإننا نكون بصدد حالة عدم اليقين العلمي⁴⁶، وقد ورد هذا الشرط في كل الصكوك الدولية التي أشارت إلى المبدأ إلا أن بروتوكول قرطاجنة حول السلامة الإحيائية لسنة 2000 هو الوحيد الذي حاول توضيح طبيعة أوجه عدم اليقين العلمي من خلال اعتباره أنها قد تكون بسبب "عدم كفاية المعلومات والمعرفة العلمية ذات الصلة فيما يتعلق بمدى حدة الآثار الضارة المحتملة" المادة 06/10⁴⁷.

44- عيساوي عبد النور، مرجع سابق، ص161.

45- صديقي سامية، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في القانون الدولي، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، العدد الثاني، مارس 2017، ص64.

46- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، مرجع سابق، ص149.

47- De Roany Cécile, des principes de précaution : analyse de critères communs et interprétation différenciée, Revue juridique de l'environnement, N°2, Juin 2004 ? page 148 ,

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

وجاء في نص المادة الثالثة من اتفاقية برشلونة أن الافتقار إلى اليقين العلمي الكامل لا يستخدم كسبب لتأجيل اتخاذ التدابير لمنع تدهور البيئة. أما إعلان ريو 1992 فقد استعمل عبارة: "عدم توافر اليقين العلمي المطلق" واستعملت اتفاقية التغيرات المناخية 1992 عبارة: "عدم توفر اليقين العلمي الكلي" وإن اختلفت المصطلحات فإن المقصود واحد، بمفهوم أن غياب اليقين العلمي يدل على وجود بعض المعلومات غير مؤكدة، ويصف بعض الفقهاء مؤدى مبدأ الحيطة أنه عند عدم وجود تأكيد علمي حول أخطار معينة فذلك يؤدي إلى اتخاذ تدابير احتياطية ويكون هذا دائما عندما تكون المعلومات العلمية غير كافية وغير حاسمة، كما أن غياب اليقين العلمي يعني في حالات أخرى عدم القدرة على إثبات علاقة سببية بين الأسباب والآثار⁴⁸.

خاتمة:

مما سبق بيانه يتضح لنا ، أن وظيفة المسؤولية الدولية المدنية لا يجب أن تقتصر على تغطية الأضرار السابقة، وإنما يجب أن تعمل على إلغاء الأخطار المستقبلية، أي يجب أن تتطور وظيفة المسؤولية من الوظيفة التصليحية أو التعويضية إلى الوظيفة الوقائية الاحتياطية، وبظهور مبدأ الحيطة على الصعيد الدولي أثر على قواعد المسؤولية الدولية بشكل واضح حيث أنه بعد ما كانت المسؤولية تقوم على أساس الضرر المؤكد وأنه الوحيد القابل للتعويض، أصبح بإمكان القاضي الاكتفاء فقط بوجود تهديد بوقوع مخاطر من

Voir le site : https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397_0299_2004_num_29_2_4274.

⁴⁸- عيساوي عبد النور، مرجع سابق، ص161.

مبدأ الحيطة في الممارسات الدولية

الأستاذ: عبدا لله ياسين غفافية - المركز الجامعي آفلو

دون إثبات الضرر أي بمعنى تمديد إمكانية القاضي من أجل فرض تدابير تحفظية بدون اشتراط حالة الاستعجال ولا حتى الطابع الوشيك لحصول الضرر⁴⁹، وبذلك قيام المسؤولية على أساس الضرر المحتمل. كما أثر تطبيق مبدأ الحيطة على موازين عبئ الإثبات في الأصل يخضع عبء الإثبات لقاعدة قانونية شهيرة مفادها أن البيئة على من ادعى واليقين على من أنكر وطبقاً لهذه القاعدة أن الدولة ملزمة بإثبات أن النشاط الذي يعتزم القيام به يؤثر عليها سلباً ويلحق الضرر بها، ولكن ما جاء به مبدأ الحيطة قلب موازين هذه القاعدة حيث انقلب عبء الإثبات على الدولة المدعى عليها بحيث يتوجب عليها إثبات أن الأعمال التي هي بصدد القيام بها لا تشكل ضرر جسم على البيئة أو تهدد مصالح الدولة المدعية. وقد التمسنا ذلك في عدد من القضايا من بينها قضية مواصلة التجارب النووية بين نيوزيلندا وفرنسا والتي قد تعرضنا لها سابقاً حيث طالبت نيوزيلندا من فرنسا أن تقوم بدراسة التأثير لتثبت أن مواصلة التجارب النووية لا يحدث تلوث للوسط البحري بالمواد المشعة، وإذا لم تتمكن من إثبات عدم وجود خطر فعليها الكف عن مواصلة تجاربها النووية.⁵⁰

⁴⁹- عمارة نعيمة، الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية: على أساس مبدأ الحيطة، مرجع سابق، ص186.

⁵⁰- لتفاصيل أكثر أنظر: زيد المال صافية، مرجع سابق، ص371.

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ: عبد الحميد شطة - المركز الجامعي آفلو

الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

تاريخ الإستلام : 02 أبريل 2018 تاريخ القبول للنشر : 14 جوان 2018

ملخص :

إنّ الرياضي هو كل شخص يقوم بمجهود جسماني ينطوي عليه النشاط الرياضي ، كما أنّ الأنشطة الرياضية هي كل أداء رياضي منظم يمارسه الإنسان بمحض إرادته ، حيث تُشكل الأنشطة الرياضية مجموعة من الألعاب يتسم بعضها بالخطورة والعنف كونها تتطلب مواجهات رياضية تنافسية مابين شخصين ، والبعض الآخر ألعاب رياضية تتسم بأن أدائها يتم على المستوى الفردي . و أنّ الواجب القانوني يحتم على الرياضي أن يتبع في ممارسته للألعاب الرياضية القواعد القانونية الكلمات المفتاحية : الرياضي ، القواعد القانونية ، الخطأ ، الضرر ، المسؤولية المدنية .

Summary:

The athlete is every person who performs the physical effort involved in sports activity, and sports activities are all organized sports exercise by man of his own free will. Sports activities are a series of games, some of which are dangerous and violent because they require competitive sports competitions between two people, Characterized by their performance at the individual level. And that the legal duty requires the athlete to follow in the exercise of sports rules of law.

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

مقدمة :

من المعلوم لدينا أن الرياضي هو كل شخص يقوم بمجهود جسماني ينطوي عليه النشاط الرياضي وان الأنشطة الرياضية هي كل أداء رياضي منظم يمارسه الإنسان بمحض إرادته . حيث تشكل الأنشطة الرياضية مجموعة من الألعاب يتسم بعضها بالخطورة والعنف كونها تتطلب مواجهات رياضية تنافسية ما بين شخصين ، والبعض الآخر ألعاب رياضية تتسم بأن أداؤها يتم على المستوى الفردي . وان الواجب القانوني يحتم على الرياضي ان يتبع في ممارسته للألعاب الرياضية القواعد القانونية التي تفرضها أصول اللعبة كالقانون الدولي للملاكمة والقانون الدولي للتايكواندوا.

وان هذه القواعد بشكل عام تتضمن نوعين :

الأولى: القواعد الفنية البحتة، كالتى تحدد زمن المباراة، تكوين الفرق الرياضية، أوصاف الملعب الذي تجري على أرضه اللعبة.

وهذا النوع من القواعد يهدف إلى ضمان انتظام سير المباراة .

وغالباً ما يكون الجزاء على مخالفة هذه القواعد هو جزاء الرياضي كإلغاء المباراة كلياً أو جزئياً .

أم النوع الثاني: من القواعد فهي القواعد التي تنظم سلوك اللاعبين لضمان السلامة أثناء ممارسة النشاط الرياضي ومثلها القواعد التي تمنع اللاعب من توجيه ضربات معينة الى الخصم .

ونشير أن مخالفة الرياضي للقواعد القانونية الخاصة باللعبة يشكل خطأ رياضي ينجم عنه ضرر للخصم المقابل وهذا الضرر يستلزم بلا شك (الجبر) فحجر الضرر لا يكون الأسباب حصول خطأ؛ والخطأ الرياضي المخالف للقواعد القانونية للعبة الرياضة هو خطأ بالمعنى القانوني فقد نصت القوانين المدنية في البلدان العربية على أنه (كل تعدد يصيب الغير يلزم محدثه بالتعويض) . وأما مخالفة قواعد اللعبة الرياضية بسبب ضرراً جسيماً للاعب الخصم يستوجب على محدثه التعويض درءاً للضرر الحاصل للخصم المتضرر.

وعليه نتناول البحث وفق الخطة التالية:

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

المبحث الأول : التعريف ببعض المصطلحات الرياضية .

المبحث الثاني : أركان المسؤولية المدنية في الخطأ الرياضي .

المبحث الثالث : موقف الشريعة الإسلامية من مفهوم الأخطاء الرياضية .

المبحث الرابع : دعوى تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء الرياضية .

المبحث الأول : التعريف ببعض المصطلحات الرياضية .

إن تقرير المسؤولية المدنية الناجمة عن الإصابات الرياضية يقتضي منا تحديد بعض المصطلحات

الرياضية :

أولاً : النشاط الرياضي .

هو كل أداء رياضي إيجابي منظم يمارسه الإنسان بمحض إرادته ويكون صالحاً لان تنهض به المسؤولية القانونية للأشخاص الذين ساهموا في تنظيمه أو أنه كل أداء رياضي منظم يمارسه الإنسان بمحض إرادته ويكون صالحاً بأن تنهض به المسؤولية القانونية للأشخاص الذين ساهموا في تنظيمه (1).
ويلاحظ أنه لا يشترط في النشاط الرياضي أن يكون رسمياً أي النشاط الذي تعترف به اللوائح الرياضية أو تنافسياً أو جماعياً . فقد يكون النشاط الرياضي فردياً أو جماعياً . وقد يكون رسمياً أو غير رسمياً وقد يكون تنافسياً أو غير تنافسياً (2) .

ثانياً : الرياضي .

هو كل شخص يمارس الرياضة أو يشارك في أنشطتها ومعنى آخر هو الشخص الذي يقوم بالمجهود الجسماني الذي ينطوي عليه النشاط الرياضي (3) .

ثالثاً : الرياضة .

هي كل نشاط بدني يتصف بروح اللعب يمارسه الفرد برغبة وصدق ويتضمن صراعاً تنافسياً مع الغير أو مع الذات أو مع عناصر الطبيعة (4) .

رابعاً : الإصابة الرياضية.

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

وتعني إيقاع الألم الجسدي أو التسبب في مرض أو عاهة في جسم الإنسان (5).

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية في الخطأ الرياضي .

وبهذا الصدد يفرض علينا تساؤل مهم ، هل أن أركان المسؤولية التقصيرية المعروفة في

القانون المدني هي ذاتها في الإصابة الرياضية ؟

الخطأ :

إن الخطأ التقصيري على أنواع ، فهو إما أن يكون خطأ عمدي أو خطأ غير عمدي

فالخطأ التقصيري هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال (6).

فالخطأ التقصيري يقوم على عنصرين ، العنصر لأول هو عنصر التعدي ، ويقصد بالتعدي هو

الإخلال بالتزامات وواجبات قانونية . وفيما يتعلق بخطأ الرياضي فإنه يتحقق عند إخلال الرياضي

بالتزام قانوني . فقد نصت المادة (3/41) أنه لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى

القانون، ويعتبر استعمالاً للحق " أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية متى كانت

قواعد اللعبة قد روعيت " (7) .

ومن خلال هذا النص يتضح لنا ومن مفهوم المخالفة أنه في حالة القيام بأعمال العنف في الألعاب

الرياضية دون مراعاة قواعد اللعبة فإن هذه الأعمال تكون غير مباحة وبالتالي تتحقق المسؤولية

الجنائية بحق القائم بها ومن ثم قيام المسؤولية التقصيرية . وبمعنى آخر أن المشرع قد فرض التزاماً على

عائق الرياضيين وهو وجوب تطبيق قواعد اللعبة أثناء ممارسة الألعاب الرياضية ، والسؤال الذي يتبادر

إلى الذهن ، ما هو المعيار الذي يعد فيه اللاعب مخطئاً ؟

إن المعيار الذي يثبت خطأ الرياضي ، وبمعنى آخر الذي يثبت تجاوز الرياضي لقواعد اللعبة

هو اللاعب متوسط المستوى والحرص من الناحية الفنية في الأداء الحركي المهاري لكل لعبة من

الألعاب (8).

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

وهذا ما قضت به أحد المحاكم الفرنسية بقولها أن المصارع غير مسؤول عما سببه للخصم الآخر كون الأفعال التي قام بها أفعال صحيحة (9).

وعليه فإن أثبات الخطأ التقصيري يكون على عاتق المدعي المتضرر.

الضرر:

هو الركن الجوهري والأساسي في المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ الرياضي فالضرر هو أذى يصيب الضحية أو المضرور بواقعة غير مشروعة ويتضمن الضرر الشرط الثاني للمسؤولية التقصيرية (10).

من هذا التعريف نستخلص أن عناصر الضرر في الألعاب الرياضية هي :

الفعل الضار الذي يقع على الشخص نتيجة لمخالفة الخصم لقواعد اللعبة .

أن هذا الأذى يصيب المضرور الرياضي في جسمه.

الأذى الذي يلحق بالمضرور يجب أن يقع على حق أو مصلحة مشروعة يحميها القانون لا مكانية الاعتداد بها .

وما مخالفة القواعد الرياضية في اللعبة إلا حق يحميه القانون ويعتد به كون أن الخروج عن

قواعد اللعبة يشكل ضرراً للخصم .

2- العلاقة السببية بين الخطأ الرياضي والضرر.

إن العلاقة السببية هي تلك الصلة التي تربط الخطأ بالضرر ، رابطة سبب بنتيجة ، أي تلك

الرابطة التي تجعل الضرر نتيجة للخطأ الرياضي ، فإذا انعدمت هذه الرابطة أنتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها (11) .

الإصابة الرياضية و حق المتضرر

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

إن الرياضة بطبيعتها التنافسي والتي تمتاز بحركات انفعالية وبأفعال ايجابية صادرة عن الإنسان والتي تتميز بالعنف وذلك نتيجة الاحتكاكات المباشرة التي تحدث بين الرياضيين أنفسهم وهذا ما يولد احتمالات كبيرة في وقوع الأضرار والإصابات لهم. حيث تترك الإصابات أضرارا مادية ومعنوية مما يؤثر سلبا على المسيرة الرياضية للاعبين وخاصة ذي المستوى العالي والمحترف مما يقلل من إرادته في مواصلة الأداء الرياضي كما تهدر الوقت والمال لما تتطلبه من نفقات لإعادة اللاعب المصاب إلى حالته الطبيعية. و للوصول إلى الطبيعة القانونية للإصابة الرياضية يستوجب تحديد المفهوم القانوني لها وذلك من خلال تحليل طبيعتها وتحديد أسباب وقوعها.

إذ قد تحدث الإصابة بسبب طبيعة اللعبة التي يمارسها اللاعب، وقد تحدث بسبب خطأ اللاعب المصاب نفسه، كما تتحقق بسبب التصرفات السلبية لعناصر أخرى (المتفرجين، المسيرين وأشخاص آخرين) ومن ثم أوجب علينا أن نقوم بتحديد الإطار القانوني لحصر الإصابة التي تساهم في إصابة اللاعب الرياضي ولكي نحدد الإطار القانوني للإصابة وذلك نتيجة حادث رياضي فيستوجب علينا تحديد زمان وقوع الإصابة الرياضية ومكانها مع تحديد العلاقة السببية التي ربطت اللاعب بالإصابة.

و للإشارة فإن العلاقة التي تربط الرياضي بالنادي هي ذات العلاقة التي تربط العامل برب العمل إلا أنه لا يمكن إنكار أن هذه العلاقة تتمتع بخصوصيات تميزها عن غيرها ولكن ميدان الإصابات الرياضية يختلف اختلافا عرضيا عن الإصابات في الميادين الأخرى وخاصة في ميدان العمل ولمعرفة أكثر، علينا أن نقوم بتحديد الإصابة الرياضية، ثم تحديد أوجه الاختلاف والتشابه بالإصابات الأخرى.

1-2- الطبيعة القانونية للإصابة الرياضية:

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

إن الأحكام القضائية الحديثة وكذلك الفقه يؤكدان على ضرورة تكييف العقد المبرم بين النادي واللاعب بأنه عقد عمل (لائحة الاحتراف ل لاعب كرة القدم الفرنسية)، بل إن هذا ما تؤيده و تنص عليه لوائح الاحتراف المنظمة لهذا العقد لأن الرياضة كما يعرفها البعض هي نشاط اجتماعي يسهم في الارتقاء بكفاية الفرد (الحركية، الصحية النفسية) ويتحدد بصفة أساسية في عنصري التدريب والمنافسة، وما تتطلبه من جمود وقواعد ولوائح تتأسس ضمان للمقارنة العادلة بين الوحدات المتنافسة وإن ممارسة أي لعبة رياضية تقتصر على شخص طبيعي لما تتطلبه من جهد عضلي وفكري. ومن الجدير بالذكر إن النظرة إلى الرياضة قد اختلفت عما كان عليه في القرن التاسع عشر حيث كان ينظر إليها على أنها مجرد هواية، أما في الوقت الحاضر فقد أصبحت الرياضة حرفة ومع التحولات الاجتماعية والسياسية واكبت الرياضة هذا التطور وانتقلت من الهواية والتسلية إلى الرياضة التنافسية ذات المستوى العالي واحتراف هذا ما تميز به العصر الحاضر ومن ثم، أصبحت الرياضة حرفة وعمل ولذلك أصبح أغلب الرياضيين من المحترفين وعلى ذلك يصعب الفصل بين الرياضة والعمل) بحيث أصبح ينظر إلى اللاعب المحترف على انه عامل كما أن هناك بعض الأنظمة تخضع للعقد المبرم بين اللاعب والنادي الذي ينتمي إليه، إلى التشريعات الرسمية وبالتالي فان اللاعب يستفيد من نصوص قانون العمل المتعلقة بالتعويض على الإصابات التي تلحق العامل أثناء العمل.

لذلك فان الفقه الفرنسي يرى أن النشاط الرياضي يعد لعبا وعملا في آن واحد، أو عملا يتمثل في اللعب، ولذلك فإن محترفي الرياضة يعتبرون أنفسهم أنهم عمال ولذلك يبررون أن الرياضة تعد بالنسبة لهم حرفة وذلك لغاية تمتعهم بالحماية التي تقرها قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية للعمال ولهذا فاتجاه جل الدول المهتمة بالرياضة والراغبة في ترسيم مبدأ حماية الرياضيين بالدفع إلى إنشاء نقابات رياضية مهنية للدفاع عن الرياضيين ومن هذه الدول مصر (صدور قانون رقم 03 لسنة 1987 وذلك قصد إنشاء نقابة المهن الرياضية).

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

وحسب الأستاذ محمد سليمان الأحمد في كتابه الوجيز في العقود الرياضية فإن العقد الذي يربط اللاعب بالنادي أو الجهة المنظمة للنشاط الرياضي هو عقد عمل. ومن ثم تعتبر الإصابة التي تلحق بالرياضي بأنها إصابة عمل وهذا من خلال ما توصلنا إليه بان الرياضة أصبحت تمارس كحرفة.

2- حق المتضرر.

2-1- طبيعة حق المتضرر.

إن الحق المباشر الذي يكتسبه المتضرر وفقا لعقد لتأمين من المسؤولية المدنية ينفرد بكونه حقا قانونيا خاصا يتناسب مع شروط صحة العقد بحيث يمكن للمتضرر الرجوع مباشرة على المؤمن بكونه حقا قانوني، يترتب له متى توافر في عقد التأمين كافة الشروط الخاصة بصحة عقد التأمين.

2-2- الطبيعة القانونية لحق المتضرر:

إن الطبيعة القانونية لحق المتضرر، تتطلب أن يكون العقد قد نشأ صحيحا ليخضع لأحكام القانون، وبالتالي فإن التزام شركة التأمين تجاه المتضرر، لا يقوم إلا إذا توافرت أركان العقد من الرضا المحل والسبب. و التي تم ذكرها آنفا.

2-3- حق المتضرر في التعويض:

تعتبر الممارسة الرياضية بصفة عامة أداة لتكوين مجتمع صالح تربويا من الناحية العقلية و النفسية و الجسمية و لهذا فالنشاط الرياضي غالبا ما تولد فيه حوادث تؤدي إلى إصابات تُحدث أضرار جسدية. هذا الضرر يستوجب من الناحية القانونية تعويضا يكمن أساسه في الإلتزام بتعويض

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

المتضرر من الضرر المنصوص عليه في المادة 124 من القانون المدني الجزائري " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير، يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

فإلزام التعويض يقع على عاتق من تسبب في الضرر للغير و هو ملزم بتعويض الطرف المتضرر. أي الإقرار بالمسؤولية المدنية واكتمال عناصرها، بمعنى توافر الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما. فإذا توافرت هذه العناصر جميعها أصبح من حق الشخص المتضرر المطالبة بالتعويض.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تقدير التعويض يكون على أساس الضرر ويشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. (المادة 182 من القانون المدني الجزائري) و لتحديد مقدار التعويض وضع القانون معايير يمكن لتطبيقها وهي: دخل الضحية ونسبة العجز، وهنا يجب التفريق بين حالة العجز الكلي المؤقت وحالة العجز الكلي الدائم، وفي حالة العجز الكلي المؤقت يتم تقدير التعويض عن الضرر على أساس الدخل الشهري للضحية، أما إذا لم يكن عاملا فيقدر التعويض على أساس الأجر الوطني الأدنى المضمون، أما في حالة العجز الجزئي الدائم فإنه يتم تقدير التعويض عن الأضرار بناء على الدخل السنوي للضحية وعلى أساس نسبة العجز.

ويلاحظ أن التعويض يتناسب مع الضرر لكنه لا يتناسب مع درجة الخطأ بخلاف العقوبة الجنائية التي تتناسب مع درجة الخطأ. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ "بيار جوليدون" pierre jolidon يتدخل قانون العقوبات في الميدان الرياضي لتأديب وردع أعمال العنف الرياضية" ويضيف أن الأمر هنا يتعلق بالجروح الجسدية الناتجة عن الضرب والجرح، لا بل وحتى القتل وبصفة عامة كل الجرائم التي ترتكب سواء كانت غير عمدية أو عن إهمال. " والتي تتم متابعتها من قبل النيابة

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

العامّة نظراً لخطورتها على المجتمع أو بدعوى من المتضرر" وبناء على ذلك تستطيع الضحية أن تثبت مسؤولية الطرف الآخر للحصول على تعويض الضرر الجسدي الذي لحق بها⁽¹²⁾.

المبحث الثالث موقف الشريعة الإسلامية من مفهوم الأخطاء الرياضية .

من شروط اللعب الرياضي في الشريعة الإسلامية كون النتيجة لا تؤدي باللاعب إلى الهلاك بسبب الآخر فلأن رجلين تجاذبا حبلاً وسقط كل منهما على القفاء سقطت الديتان لأن كلاهما مات بسبب صادر عنه ولو سقطا منكبين على الوجه وجبت الديتان على العاقلتين إلى من يستحقهما من مستحقي الميراث وان سقط واحد على القفاء والآخر على الوجه وجبت دية من انكب على الوجه على الذي سقط على القفاء لأنه متعد في جذبه وان قطع أجنبي الحبل وجبت الديتان عليه إذا مات اللاعبان لحصول التعدي منه بعد التسبب بحدوث الجناية⁽¹³⁾. ونص ابن غانم البغدادي على هذا الحكم⁽¹⁴⁾ ويتفق الشافعية في هذا الحكم مع الحنفية إلا أن الشافعية يضمنون من تقصد في إرخاء الحبل فيسبب هلاك صاحبه وينصفون الدية إذا مات اللاعبان لأن كلاهما مات بسبب صادر عنه وآخر ناتج عن صاحبه وهذا مضمون والفعل الذي صادر من اللاعب هدر لأنه جنى على نفسه .

جاء في نهاية المحتاج ولو تجاذبا حبلاً لهما أو لغيرهما فأنقطع وسقطا وماتا فعلى عاقلة كل منهما نصف دية الآخر وهدر الباقي⁽¹⁵⁾.

والقتل بسبب اللعب عند المالكية خطأ في أحد الأقوال والخطأ يوجب الدية⁽¹⁶⁾، وقال مالك في رجلين جر أحهما صاحبه حتى سقطا وماتا على عاقلة الذي جذبه الدية⁽¹⁷⁾، وان طرح رجل آخر في ماء على سبيل اللعب ومات المطروح وجبت الدية ان لم يحسن المطروح السباحة .

قال الخرشي (يعني أن من طرح شخصاً في نهر وهو لا يحسن العوم في نفس الأمر على وجه العداوة والقتل فإنه يقتل به ولا قسامة خلافاً لابن الحاجب وسواء علم الطارح او المطروح يحسن العوم أم لا وان لم يكن الطرح عداوة بل كان على وجه اللعب وشبهه وهو لا يحسن العوم أو كان يحسنه سواء

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

كان على وجه العداوة واللعب فلا يقتل به وله عليه دية خمسة ، كما هو ظاهر لا مغلظة كما هو قول ابن وهب (18) .

ويتفق الحنابلة في إيجاب الدينين على اللذين هلكا بالتجاذب ولكن الحنابلة يوجبون دية مغلظة لمن سقط منكبا على وجهه ونصف دية مخففة لمن سقط على ظهره (19).

وقد روى ابن ضويان رواية مجملها ان من أعان على نفسه في لعب فلا دية له ، جاء في منار السبيل (وذلك ان ثلاث جور اجتمعن فركبت إحداهن على عنق الأخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمعت فسقطت الراكبة فوقعت على عنقها فماتت فرفعت الى علي فقضى بالدية أثلاثا على عقولهن وألقى الثلث الذي قابل فعل الواقعة لأنها أعانت على نفسها) (20) .

وقال الشيعة الأمامية بوجوب الدية على من قطع جبلاً كان بيد اثنين يلعبان به فهلكا بسبب القطع (21).

وقد الكيفي عن الإمام علي رواية مجملها أن اللعب إذا كان يعتمد على إنذار الواحد للآخر فلا تجب الدية بعد ان يحذر اللاعب الآخر .

قال الكليني (محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن محمد بن الفضيل عن ابي الصباح الكناني عن ابي عبدالله عليه السلام قال (كان صبيان في زمن علي عليه السلام يلعبون بأخطارهم فرمى احدهم الآخر بخضرة فذق رباعية صاحبه فرفع ذلك الى أمير المؤمنين عليه السلام فأقام الرامي البينة فانه قال حذار حذار فدرأ عنه القصاص ثم قال قد اعذر من حذر قال وسألته عن رجل قتله القصاص هل له دية فقال لو كان ذلك لم يقتص احد ومن قتله الحد فلا دية له (22) . وجاء في مفتاح الكرامة ولو تجاذبا جبلاً وتساويا في اليد بأن كان ملكهما أو غصباه فأنقطع فوقعا وماتا فعلى كل واحد نصف دية صاحبه ولو كان احدهما مالكاً والآخر غاصباً فالغاصب هدر وعليه ضمان المالك ولو قطعه ثالث ضمنهم مطلقا (23).

الرأي الراجح

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

والمستخلص من هذا العرض الموجز ان المذاهب الإسلامية لا تهدر الدم بسبب اللعب الرياضي محافظة منها على حياة الإنسان وسلامة أطرافه وحواسه لان الحنفية يشترطون موت اللاعب بسبب فعل الآخر اذ أفصحوا عن وجوب كون موته منكباً على وجهه .
ونحن نميل الى رأي الحنابلة الذي ينص على وجوب تنصيف الدية المخففة لمن وقع على القفا ووجوب نصف الدية مغلظة لمن وقع منكبا على وجهه لان الموت قد يحدث بسبب كلا اللاعبين .
ونميل الى رأي الحنفية والشيعية في ايجاب كلا الديتين على من قطع الحبل فسقط اللاعبان وماتا بسبب القطع لحصول التعدي منه .

المبحث الرابع : دعوى تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء الرياضية .

و نعالج المبحث الرابع من خلال:

1- أطراف الدعوى .

ان دعوى المسؤولية لا يمكن ان ترفع الأمن خلال شخص ذي مصلحة ومما لاشك فيه إن من له مصلحة في رفع دعوى المسؤولية الناجمة عن الأخطاء الرياضية هو المضرور الذي يباشر حقه في المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه نتيجة لخروج الخصم عن قواعد اللعبة الفنية والذي تسبب في إلحاق الضرر بالخصم المضرور ، ويطلق على الأخير ب(مدعي الضرر) اما المدعي عليه فهو الشخص محدث الضرر نتيجة لخروجه عن القواعد والأصول الفنية للعبة .
أذن فإن أطراف دعوى المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الأخطاء الرياضية هما :

أ- المدعي .

ب- المدعى عليه .

وفي ضوء ما سبق ذكره فأنا نستنتج إن لكل لعبة رياضية قواعد وأصول فنية تجب مراعاتها من قبل المتبارين ، فإذا ما خرج اللاعب عن القواعد والأصول الفنية للعبة فإنه يكون قد ارتكب خطأً رياضي

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

والخطأ الرياضي قد يؤدي إلى إلحاق أذى جسدي بالخصم المقابل - وكما نعلم أن الخطأ الذي يحقق مسؤولية اللاعب الرياضي يكون عند تجاوز اللاعب للقواعد الرياضية . فإذا تجاوز كان هناك خطأ قانونياً يستوجب التعويض .

2- وقت تقدير التعويض في دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية .

في هذا الصدد ينبغي علينا التفرقة بين الالتزام بالتعويض وبين الالتزام بدفع التعويض فالالتزام بالتعويض في الألعاب الرياضية يتحقق منذ وقوع الضرر الذي سبب الخصم لخروجه عن القواعد القانونية التي تنظم سلوك اللاعبين لضمان السلامة أثناء ممارسة الأنشطة الرياضية . اذ ينشأ الحق في التعويض في ذلك الوقت وينتقل إلى ورثة المضرور في حالة وفاته في حين ان الالتزام بدفع التعويض فانه يكون وقت صدور الحكم والعلة في ذلك ان تقدير التعويض وقت صدور الحكم يراعي التقلبات التي تحصل في الأسعار .

في ضوء ما سبق ذكره يتبين لنا ، إن هناك مجموعة من القواعد القانونية تنظم سلوك اللاعبين أثناء ممارستهم للألعاب الرياضية هذه القواعد يؤدي التقيد بها إلى ضمان سلامة اللاعب أثناء ممارسة الأنشطة الرياضية . ويؤدي عدم مراعاة هذه القواعد إلى إلحاق ضرر غير مألوف جسدي للخصم المقابل وهذا ما يطلق عليه بالخطأ الرياضي .

فالخطأ الرياضي معناه مخالفة اللاعب للقواعد القانونية للعبة ومخالفة القواعد القانونية للعبة يعد خطأ قانوني وفقاً لإحكام القانون المدني . وهذا ما نصت عليه القانون المدني والتي جاء فيها كل تعدي يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض .

وهذا يعني إن مخالفة القواعد والتعليمات الخاصة بالأنشطة الرياضية إذا ما سبب ضرراً للخصم فإنه يعد من قبيل أعمال التعدي التي تستوجب التعويض (25).

خاتمة :

تبين أن طبيعة وأساس مسؤولية الرياضي هي مسؤولية تقصيرية .

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

تبين لنا أيضاً ان الالتزام الذي يقع على عاتق الرياضيين هو الالتزام بما تقرره القواعد القانونية التي تنظم سلوك اللاعبين ، وهذا الالتزام هو التزام يبذل عناية معياره الشخص المتوسط .

أن الخطأ الرياضي المرتكب من قبل احد المشاركين في الأنشطة الرياضية يعد صورة من صورة الخطأ المدني المعروف في القانون المدني الجزائري .

عدم مراعاة اللاعب للقواعد والأصول الفنية للعبة قد يشكل ضرراً للخصم الأمر الذي يستوجب معه التعويض .

بينت لنا الشريعة الإسلامية السمحاء الحدود التي يجب على اللاعب التقيد بها درءاً للضرر الذي قد يحصل .

المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الرياضية / دراسة قانونية

الأستاذ - المركز الجامعي آفلو * الأستاذة : حدة طعابة - طالبة دكتوراه - جامعة الأغواط

- 1- محمد سليمان الاحمد ، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الانشطة الرياضية ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الموصل ، كلية القانون ، 2000، ص18.
- 2- المصدر نفسه ، ص20 وما بعدها.
- 3- منذر هاشم الخطيب ، تاريخ التربية الرياضية ، ج1 ، مطبعة التعليم العالي ، بغداد ، 1988 ، ص8.
- 4- حسن أحمد الشافعي ، التربية الرياضية وقانون البيئة ، ط1، مكتبة الإشعاع الفنية ، القاهرة ، 2001، ص9 .
- 5- حمدي تايه جاسم ، جريمة الاصابة الخطأ ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2000، ص18.
- 6- مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، ج1، مصادر الالتزام ، ط3، 1974، ص367 .
- 7- لاحظ نص المادة /60 من قانون العقوبات المصري والمادة /4/122 من القانون الجزائري الفرنسي لسنة 1984 .
- 8- حسن أحمد الشافعي، المصدر السابق ، ص36 .
- 9- لطفی البليشي ، قبول المخاطر الرياضية ودوره في تحديد المسؤولية الرياضية ، القاهرة ، 1994، ص67.
- 10- رمضان أبو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ن بيروت ، 1984 ، ص231 .
- 11- حسن علي ذنون ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 ، ص179 .
- 12- القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 95-07 والمتعلق بالتأمينات، الأمر 95-09 والمتعلق بالمنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية،
- 13- القانون 10/04 المتعلق بالرياضة
- 14- بدائع الصنائع ، ج7، ص273.
- 15- جامع الضمانات ، ص168-169.
- 16- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ص344 .
- 17- حلل المعاصم لبنت فكر بن عاصم، ج43، ص342.
- 18- أحكام القرآن ج5 ، ص325 ، للقرطبي .
- 19- شرح الخرشني ، ج8 ، ص7-8 .
- 20- منار السبيل في شرح الدليل ، ص335.
- 21- جواهر الكلام ، مجلد 6، طبعة غير مرقمة .
- 22- الفروع من الكافي ، ج7، ص292 .
- 23- مخطط من تصميم الباحثين .
- 24- فيصل زكي عبدالواحد ، أثر تغير قيمة النقود على تقدير التعويض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص16 .
- 25- لاحظ الاحكام القانونية المتعلقة بالاعمال غير المشروعة في القوانين المدنية العربية .

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب -جامعة تلمسان

تاريخ الإستلام: 08أفريل 2018 تاريخ القبول للنشر : 14جوان 2018

ملخص:

تنوع تطبيقات مبدأ حرية المنافسة، حيث تمّ التأكيد على هذا المبدأ ضمن قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 15 - 247).

إنّ المبادئ التي تخضع لها الصفقات العمومية، مجسّدة عبر إجراءات تضمن نفاذها، وهذه الإجراءات في مجملها تحقق قدرا من التوافق ومقتضيات المنافسة عبر قانون المنافسة، بما يحيل إلى شمولية النص القانوني.

الكلمات الإفتتاحية : حرية المنافسة ، الصفقات العمومية ، قانون المنافسة .

Résumé :

L'application du principe de la libre concurrence est diverse, ce principe a été affirmé dans la Loi des marchés publics (décret présidentiel 15-247).

Les principes qui régissent les marchés publics sont matérialisés par des procédures pour assurer leur entrée en vigueur, et ces procédures dans leur intégralité apportent un degré de compatibilité et des exigences de concurrence à partir de la loi de la concurrence, en se référant à l'exhaustivité du texte juridique

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

مقدمة :

إنّ اعتماد مبدأ المنافسة الحرة يترتب عنه بالضرورة وضع الوسائل الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ ضمن أكمل صورته. وضمن الحدود التي تضمن التطبيق السليم لهذا المبدأ، من تمّ فإنّ مبدأ حرية المنافسة يكون امتداداً لمبدأ إقتصادي أصيل هو مبدأ حرية الصناعة والتجارة الذي تُعتبر حرية المنافسة صورة من تطبيقاته¹.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1998/05/23، يتعلّق بإعمال مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية. نجده اعتبّر أنّ المقصود بحرية المنافسة، يتمثل في الاعتراف بحق الأفراد في التقدّم إلى المناقصة العامة، دون أن يكون للإدارة أن تمنعهم من التنافس بتقييد حرية المنافسة بأيّ إجراء عام أو خاص إلاّ في حدود ما كان بنص².

وقد بيّن المرسوم الرئاسي 15-247،³ المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية في نص المادة 5 منه، حيث أنّها تستجيب من حيث المبدأ لمقومات المنافسة الحرة وشفافية التعاملات في السوق.

فالمبادئ التي يقوم عليها الطلب العمومي جاءت محاطة بمجموعة من الإجراءات التي يُمكن من خلالها ضمان تحقق هذه المبادئ في أيّ عملية إبرام لصفقة عمومية، إذ يُمكن الوقوف عليها عبر عدّة نصوص من المرسوم المشار إليه (المرسوم الرئاسي 15-247).

¹ Michel GIBAL, le nouveau code des marchés publics-une réforme composite, la semaine juridique, Juris Classeur périodique, éd général, n16, Paris, 2004, p.722.

² Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, BERTI. éd, Alger, 2007, p.104.

³ مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر رقم 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

قصد دراسة الترابط بين تحقيق نجاعة الطلب العمومي عبر تفعيل المنافسة، وبجئية توافق نظام الصفقات العمومية مع المبادئ العامة لحرية المنافسة ضمن مضامين قانون المنافسة، نقف من خلال مبحثين على التوالي على:

المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية مقارنة بمبدأ حرية المنافسة.

وكذا الإجراءات المتخذة لضمان تحقق المبادئ الداعمة لحرية المنافسة في الصفقات العمومية.

المبحث الأول: المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية (الطلب العمومي).

تعدّ هذه المبادئ إطاراً مصغراً لمبدأ حرية المنافسة، تلتزم بإعمالها المصلحة المتعاقدة وهي بصدد إبرام الصفقات، على أنّ حرية المنافسة ضمن مادة الصفقات العمومية لا يمكن اعتبارها مُطلقة، بحيث تردّ عليها قيود تتعلق بما تضمنه المرسوم الرئاسي 15-247، وكذا بنظر عقد الصفقة العمومية الذي يمثل أداة من أدوات السلطة العامة.

بالنظر لنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تُراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم." (المرسوم المشار إليه).

يُمكن بهذا أن نستبين أنّ الصفقة العمومية تخضع لثلاث مبادئ تمّ النصّ عليها في المادة أعلاه، تُعالج هذه المسائل كما وردت تباعاً عبر ثلاث مطالب.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

المطلب الأول: حرية الوصول للطلب العمومي مطلب لحرية المنافسة.

إنّ عملية الإعلان عن المناقصات ومنحها وفق ما هو مقرر بنص القانون، من شأنه تحقيق مصالح جميع الأطراف المعنية بالعملية، وفي حال ما. من شأنه الرّفع من مصداقية الممارسات القائمة حيث أنّ الجهة المعلنة عن المناقصة تستفيد من فرص المنافسة المتاحة بين مقدمي العروض للحصول على مشروع الصفقة، حيث أنّ المنافسة الفعلية والحقيقية تمكّن الجهة الطالبة (المصلحة المتعاقدة) من تلبية احتياجاتها ضمن الشروط المعتمدة وفق أحسن عرض من حيث الخصائص المعتمدة لتقييم العروض المعمول بها في المرسوم الرئاسي 15-247.

هذا وبالمقابل فإنّ إحتياجات الجهات العمومية تمثل أفضل الفرص للمتعاملين الإقتصاديّين لتحفيز قدرات مؤسساتهم على المنافسة وتطوير نشاطهم ودعم أعمالهم، وتحقيق التّميز لخلق سمعة تجارية تمكّنهم من اكتساب فرص أفضل للمنافسة.

هذا ويمكن تأصيل إجراء حرية الوصول للطلب العمومي على أنّه تطبيق عملي لمتطلبات الإنفتاح الإقتصادي. كما أنّه خروج عن إحتكار المؤسسات الإقتصادية العمومية للطلب العمومي كلّ وفق مجالها، كما أنّه مسار تشاركي تنموي تدعو فيه الهيئات العامّة الخواص لتدبير الطلب العمومي إستنادا على تفرعات تطبيق مبدأ حرية التجارة والصناعة، ودعما لمبدأ أصيل في قانون المنافسة بمدلول حرية المنافسة⁴.

⁴ وسّع الدستور (دستور 1996 وفق آخر تعديل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016). من مدلول هذا المبدأ، حيث أنّ المادة 01/43 منه تنصّ على أنّ: " حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون." هذا وقد تضمنت الفقرات التي تليها (02،03،04) حرص الدولة على تحسيس مناخ الأعمال، وعدم التمييز بين الفاعلين الإقتصاديّين، وتكفّلها بضبط السوق، ومكافحتها للإحتكار والمنافسة غير النزيهة. وعبر المرسوم 15-247، نلمس تقييد المشرع بأحكام الدستور فيما يخصّ دعم حرية الإستثمار وعدم التمييز بين الفاعلين الإقتصاديّين، وكذا باقي ما تضمنته نص المادة من الدستور.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

بهذا فإنّ حرية المنافسة في مجال الطلب العمومي تعني، فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة لتقديم عروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام صفقة عمومية، وفق الشروط المحددة مسبقاً من قبلها⁵.

هذا وأنّ تحرير الطلب العمومي يقع ضمن مبررات التحرير الإقتصادي كما يقع ضمن دائرة الإنسجام وقواعد المنافسة المضمنة في أحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁶ وكذا الأسس العامة المحيطة بواقع نشأة مفهوم المنافسة الحرة، كما أنّ إبرام الصفقات العمومية وفق مبادئ حرية المنافسة، يدخل تحت مضمون حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة وعلى نوع من التوافق ومضمون مبدأ المساواة بين مرتفقي المرفق العام⁷.

فمن واجب المصلحة المتعاقدة أن تتحقق أثناء قيامها بإجراءات الإعلان والمنح، من أنّه قد تمّ فعلاً إحترام قواعد المنافسة باعتباره إلتزام قانوني، على أنّ هذا الإلتزام يُقابل بإلتزام المتعامل الإقتصادي من باب حسن قواعد السلوك والأخلاق المشترط في أيّ ممارسة لنشاط ما، ومن باب الإلتزام القانوني بعدم القيام بأنفسهم أو بواسطة أو عون أشخاص آخرين بأفعال الغش وكلّ ما من شأنه التأثير على نمط ومسار المنافسة بما يؤدي لتشويهها، وعدم حصول نتائج مطابقة لمقتضيات المنافسة الحرة.

⁵ Michel GIBAL, op.cit, n16-17, p.722.

⁶ هذا ما تشير إليه نص المادة 02 من الأمر 03-03 (م.م) (الأمر 03/03 المؤرخ في 03/07/2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر رقم 43 الصادرة بتاريخ 2003/07/20، وقد عدّل وتمم الأمر 03/03 بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25/06/2008، ج.ر رقم 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008، وكذا بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/08/2010، ج.ر رقم 46 الصادرة بتاريخ 18/08/2010). حيث يطبق هذا الأمر على الصفقات العمومية بدءاً من نشر الإعلان عن الصفقة العمومية، إلى غاية المنح النهائي للصفقة، وكذا ما يستجيب لنص الفقرة الأخيرة من المادة 06 من ذات الأمر، فيما يتعلّق بحظر السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مقيدة للمنافسة، كلّ هذا يدخل في إطار السياق العام لنص المادة الأولى من ذات الأمر.

⁷ مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص.500.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

بهذا فإنّ أول إجراء تنقيّد به المصلحة المتعاقدة، يتمثّل في ضرورة تحقيق المنافسة بين العارضين والتأكد من توافر عوامل قيامها، عبر التقيّد بنصوص القانون المنظّمة لهذه المسألة، من ذلك وجوب علم المتعاملين الإقتصاديين بالطلب العمومي علماً كافياً وضرورياً لبناء تصوراتهم عن حاجات المصلحة المتعاقدة، وتحديد قدراتهم في المنافسة. ويدخل هذا في دور المعلومة في خلق المنافسة، بحيث تلجأ الجهة المعلنة عن الطلب العمومي إلى الإعلان عنه،⁸ فهو إجراء جوهري وضروري لانطلاق العملية التنافسية، فمن خلاله لا يتمّ قصر المنافسة على طائفة معينة من الأشخاص، بحيث أنّ علم الكافة بالطلب العمومي يكون ضماناً لتبليته، كما يكفل نجاعة الطلبات العمومية، ضمن هذا المسعى فإنّ المادة 61⁹ من المرسوم الرئاسي 15-247، أوجبت إلزاماً الإشهار الصحفي للطلب العمومي هذا علاوة على ما تنص عليه المادة 65 من ذات المرسوم، التي فصلت كافة الجوانب المتعلقة بواجب الإعلان عن الطلب العمومي.

على أنّ مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية يعرف إستثناء، يدخل في إطار تطبيق النص القانوني، كما يتعلّق في جانب آخر بالسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، بما لا يُخالف حدود القانون أو يجاوزه لحالات التعسف في استعمال الحق¹⁰.

⁸ Francis-Paul BENOÎT, le droit administratif Français, Dalloz, Paris, 1968, p.609.

⁹ المادة 61 من المرسوم 15-247: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح،

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،

- طلب العروض المحدود،

-المسابقة،

- التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء."

¹⁰ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي

وزو، 2013، ص.66.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

فقد حددت المادة 75¹¹ من المرسوم الرئاسي 15-247 حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات، وأسندت كفيات تطبيق هذه المادة إلى صدور قرار من الوزير المكلف بالمالية هذا فيما يخصّ المنع لسبب القانون.

أما فيما يخصّ المنع في إطار السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، فهي بالأساس مرتبطة بمسألة الشروط الإدارية الخاصة بمنح الصفقة، والتي هي عامة تُعتبر شروط تقنية، فنية، تنظيمية، يُفترض أن يستجيب لها المتعامل الإقتصادي بالمطابقة لها، في حدود التأهيل المناسب،¹² حيث تنصّ المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247 على: " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلاّ للمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة."

على أنّ كلّ ما يمكن إعتباره إستثناء عن قاعدة حرية المنافسة في مجال الصفقات، إنّما في الحقيقية يمكن النظر إليه على أنّه موجه لها دون أن يؤدي لتقييدها أو تغييرها أو التأثير عليها بأيّ شكل، بحيث أنّه ومن خلاله يمكن ضبط حركة المنافسة وتأطيرها في مجالات تحول دون تداخلها والقضاء عليها بشكل مفتعل.

¹¹ حددت المادة 75 من المرسوم 15-247، حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث يمكن أن يكون هذا الإقصاء مؤقت أو نهائي، من ذلك الذين هم في حالة / أو محل إجراء إفلاس أو تصفية أو توقّف عن النشاط أو تسوية قضائية أو صلح، كذلك المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة...

¹² يدخل في بيان شروط ومتطلبات وحالات التأهيل، فيما تمّ النصّ عليه في القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من المرسوم 15-247، تحت عنوان: تأهيل المترشحين والمتعهدين، المواد من 53 إلى 58 من المرسوم المشار إليه.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

المطلب الثاني: المساواة بين المترشحين

يستمدّ مبدأ المساواة في المجال الإقتصادي قيمته الدستورية، من مبدأ المساواة أمام القانون الذي نصّ عليه في المادة 32 من الدستور،¹³ والذي يرجع في حدود التطور التاريخي للقانون إلى نص المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن بفرنسا¹⁴.

هذا ولبدأ المساواة أمام القانون تطبيقات متعددة، منها المساواة أمام القضاء، المساواة في تحمّل الأعباء العامة، والمساواة في تقلد الوظائف العامة، ويطبّق القضاء الدستوري هذا المبدأ في المجال الإقتصادي، وفقا لنفس المفهوم العام لمبدأ المساواة أمام القانون والفكرة الأساسية في مبدأ المساواة هي أنه " يجب على المشرّع أن يقرر قواعد مماثلة في معاملة المراكز المماثلة، ما لم توجد أسباب ترتبط بالمصلحة العامة تُبرر التمييز بين هذه المراكز، على أن يكون هذا التمييز مرتبطا بموضوع القانون، وأن لا يجاوز الحدود المعقولة"¹⁵.

ويمكن تعريف مبدأ المساواة في المجال الإقتصادي بأنه " إيجاد الفرصة نفسها لكلّ من يتقدّم إلى المناقصة دون تمييز بين طرف وآخر."¹⁶ فلا يشترط القانون إلّا ما يجب أن يشترطه لضمان البيئة المناسبة لممارسة معيّنة على القدر اللازم لتوفير ذلك، من ذلك أن حقّ التقدّم للمنافسة على صفة عمومية قد يرتبط بتوفر شرط القدرة، وهي المسألة التي تتعلق بتأهيل المترشحين، وكذلك مع مراعاة نص المادة 75 من المرسوم 15-247، المتعلقة بحالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات.

¹³ المادة 32 من الدستور: " كلّ المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأيّ تمييز..."

¹⁴ المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن بفرنسا: "... يكون القانون واحدا للجميع، أي أنّ الجميع متساوون اتجاهه..."، إعلان حقوق

الإنسان والمواطن من على الموسوعة الحرة ويكيبيديا www.ar.wikisource.org

¹⁵ محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، المنصورة، مصر، 2005، ص.93.

¹⁶ نادية تياب، نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، تيزي وزو، 2013، ص.71.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

وإذا كان مبدأ المساواة يتعلّق بالمعاملة المماثلة للمراكز المماثلة، أيّ تساوي المعاملة بين أفراد المركز القانوني الواحد، فإنّه يقع عليه إستثناء يتمثّل في منح ميزة قانونية لطائفة محددة، بهدف تمكينها من الممارسة الفعلية للحقوق التي يكفلها لها الدّستور أو القانون، بحيث تظلّ هذه الطائفة متمتعة بهذه الميزة القانونية ما بقيت الأسباب والظّروف التي دفعت المشرّع للتدخّل بهذا الإجراء.¹⁷

ومن أمثلة الإستثناء على مبدأ المساواة ما يتعلّق بالإنتفاع بالخدمات المقدّمة من المرافق العمومية، حيث يقع الإستثناء على المبدأ المذكور عبر حالة التّمييز بين فئات المنتفعين على أساس إختلاف المناطق الجغرافية، كدعم أسعار الطاقة الكهربائية بالنسبة لسكان الجنوب لعدة الإستهلاك الكبير للطاقة المبرر بظروف المنطقة، بهذا فإنّ إقرار اللامساواة هي مساواة بعينها في حدود ما يتضمّنه نص القانون وفي حدود مقتضيات الإستثناء¹⁸.

من خلال المرسوم 15-247، يمكن الوقوف على إستثناءات على مبدأ المساواة لعلّ أهمها ما يتعلّق بحالتين:

1. الصفقات المحجوزة: وهي الصفقات التي أسند تنفيذها لمعاملين اقتصاديين إمّا لاعتبار نشاطهم، وإمّا لاعتبار مركزهم.

فبالنسبة للإعتبار الأوّل تنصّ المادة 86 من المرسوم 15-247، على: " تخصص الخدمات المرتبطة بالنّشاطات الحرفية الفنية للحرفيين كما هم معرفيين في التّشريع والتنّظيم المعمول بهما، ما عدا في حالة الإستحالة المبررة قانونا من المصلحة المتعاقدة، بإستثناء الخدمات المسيّرة بقواعد خاصّة..."

¹⁷ نصر الدين الأحمري، القانون الجزائري بين مثالية المساواة وواقعية التّمييز الإيجابي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص.14.

¹⁸ نصر الدين الأحمري، المرجع نفسه، ص.15.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

أما ما يتعلق بالإعتبار الثاني، فهو يتعلّق بمنح أولوية حصرية للمؤسسات الصغيرة بحيث يهدف من ذلك تمكينها من الإدماج في آليات السوق ومنحها فرصة للإنتلاق الفعلي في مباشرة النشاط، كما يرتبط بتحفيز الصناعات المتوسطة على التآقلم مع المحيط التنافسي،¹⁹ حيث تنصّ المادة 87 من المرسوم 15-247، على: " عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرّفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنّه يجب على المصالح المتعاقدة إلاّ في الحالات الإستثنائية المبررة قانونا كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم...".

2. مبدأ الأفضلية الوطنية: في إطار ترقية الإنتاج الوطني عبر منح أدوات الإنخراط في البيئة الإقتصادية، وخلق الظروف المواتية لتنشيط الفاعلين الإقتصاديين الوطنيين، بمنحهم فرصة تطوير خبراتهم وقدراتهم التنافسية تمّ إقرار مبدأ الأفضلية الوطنية في منح الصفقات العمومية.

حيث تنصّ المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: " يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المئة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخصّ جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 من المرسوم... (المرسوم 15-247).

من تمّ فإنّ مبدأ الأفضلية كإستثناء عن القاعدة العامّة في المساواة يأتي تشجيعاً لإرساء سوق وطنية قادرة على تلبية إحتياجاتها، ودفعاً لحركية الإقتصاد بالعمل على تأهيل المتعاملين الإقتصاديين الوطنيين

¹⁹ سماح فارة، تفعيل مبدأ المنافسة - قراءة في قانون الصفقات العمومية، الملتقى الأول حول قانون المنافسة بين تحرير المنافسة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 16 و 17 مارس 2015، ص.09.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

وأقلمتهم مع متطلبات المنافسة إلى الوقت الذي يمكن معه تخفيض أو إنهاء هذا النوع من الأفضلية²⁰.

هذا وأن مبدأ المساواة كما هو محدد في نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، ينصرف إلى أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اعتماد وسائل تمييزية بين المتنافسين إلا في حدود ما هو مقرر قانوناً، بحيث لا يجوز لها منح إمتيازات غير مبررة أو أن تضع عقبات في وجه المتنافسين سواء عبر التعسف في تطبيق النصوص القانونية، أو عبر عدم مراعاة الإجراءات الواجبة بحيث تخرج تصرفاتها عن حدود المشروعية، وإن كان يمكن إعتبار أن ما هو مقرر فيما يخص تكريس مبدأ المساواة في الصفقات العمومية يصطدم بواقع الإستثناء عن هذا المبدأ، بتشجيع الإنتاج الوطني ووضعه تحت الوصاية وكفالاته من مطبات المنافسة الأجنبية، يُنظر إليه على أنه نوع من المحاباة للإنتاج الوطني، بحيث لا يتفق ذلك ومبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المترشحين للصفقات العمومية، كل هذا أيضاً يخالف القواعد المرعية للتجارة العالمية²¹.

على أن صواب هذا التحليل يُمكن الأخذ به وينساق ضمن الأسس العامة لقانون المنافسة، على أن واقعية هذا الطرح لا تكون بمعزل عن الدراسة التقييمية لتأثير القاعدة القانونية على واقع معين، بحيث أن تجربة المنافسة وتحرير السوق الوطنية يتم عبر خطوات تجريبية وفي حدود معينة ما يسمح بالتطبيق الفعلي للقاعدة القانونية وفق ما هو بالفعل متواتر في السوق الوطنية بحيث لا يؤدي تطبيق القانون إلى تعارض مطلق بين موضوعه والقضايا التي يعالجها، من تم لا يمكن صهر قانون المنافسة بشكله الخام في محيط لا يزال طور التحول والأقلية بين مفاهيم العهد الإشتراكي وتجارب الرأسمالية المصعرة، على هذا الأساس فإنه وبالنظر إلى قانون المنافسة ذاته نجد أنه تضمن إستثناءات عديدة

²⁰ سماح فارة، مرجع سابق، ص.09

²¹ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.72.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

تصبّ في تأهيل وتمرين المؤسسات الوطنية على تجربة المنافسة، حيث وجّه هو الآخر على ما يمكن حمله على أنّه تفضيل للفاعلية الوطنية مبررة بإعتبارات تحقيق تطوّر إقتصادي، أو سماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية، أو ما يتعلّق بحالة إعفاء الإتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي أُتخذ تطبيقاً له من الخضوع لأحكام المادتين 6، 7 من الأمر 03-03.²² أمّا فيما يخصّ مسألة عدم إتفاق تشجيع المنتج الوطني مع قواعد التجارة العالمية، فهي إعتبارات تتعلّق بحالة الدّعم المباشر للمنتج، بحيث تعطي مساعدات الدّولة عجز المنتج عن المنافسة بأنّ تعدى مسألة تقديم تسهيلات لمزاولة النشاط إلى الضّخ المالي لإنعاش مُنتج لا تتوافر فيه معايير التّنافسية المفترضة في أدنى مستوياتها.

بهذه الإعتبارات فإنّ حرّية المنافسة ومبدأ المساواة بكامل تطبيقاته، ليست مبادئ مطلقة لا يمكن المساس بحيث تتحوّل إلى قيد يعطل دلالتها وأسباب وجودها، من تمّ فإنّ من واجب المشرّع أن يعمل على ضبطها وتعديلها وتقييدها بما يتناسب والمصالح الواجب رعايتها، دون أن يُؤدي ذلك إلى تعطيلها أو إلغائها.

المطلب الثالث: شفافية الإجراءات.

مما لا شكّ فيه أنّ توافر عامل الشفافية في عملية الإعلان عن الصفقات العمومية ومنحها وتنفيذها، يعدّ من الأسس التي ينبغي مراعاتها في طلبات المتعامل العمومي، ذلك أنّ عامل الشفافية يمكن من خلاله قياس درجة المنافسة وسلامتها وحدودها وكذا العوائق التي يمكن أن تحدّ منها

²² هذا ما يشير إليه نص المادة 09 من الأمر 03-03.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

ويترتب عن وجود منافسة حقيقية حصول المشتري العمومي على أحسن العروض وفق المعايير التي أجازها²³.

على أنّ مطلب الشفافية كإطار نظري عام مجرد مفهوم مطلوب التعريف لإسقاط دلالاته على الصفقات العمومية بما يتلاءم ومفهوم الشفافية المطلوبة في صفقات المتعامل العمومي.

إذ أنّ مفردة الشفافية بمفهوم التضاد مقابلة لمصطلح الغموض أو السرية اللذين يعكسان ضمن مدلولهما السلبى في إطار الأعمال وجود ما لا ينبغي أن يُعرف، ومن تمّ فإنّ أنسب تأويل لهذا الغموض والسرية ينساق إلى إعتبرات الأعمال غير المشروعة التي تنطوي على الغش والإحتيال وإهدار الحقوق بما يمكن حوصلته في مفردة الفساد.

أمّا فيما يقابل التعريف بالتوافق، فكلمة الشفافية في متون الثقافات الإنسانية يستجيب لكلمات ذات معاني متقاربة من ذلك الأمانة، الصدق، العدالة...، ضمن الدلالة الكاملة لمعاني الكلمات، وفي حدود البعد الفيزيائي فإنّ الشفافية تعبر عن المادّة التي يُمكن التّظر من خلالها فيمكن رصد الوقائع والتّصرفات التي تتمّ داخلها²⁴.

على أسس هذه الإعتبرات يُمكن ضبط تصوّر مفهوم الشفافية بأنّها، مبدأ يُؤدى إلى خلق بيئة تكون فيها المعلومات المتعلقة بالظروف والقرارات والأعمال متاحة ومنظورة ومفهومة، وبشكل أكثر تحديد منهجية توفر المعلومات الواجب معرفتها، عبر النّشر في الوقت المناسب بحيث تكون متاحة لجميع الأطراف ذوي العلاقة.

²³ عبد الحكيم حططاش، مدى ملاءمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الإستثمارات العامة للفترة 2001-2014، مداخلة في المؤتمر الدولي المتعلّق بتقييم آثار برامج الإستثمارات العامة وإنعكاساتها على التشغيل والإستثمار والنمو الإقتصادي خلال الفترة 2001-2014، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 01، 12/11 مارس 2013، ص.10.

²⁴ قاموس المعاني، قاموس إلكتروني، عربي - عربي.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

على أن الإتفاق الدولي المحدد لماهية الفساد مُعرّف بتقدير منظمة الشفافية الدولية على أنه:
"كلّ عمل يتضمّن سوء إستخدام المنصب العام لتحقيق المصلحة الخاصّة"²⁵.

وتُعرّف منظمة هيئة الأمم المتحدة للشفافية، الشفافية بأنّها: "حرية تدفق المعلومات بأوسع مفاهيمها." أيّ توفير المعلومات والعمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم، واتخاذ القرارات المناسبة واكتشاف الأخطاء وبهذا فإنّ الشفافية تتعلّق بجانبين:

الأول: يتعلّق بوضوح الإجراءات وصحة ومصداقية عرض المعلومات والبيانات الخاصّة بالوحدات والمؤسسات السياسية والإقتصادية والإجتماعية الخاصّة والعامة ووضوح العلاقات فيما بينها من حيث التخطيط والتمويل والتنفيذ للوصول للغايات والأهداف المعلنة مسبقا.

في حين يتعلّق الجانب الثاني: بعلاقة ذوي العلاقة من الخدمات التي يقدمها الجانب الأول، وحقّهم في الحصول والوصول للمعلومات الصّحيحة والحقيقية في الوقت المناسب²⁶.

ويربط الحثيات المتعلّقة بماهية ومضمون الشفافية ذات البعد التجريدي العام، بموضوع الشفافية المطلوبة في صفقات المتعامل العمومي يظهر نوع من القياس القائم على إسقاط مُتطلبات الشفافية وضرورة إتاحة الحرّيات العامّة الإقتصادية وتأسيس مبدأ الشفافية إعتبارا لمبدأ المساواة كلّ ذلك يمكن تبينه عبر تحري إجراءات منح الصفقات، فتوجب المادة 63 من المرسوم الرئاسي 15-247، المصلحة المتعاقدة بأن تضع تحت تصرّف المؤسسات دفتر الشروط، وكذا الوثائق المنصوص عليها في

²⁵ Fritz HEIMAN, Francois VINCKE, fighting corruption, international corporate integrity hand-book, ICC product, n 678E, éd 2008, p.23

²⁶ Fritz HEIMAN, Francois VINCKE, Ibid, p.32.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

المادة 64 من ذات المرسوم، بحيث يجب أن يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة.

ويعدّ الإشهار الطريقة الأنسب لشيوع المعلومة وتداولها وعلم الكافة بها، بحيث يكون حجة على أطرافه، على أنّه بنظر المادة 13 من المرسوم 15-247، فإنّ كلّ عقد يساوي فيه المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة حدود المعيار المالي لأيّ نوع من الصفقات، لا يقتضي وجوباً على المصلحة المتعاقدة إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المتعلقة بالصفقات، ما يطرح إمكان التّحليل عبر تسقيف أكبر قدر من الطلبات العمومية على عتبة المعيار المالي المشترط للتهرّب من المرور على الإجراءات المتعلقة بالصفقات.

على أنّه من الجيّد أن تمّ بنص المادة 27 من المرسوم المشار إليه منع تجزئة حاجات المصلحة المتعاقدة، بما يسوق إلى تفادي الإجراءات الواجبة، على أنّ هذا لا يمنع وجود مناورات وتهرّب من المصلحة المتعاقدة لتفادي الإبرام بطريق الصفقات.

وقد نصّت المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247، فيما يتعلّق بالإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، على إنشاء بوابة إلكترونية لصفقات المتعامل العمومي، حيث فصلت المواد من 204 إلى 206 من المرسوم المشار إليه في إستعمالات هذه البوابة وكيفية تبادل المعلومات ما يتيح تجاوز مسألة الإشهار الصحفي وكلّ ما يتعلّق به، على أنّ هذا النصّ ليس بالجديد، حيث

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

تضمّنه المرسوم الرئاسي رقم 10-236،²⁷ فمن تاريخ هذا المرسوم إلى غاية تمام المرسوم الرئاسي 15-247، لا تزال طريقة تسيير صفقات المتعامل العمومي تسيير على شكل سالفها.

ما يجب التأكّد منه أنّ شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، يُعتبر من المتطلبات الأساسية والمسبقة لدمقرطة النشاط الإقتصادي في الدولة، بحيث من خلاله يمكن توجيه وتركيز والإفادة من عملية الرقابة والمحاسبة²⁸.

المبحث الثاني: توافق الإجراءات المكرّسة لمبادئ منح الصفقات وحرية المنافسة.

على اعتبار أنّ المبادئ التي تنصّ عليها المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، تأتي متوافقة والمبادئ العامة التي يُمكن من خلالها تحديد نوع المنافسة الهادفة إلى إقرار الحريات الإقتصادية، وتحديد الأطر العامة التي يمكن عبرها مزاولة هذه الحرية، بحيث تهدف المبادئ الواجبة الرعاية في مجال عملية إبرام الصفقات العمومية إلى ضمان نجاعة الطلب العمومي، مع ترشيد وتعليل الإنفاق العام في هذا المجال فإنّ تحقق ذلك يستلزم مباشرة إجراءات يُكفل من خلالها تجسّد هذه المبادئ بما يتلاءم وحجمها.

على أنّ الوصول إلى النتيجة التي يُمكن فيها للمتعاملين الإقتصاديين النفاذ إلى الطلب العمومي بشكل عملي يستجيب للمبادئ التي يتطلّبها الفعل الإقتصادي، يكون في شكل مقارنة إقتصادية تدخل في الأسس العامة التي تتطلبها التجارة من سرعة وإتقان ودقة في تحديد الطلبات، ما يعني أنّ

²⁷ المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر رقم 58، الصادرة بتاريخ 2010/10/07

(ملغى).

²⁸ INTOSAI, professional standars committee, (ISSAI.20), principles of transparency, can be found through the link: www.issai.org, and the link: www.Intosai.org.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، جاءت مُصاحبة وإجراءات تضمن تحققها ضمن المرسوم المشار إليه، وكذا جزاءات في حال مخالفتها بنظر القانون 06-01،²⁹ المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

بهذا نولي ضمن هذا المبحث بيان مدى إلتزام المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات بإعمال مبدأ المنافسة على إعتبار أنّ هذا المبدأ يشمل في دلالاته جميع المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث نعرض لهذا الإلتزام عبر مطلبين.

المطلب الأول: إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة.

إنّ تحديد المنافسة القائمة في مجال الصفقات العمومية لا يمكن بحال أن يخرج عن الدلالة العامة لمفهوم المنافسة في قانون المنافسة، كما أنّ آلية عملها لا يمكن أن تختلف عن متطلبات وظروف عمل المنافسة بالشكل الذي يفرضه قانون المنافسة، من تمّ فإنّ إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في مجال الصفقات العمومية يتحدد بمدى التزامها بكافة إجراءات إبرام الصفقة العمومية على اعتبار أنّ هذه الإجراءات تأتي تحقيقاً لمتطلبات المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

هل فعلا حظيت المبادئ المنصوص عليها في المادة المشار إليها بإجراءات ملائمة تتوافق ومبدأ المنافسة في دلالاته المطلقة، وهل أنّ هذه المبادئ كفيلة لإقرار نزاهة الصفقات العمومية، في الوقت الذي تتسم فيه بالمرونة الملائمة التي تستجيب لآليات السوق.؟

²⁹ قانون رقم 06-01، مؤرخ في 10/02/2006، يتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. رقم 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006، متمم بالأمر رقم 10-05، المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر. رقم 50 الصادرة بتاريخ 01/09/2010، معدّل ومتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02/08/2011، ج.ر. رقم 44، الصادرة بتاريخ 10/08/2011.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

إنّ النظر للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنّها تطبيق لمبادئ وتوجهات المنافسة التي يتضمنها قانون المنافسة يستجيب بحق لماهية تلك المبادئ من ناحية التجريد القانوني ويتوافق مع مضامينها، بحيث من خلالها يمكن عكس المتطلبات الضرورية لوجود منافسة حقيقية هادفة في حدود النصوص القانونية التي تجمع بين بعد الضبط الإقتصادي وتأطير الفاعلين وبين حاجات الجهات العمومية في تلبية إحتياجاتها بوجود سوق يعرف منافسة حقيقية.

على ضوء التعديلات المتتالية التي مسّت القانون المنظم للصفقات العمومية قبل صدور المرسوم الرئاسي 15-247، وكذا التعديلات المتواترة لقانون المنافسة، فيما يمكن أن يدخل في مطلب التمكين للقطاع الإقتصادي بكامل تفاعلاته عبر تكامل القطاعين العام والخاص، وتحديد الأسس التي تجمع الشراكة بينهما في ظل توسّع الإختصاص لصالح قانون المنافسة بحيث تخضع صفقات المتعامل العمومي لهذا الإلتزام بدءاً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.³⁰

إنّ خضوع الصفقات العمومية لجملة من المبادئ (ما تضمنه نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247)، يدخل في إطار شرعية العمل الإداري بحيث أنّ هذه المبادئ من حيث أنّها إلتزامات في ذمة المصلحة المتعاقدة واجب عليها تحقيقها وفق الشروط والوسائل والإجراءات اللازمة لإنفاذها فهي في المقابل إلتزام ينصرف إلى المتعاملين الإقتصاديين يقتضي منهم الإطلاع على مضمون هذه

³⁰ الفقرة الأخيرة من نص المادة الثانية من الأمر 03-03.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

المبادئ والعمل وفقها والتبليغ عن كل ما من شأنه أن يتسبب في تعطيلها سواء كان صادرا عن المصلحة المتعاقدة أو كان من فعل أحد المتعاملين³¹.

على هذا الأساس فإن إعداد الصفقات العمومية يتطلب عملا دقيقا مدروسا يُراعى فيه الإلتزام بنص القانون، حيث تلتزم المصلحة المتعاقدة خلال قيامها بإعداد الصفقة بتكريس مبدأ المنافسة سواء تعلّق الأمر بموضوع الصفقة بحيث لا يمكن تلييته إلا من متعامل حصري، أو من خلال إمتناعها عن المعاملة التمييزية للمترشحين³².

هذا وأنّ إعداد الصفقة يجب أن يستجيب لشرط المنافسة بحيث يضمن تحققها وتمر عملية إعداد الصفقة بمراحل يمكن عبرها قياس مدى إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة وهي:

1. تحديد الحاجات: إنّ تحديد طريقة الإبرام يتحدد طبقا لمبلغ الحاجات، وطبيعة الخدمات التي ستنفذ، وهذا يتطلب تحديدا دقيقا وواضحا للحاجات قبل أيّ إعلان عن الصفقة، بحيث تتحدد معالم تحديد الحاجات عبر عدّة مراحل تكفل جديتها موضوعيتها وضرورتها هي:

³¹ يخلو القانون ساري المفعول (الأمر 03-03)، من تطبيق مبدأ الرحمة الذي يحفز أحد المتواطئين في ممارسة لا تنافسية للتحكم في السوق من الكشف عن هذه الأخيرة أمام السلطات المعنية، هذا المبدأ الذي له تطبيقات في قانون العقوبات، كما أنّ الأمر 03-03 لا ينص على مضاعفة الغرامة في حال تكرارها وهو أمر يجب النظر إليه. إضافة إلى ضرورة إدراج عقوبة المنع من الصفقات العمومية في حال تكرار المخالفة. على أنّ نص المادة 60 من الأمر يتضمن تطبيقا لمبدأ الرحمة في حدود الممارسات التي يتمّ التحقيق فيها حيث تنص على: " يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بما على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتعهد بعدم إرتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر.

لا تطبق أحكام الفقرة أعلاه، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة." ³² هذا وتنص المادة 946 من القانون 08-09 المتعلّق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة لتي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. يتمّ هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

أ- مرحلة الإحصاء: بحيث يشكّل هذا الإجراء الأداة العملية لتحديد الحاجات المطلوبة، بحيث يتمّ حصر الحاجيات المعبر عنها خلال السنوات الماضية وفق ما يقضي به نص المادة 27 من المرسوم 15-247.

ب- مرحلة التحليل: تعتمد المصلحة المتعاقدة على تحليل حاجياتها بالنظر للمعطيات الإحصائية المتوفرة، أخذا بالنظر الأهداف المسطرة، والعوائق الممكن وجودها في سبيل تلبية حاجياتها ضمن المعايير المطلوبة، مع دراسة تقديرية لعدد المتعاملين المحتملين، وقدراتهم على تلبية الحاجيات ضمن المدين المكي والكيفي.³³

ج- مرحلة ضبط وتحديد الحاجة: تحدد المصلحة المتعاقدة عبر هذا الإجراء برنامجها بوضوح ودقة مع تبني أهداف معينة ضمن صلاحياتها ووفق الجدول الزمني المخطط للصفقة، مع وضع آليات للتنفيذ وتحديد العلاقات مع المتعاملين، في إطار ما يرتبط بهذا الإجراء من دراسات مسبقة عن مشروع الصفقة سواء ما تعلّق منها بالملاءمة أو التّجاعة أو مدى تناسبه والمعايير البيئية، إضافة إلى عدد من الدراسات الأخرى التي ترتبط بطبيعة مشروع الصفقة.³⁴

فعلى المصلحة المتعاقدة أن تسعى إلى إيجاد منافسة حقيقة بين مختلف المتعاملين المتنافسين عبر ضبط احتياجاتها وفق أسس تساعد على نشوء المنافسة، في نفس الوقت عليها أن تضمن حيادها، بحيث يُتاح لأكثر عدد من المتعاملين التنافس على الصفقة.³⁵

2. إعداد دفاتر الشروط: نظراً لكون عقد الصفقة العمومية من عقود الإذعان، فإنّ

هذا يعني وجود شروط إنفرادية تضعها المصلحة المتعاقدة ليس للمتعاقد التفاوض بشأنها، بهذا

³³ Bouziane MANSOURA, marchés publics, conférence en matière de marchés publics, 02eme année, 02 promotion, direction de formation de base, Ecole supérieure de la magistrature, 2010-2011.

³⁴ حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 62-64.

³⁵ تنص المادة 01/27 على: "يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة إستناداً إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

فإنّ المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المناقصة تقوم بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بها، بإرادتها المنفردة على أن تُراعي في ذلك أن تضمن هذه الشروط تنافس أكبر عدد من المتعاملين، وألا تكون إقصائية كما يجب أن تستجيب لمبادئ المساواة وحرية الوصول إلى الطلب المباشر به في شكل يضمن شفافية أداء المصلحة المتعاقدة. وقد حددت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247، ثلاث أنواع من دفاتر الشروط هي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة، المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال وللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، من تمّ فهي تنطبق على كافة عقود الإدارات العمومية، بحيث تحدد الأحكام الإدارية المتعلقة بكلّ نوع من أنواع الصفقات.

- دفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كلّ الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال وللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، فهي تتعلّق تحديداً بطبيعة الصّفقة وارتباطها بوزارة من الوزارات المختلفة، ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أحكاماً مخالفة للأحكام المقرّرة ضمن دفتر البنود الإدارية العامة³⁶.

- دفاتر التعليمات الخاصة، التي تُحدّد الشّروط الخاصّة بكلّ صفقة عمومية، وهي دفاتر يمكن أن تتضمن بعض الأحكام المخالفة لدفتر الشروط العامة، ودفتر الشروط المشتركة، ويجب أن يُعبّر عن أيّ مخالفة بشكل صريح ومبرر³⁷.

3. إلتزام المصلحة المتعاقدة بمعاملة متساوية للمترشحين: على أن ما يتعلّق به مبدأ المساواة

في هذه المعالجة هو بيان الأوجه التي يتحقق من خلالها هذا المبدأ.

³⁶ سهام بن دعباس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة، 2005، ص.23.

³⁷ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.75.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

فعبّر آلية الإشهار التي تضمن الأجل المناسب لتحضير العروض، وكذا تمكين المترشحين من الوصول إلى جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة، يمكن تقييم عمل المصلحة المتعاقدة في هذا المجال.

أ- الإشهار: فإنّ ما يُمكن إضافته في هذا الجانب أنّ الإشهار الصحفي يكتسي طابعا إلزاميا ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247، هذا ويندرج هذا الإجراء في صياغة كلّ المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي المشار إليه، كما أنّه وسيلة عملية لتحقيق المنافسة، سيما أنّ الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة يكون في نفس الجرائد التي نشر فيها الإعلان عن المناقصة، ما يضمن علم الكافة بما يتيح لهم إتخاذ الإجراءات المناسبة التي يدعمها القانون كحالات الطّعن الإداري، أو مباشرة دعوى قضائية، هذا إضافة إلى الأحكام المتعلقة بإشهار المناقصات المتعلقة بالجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت الوصاية، وفقا لما يقضي به نص المادة 03/65 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ب- تمكين المترشحين من الوثائق: إذ أنّ وضع المنافسة يقتضي وضع المتنافسين على السّواء ليس من جانب تدوير المنافع بأسس الموازنة، وإتّما ما يتعلّق بخضوعهم لنفس المعاملة في حدود وجوبها إلّا ما أقرّ القانون خلاف ذلك، من تمّ فإنّ إجراء الإشهار يرتبط إلى حد كبير بتمكين المترشحين من المعلومة ما يتيح لهم سحب دفتر الشروط والإطلاع على ما يتعلق بخصائص الصفقة التقنية، المالية، والإدارية، وكذا المعطيات القانونية المؤطرة للصفقة بما يدعم خياراتهم في المشاركة من عدمها وفقا لنص المادة 64³⁸ من المرسوم الرئاسي 15-247.

³⁸ المادة 01/64 من المرسوم 15-247: " يحتوي ملف إستشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكّنهم من تقديم عروض مقبولة..."، من بين هذه المعلومات وفق نص المادة 64، الشروط ذات الطابع الإقتصادي، والتقني والضمانات المالية، الأجل الممنوح لتحضير العروض، أجل صلاحية العروض أو الأسعار..."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

ت- أجل تحضير العروض: إذ للأجل تأثير كبير على تحفيز عملية المنافسة سواء من حيث مداها، أو من حيث عدد المتنافسين، وقد نصّت المادة 04/66 من المرسوم الرئاسي 15-247، على: " مهما يكن من أمر فإنه يجب أن تفتح المدّة المحددة لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد من المنافسين."

على هذا الأساس يمكن إعتبار المدّة المحددة لتقديم العروض مقياس معياري للمنافسة، و لمدى إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمالها، فلا شك أنّ طول مدة تقديم العروض بما لا يؤثر على جدول الصفقة يتيح تحقيق منافسة عالية عبر مشاركة أكبر عدد ممكن من المتعاملين ما يؤدي إلى نجاعة الطلب العمومي بإعمال قواعد المنافسة، رغم أنّ تقدير مدّة العروض يفيد بشكل كبير في تفعيل آلية المنافسة إلاّ أنّه وتبعاً لنص المادة السابقة (04/66)، فإنه ليس تمّ حد أدنى أو أقصى لهذه المدّة، بحيث أنّ إشتراط أن تمكّن المدّة من فتح المجال الواسع للمنافسة يقع ضمن تقدير المصلحة المتعاقدة، ومن تمّ لا يمكن الرقابة على مدى إحترام هذا الشرط في حال تقدير مدّة ذات مدى متوسط لكنّه غير كاف لضمان نجاعة المنافسة، على أنّه بحال آخر يمكن تحديد كفاية المدّة حتى في الحال التي تعدّ فيه غير مفرطة في التحجيم الزمني لها بالإستناد لنص المادة 01/66، على إعتبار أنّ تقدير هذه المدّة يجب أن يتلاءم بشكل موضوعي مع التّعقيدات التي يطرحها موضوع الصفقة، وكذا يستند إلى ضرورة التقدير الجيد للمدّة اللازمة لتحضير العروض وإبصارها، هذا وحددت المادة 03/66 من المرسوم المشار إليه أجل تحديد العروض بالاستناد إلى نقطة مرجعية لاحتساب الأجل، وتقدير كفايته³⁹.

³⁹ المادة 03/66 من المرسوم 15-247: " تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالإستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية. ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

المطلب الثاني : إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة عند إرساء وإبرام الصفقة.

للمصلحة المتعاقدة سلطات واسعة في إطار المرسوم الرئاسي 15-247، تمتد من فترة تحديد الحاجيات ووضع الشروط التقنية، الفنية والمالية المرتبطة بموضوع الصفقة، وصولاً إلى تلقي العروض وإرساء الصفقة. كل هذا ضمن الحدود المقررة قانوناً والتي تتحدد فيها صلاحيات المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات ضمن النصوص التنظيمية التي حدّدت بتفصيل كبير المعطيات المتعلقة بها، هذا ويبقى لزاماً على المصلحة المتعاقدة إبرام صفقاتها وفق الكيفيات والقوالب والطرق التي تضمنها المرسوم الرئاسي 15-247.⁴⁰

فتلتزم المصلحة المتعاقدة عند إبرامها للصفقات بإعتماد مبدأ المنافسة، ذلك باللجوء إلى إجراء طلب العروض الذي يعتبر مبدأ عام في طرق الإبرام، على أنه وبما يدخل في شكل الإستثناء يكون للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإبرام بطريق التراضي ضمن الحالات المحددة قانوناً، وهذا ما جاء بنص المادة 39⁴¹ من المرسوم الرئاسي 15-247، في حين أنّ المادة 40 من ذات المرسوم عزّفت طلب العروض، أي الدعوة للمنافسة والحالات التي يعلن فيها عن عدم الجدوى، أي عدم فاعلية المنافسة أو فشل عملية الدعوة للمنافسة.

وبالتّظر إلى شكل طلب العروض، والذي أشير إليه في نصوص سابقة متعلّقة بنظام الصفقات العمومية بمصطلح المناقصة، على أنّ تمّ إختلاف بين الدلالة القانونية لإجراء طلب العروض، وما يقابها في

⁴⁰ سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة،

2005.ص.05.

⁴¹ المادة 39 من المرسوم 15-247 على: " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكّل القاعدة العامة، أو وفق إجراء

التراضي."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

حدود مصطلح المناقصة، حيث أنّ إجراء طلب العروض كأسلوب للتعاقد يستهدف إتاحة المجال الواسع للمصلحة المتعاقدة في إختيار المتعاقد معها ضمن آليات المنافسة دون إلزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدّم العطاء الأقل، في حين أنّ ما يميز أسلوب عمل المناقصة هو آلية الإرساء على الذي يتقدّم بأقل سعر لإنجاز مشروع الصفقة.⁴²

هذا وضمن المرسوم الرئاسي 15-247، نجد تبنيه خيار إتاحة الصفقة للمتقدم بأحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، هذا ما تضمنه نص المادة 01/14، والمادة 01/40 من المرسوم المشار إليه، ويمكن تحديد مفهوم الميزة الإقتصادية، بأنّه العرض الذي يتيح تحقيق أكثر فاعلية بالنسبة للعروض الأخرى، بحيث يؤدي إلى إنتاج قيم ومنافع تزيد عمّا يمكن للعروض الأخرى أن تنتجه، مثاله حالة إقتناء منتج في مجال اللوازم بسعر أقل يؤدي لسد حاجات المصلحة المتعاقدة من هذا المنتج لمدة سنة، في حين أنّ إختيار العرض الأحسن وإن كان ذا سعر يمثّل الضعف بالنسبة للعرض الأوّل، يتيح للمصلحة المتعاقدة العمل بهذا المنتج لمدة ثلاث سنوات، بحيث أنّ فارق السعر بين العرضين يضمن سنة إضافية من العمل بالمنتج ويتساوى سعر المنتج في العرضين في حدود السنة الثانية لإستعمال المنتج، وهذا ما يعبر عنه في التّنظير الإقتصادي بالميزة التنافسة للمنتج.⁴³

وقد تمّ تفصيل كلّ نوع من أنواع طلب العروض من المواد من 43 إلى 48 من المرسوم المشار إليه، على أنّها في كلّ شكل من أشكال طلب العروض تمّ إستجابة لمطلب المنافسة ضمن مستويات مختلفة

⁴² ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد للنشر، سطيف، الجزائر، ص.434.

⁴³ Nasser SEFAH, les marchés public, formation pour le compte des inspecteurs des finances(I.G.F), Ministère des Finances, Ecole Supérieure de Commerce, Janv.-Fév. 2015.

حيث تنص المادة 78 من المرسوم 15-247، على: "يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كلّ منها مرتبطة، بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة إلى المنافسة. ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية: 1/ -إما لعدّة معايير من بينها: النوعية، اجال التنفيذ أو التسليم، السعر والكافة الإجمالية للإقتناء والإستعمال... 2/- إما لمعيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك..."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

وبطرائق تقنية معينة، بحيث يختلف الهامش المتاح للمنافسة ضمن كل شكل بما لا يؤثر على مطلب تحقيق المنافسة في مستويات معقولة .

على أن شكل طلب العروض المحدود، والذي هو إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم العروض هم المدعوون خصيصا لهذا النمط من التعاقد في إطار ما يعرف بالإستشارة الإنتقائية،⁴⁴ حيث أن للمصلحة المتعاقدة سلطة واسعة ناتجة عن القدر الكبير من الحرية المتاح لها في الإتصال بالمتعاملين المستشارين وكذا إنتقائهم،⁴⁵ ما يعني قصر المنافسة في حدود ضيقة. على أن التأطير القانوني لهذا النمط من التعاقد يُظهر المصلحة المتعاقدة خاضعة لمبدأ الشفافية في تعاملاتها، دون أن تكون تتم ضمانة كافية لإمكان قيام منافسة حقيقية ونزيهة تعكس واقع المنافسة بحق ومستويات المتنافسين، من تم فإنّ اللجوء إلى أسلوب التراضي كإستثناء عن قاعدة طلب العروض يرهن تجسّد المنافسة وفق قواعدها الثابتة بمدى حسن المصلحة المتعاقدة في إختيار التعاقد معها.

هذا وقد نصت المادة 53 من المرسوم الرئاسي (15-247) على: " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلاّ للمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة." بما يشكّل ضمانة لتجسيد المنافسة عبر إشتراط القدرة على تنفيذ مشروع الصفقة، وإن كان التحليل الموضوعي لأسلوب التراضي لا يمكن من التطبيق الفعلي للمنافسة كما لا يمكن من إقرار المبادئ الواردة بنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، بشكل مطلق، بحيث يسمح فقط للمتعاملين النافذين في السوق وذوي العلاقات الجيدة من الإستفادة من هذا النمط من التعاقد.

هذا وتلعب معايير تقييم العروض دورا في إنتاج منافسة ذات ذروة وإستجابة عالية، كما تكون عاملا مرجحا لتحديد العرض الذي يستجيب لحاجات المصلحة المتعاقدة وفق أحسن المتطلبات، حيث

⁴⁴ المادة 01/45 من المرسوم 15-247، التي تحدد مفهوم الإستشارة الإنتقائية.

⁴⁵ المادة 02/45 من المرسوم 15-247.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

تنصّ الفقرة الأولى من المادة 78 من المرسوم 15-247، على أنّه: " يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كلّ منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية... " وهذا يتضمّن تلاؤم نظام التقييم مع طبيعة كلّ مشروع، وتعقيده وأهميته، كما أنّ إشتراط المعاملة غير التمييزية يدخل في إطار المعيار الموضوعي الذي يتحدد بشرط الكفاءة، القدرة والفاعلية، على أنّه وطبقا لنص المادة 02⁴⁶/72 من المرسوم 15-247، يمكن للجنة تقييم العروض أن ترفض العرض المقبول مؤقتا، إذا تبث أنّ العرض منخفض بشكل غير عادي، ما يحيلنا إلى نص المادة 10،⁴⁷ والمادة 12⁴⁸ من الأمر 03-03 (م.م).

هذا وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بناء على المهام الموكّل إليها بموجب نص المادة 72 من المرسوم 15-247، برفض العرض الذي يترتب عنه هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق، حيث تنص المادة السالف ذكرها في الفقرة الثانية، المطة الرابعة على: " تقترح (لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض)، على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا تبث أنّ بعض ممارسات المتعهد تشكّل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في إحتلال المنافسة في القطاع المعني بأيّ طريقة كانت...".

⁴⁶ تنص المادة 03/72، المطة 05، من المرسوم 15-247 على: إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أنّ جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الإقتصادية..."

⁴⁷ المادة 10 من الأمر 03-03 (م.م): " يعتبر عرقلة حرية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها ويحظر كلّ عمل و/ أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة الإستثمار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق الأمر."

⁴⁸ المادة 10 من الأمر 03-03: " يعتبر عرقلة حرية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها ويحظر كلّ عمل و/ أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة الإستثمار في ممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر."

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

هذا ما يأتي تناسبا و أحكام قانون المنافسة في هذا المجال، حيث يمكن النظر إلى قانون الصفقات العمومية بمجال هذه الرؤية على أنه يضبط المنافسة في الصفقات العمومية بمجال مقارب لقانون المنافسة عن طريق تنظيمها بإجراءات تفعل وتضمن عمل قواعد المنافسة.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

خاتمة

إنّ إعتداد آليات نظام إقتصاد السوق، الذي تسود فيه حرية المبادرة الخاصّة، ويدعم الحريات الإقتصادية بمختلف مضامينها، يقتضي تبني نظام جديد في تدبير المجال الإقتصادي، حيث أنّ إنسحاب أشخاص (الدولة) من التدخل في السوق يستدعي دخول أشخاص آخرين، سواء ما تعلق بمستوى الفعل الإقتصادي أو ما تعلق بتنظيم هذه التصرفات، عبر سبل النوظمة التي تشهد بروزا في ظل إزدهار الحريات الإقتصادية.

إنّ بروز الهيئات الإدارية المستقلّة على شاكلة مجلس المنافسة والهيئات القطاعية الأخرى لدليل على توجه يستجيب لبعث آليات السوق وتحفيزها عبر المثير الوحيد واللازم لذلك بناء قاعدة إقتصادية يستجيب الناشطين فيها لمقتضيات فاعلية السوق عبر إرساء قواعد ضابطة تساعد في الوصول إلى سوق تنافسي متناغم مؤطر بالحدود القصوى الممكنة لمزايا المنافسة.

إنّ قانون المنافسة كواجهة لإقتصاد السوق الحر يتضمّن وجوب نفاذه عبر كلّ نشاط يمارس من قبل أيّ شخص من أشخاص القانون. بمفهوم المخالفة يترتب عن عدم وجود تجليات لإنفاذ مبادئ المنافسة الحرّة ضمن القوانين التي تتضمن تنظيمًا يشمل تدخلات في السوق الإقتصادية ولو بشكل غير مباشر، وضمن حدود واليات القانون العام على شاكلة قانون الصفقات العمومية، نقص محتمل لمزايا المنافسة بما يمكن له التأثير على كامل الدّورة الإقتصادية نظرا لترابطها وإتساقها وفق منعكسات شرطية.

الأمر الذي يفسر إحالة قانون الصفقات العمومية إلى النصوص الموضوعية لقانون المنافسة في عدد من المرات، كما أنّه في مجمله لا يتضمن مبادئ مخالفة للمبادئ العامّة للمنافسة المتأصلة في الممارسة القبلية لوجود القانون المتعلق بالمنافسة، من تمّ فإنّ حرية المنافسة في صفقات المتعامل العمومي وعبر

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

جميع النصوص المنظمة للصفقات العمومية وبشكل تصاعدي متفاوت، أحاطت عملية الشراء العمومي بمبادئ تضمن نزاهة ومصداقية النفقة العمومية بالشكل الذي يستجيب لمضامين الحريات العامة الاقتصادية.

كان هذا عبر التأكيد على تفعيل مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية الأمر الذي يستتبع تطبيق هذا المبدأ بالشكل العام الذي ورد في سياق نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، وكذا عبر كامل مراحل إبرام الصفقة العمومية التي تتم وفق المبادئ المكرسة لتفعيل الخاصية التنافسية عبر تحرير الطلب العمومي، الإعلام به، فتح المجال لتعدد المتنافسين، وضمان نزاهة إجراءات المنافسة، وتقعيد معايير الإنتقاء حسب شروط موضوعية تضمن نجاعة الطلب العمومي.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

قائمة المصادر و المراجع:

1/ المصادر باللغة العربية:

أ/ النصوص القانونية:

- 1) دستور 1996 وفق آخر تعديل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.
- 2) مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. رقم 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.
- 3) المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07/10/2010، يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر. رقم 58، الصادرة بتاريخ 07/10/2010 (ملغى).
- 4) الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر. رقم 43 الصادرة بتاريخ 20/07/2003، وقد عدّل وتمم الأمر 03/03 بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25/06/2008، ج.ر. رقم 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008، وكذا بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15/08/2010، ج.ر. رقم 46 الصادرة بتاريخ 18/08/2010.
- 5) قانون رقم 06-01، مؤرخ في 10/02/2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. رقم 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006، متمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26/08/2010، ج.ر. رقم 50 الصادرة بتاريخ 01/09/2010، معدّل

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ: محمد ديب- جامعة تلمسان

وتمتم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02/08/2011، ج.ر رقم 44، الصادرة بتاريخ 10/08/2011.

6) قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر رقم 21 الصادرة بتاريخ 23/04/2008

ب/ المراجع باللغة العربية:

1) حمادة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

2) سماح فارة، تفعيل مبدأ المنافسة - قراءة في قانون الصفقات العمومية، الملتقى الأول حول قانون المنافسة بين تحرير المنافسة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 16 و 17 مارس 2015.

3) سهام بن دعباس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة، 2005.

4) عبد الحكيم حططاش، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الإستثمارات العامة للفترة 2001-2014، مداخلة في المؤتمر الدولي المتعلق بتقييم آثار برامج الإستثمارات العامة وإنعكاساتها على التشغيل والإستثمار والنمو الإقتصادي خلال الفترة 2001-2014، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 01، 11/12 مارس 2013.

5) قاموس المعاني، قاموس إلكتروني، عربي - عربي.

6) محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، المنصورة، مصر، 2005.

إمتدادات حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأستاذ : محمد ديب- جامعة تلمسان

- 7) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 8) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2013.
- 9) ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد للنشر، سطيف، الجزائر. دون سنة نشر.
- 10) نصر الدين الأخضر، القانون الجزائري بين مثالية المساواة وواقعية التمييز الإيجابي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.

2/ La Bibliographie en langue étrangère :

- I. Bouziane MANSOURA, marchés publics, conférence en matière de marchés publics, 02eme année, 02 promotion, direction de formation de base, Ecole supérieure de la magistrature, 2010-2011.
- II. Christophe LAJOYE, droit des marchés publics, BERTI. éd, Alger, 2007, p.104.
- III. Francis-Paul BENOÎT, le droit administratif Français, Dalloz, Paris, 1968, p.609.
- IV. Fritz HEIMAN, Francois VINCKE, fighting corruption, international corporate integrity hand-book, ICC product, n 678E, éd 2008, p.23
- V. INTOSAI, professional standars committee, (ISSAI.20), principles of transparency, can be found through the link: www.issai.org, and the link: www.Intosai.org
- VI. Michel GIBAL, le nouveau code des marches publics-une réforme composite, la semaine juridique, Juris Classeur périodique, éd général, n16, Paris, 2004.
- VII. Nasser SEFAH, les marchés public, formation pour le compte des inspecteurs des finances(I.G.F), Ministère des Finances, Ecole Supérieure de Commerce, Janv.-Fév. 2015.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان.

تاريخ الإستلام: 13 مارس 2018 تاريخ القبول للنشر: 10 ماي 2018

ملخص :

إنّ الرقابة على التنظيمات تطرح إشكالية الجهة المختصة بها بحيث أن التنظيمات تتفرع إلى ما هو يعتبر تنقيح للقوانين وإلى نوع آخر يستمد أساسه من الدستور وبالتالي يعتبر على قدم المساواة بينه وبين القانون ، و على هذا الأساس كان لابد من توضيح ما المقصود بالنصوص التنظيمية وبيان طريقة الرقابة عليها التي يتقاسمها كل من القضاء الإداري فيما يخص المراسيم التنفيذية و المجلس الدستوري فيما يخص المراسيم الرئاسية.

الكلمات المفتاحية: الرقابة ، مرسوم رئاسي ، مرسوم تنفيذي ، رقابة القضاء الإداري ، إخطار المجلس الدستوري.

Résumé :

Le contrôle des réglementations soulève le problème de l'autorité compétente de sorte que les réglementations se ramènent à ce qui est considéré comme une restriction des lois et à un autre type dérive de la Constitution et est donc il est en égalité avec la loi

Sur cette base, il est nécessaire de éclaircissez ce que l'on entend par textes réglementaires et comment les contrôler, est qui été partagé entre le pouvoir judiciaire administratif par rapport aux décrets exécutives et au Conseil constitutionnel pour les décrets présidentiels

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

مقدمة :

ظهر مصطلح التنظيم (**lerèglement**) لأول وهلة في فرنسا، في عهد الملك شارل التاسع (1560-1574)، إلا أنه لم يكن مصنفا ضمن الهرم القانوني ، بل كان مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة الملكية ، حفاظا على ممتلكات الملك¹ .

و قد أدى تطور وظيفة السلطة التنفيذية وقيام الدولة بعدة وظائف بعدما كانت تقتصر على الوظائف الكلاسيكية كالأمن ، الدفاع ، الصحة ، التعليم ليتمد نشاطها إلى وظائف أخرى كانت محصورة فقط في الأفراد كالتجارة ، الصناعة الأمر الذي اقتضى تنظيمها بجملة من النصوص القانونية لا تقتصر فقط في القوانين التي تعد الإطار بل لا بد من نصوص تنظيمية لوضعها موضع التنفيذ وعلى هذا الأساس لا بد لهذه الأخيرة أن تكون غير مخالفة للقوانين إذا كانت تنفيذية وغير مخالفة للدستور إذا كانت رئاسية ، مما سبق بيانه نظرك الإشكالية الآتية : فيما تتمثل ممارسة الرقابة على هذه التنظيمات حتى لا تتعدى على إختصاص السلطة التشريعية؟ .

وللإجابة على هذه الإشكالية ينبغي التطرق إلى معنى النصوص التنظيمية والسلطات المختصة بإصداره (المبحث الأول) والجهات المختصة بالرقابة على النصوص التنظيمية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: معنى النصوص التنظيمية والسلطة المختصة بإصداره.

نتطرق من خلال هذا المبحث إلى معنى النصوص التنظيمية و السلطات المختصة بإصداره (المطلب الأول). وخصائص النصوص التنظيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: معنى النصوص التنظيمية و السلطات المختصة بإصداره.

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى معنى النصوص التنظيمية (أولا) والسلطات المختصة بإصداره (ثانيا).
أولا: معنى النصوص التنظيمية.

¹ ابن سرية سعاد: مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008 ، دار بلقيس للنشر، الجزائر ، 2010 ، ص 141.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

هي النصوص التي تضع قواعد عامة موضوعية تسري على جميع الأفراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت في هذه القاعدة².

كما تعرف النصوص التنظيمية أنها تلك القرارات التنظيمية العامة التي تتضمن قواعد عامة وموضوعية ومجردة. تتعلق بجملة من المراكز القانونية والأفراد غير المحددين بذواتهم والتي تتمثلوظيفتها في إنشاء أو تعديل أو إلغاء من المراكز القانونية العامة³.

وعرفها البعض⁴ بأنها قواعد عامة مجردة، لا تنطبق على أشخاص بصفاتهم، وإنما تنطبق على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط التي تتضمنها هذه القاعدة، وعلى الوقائع التي تتوافر فيها الشروط والأوصاف الواردة بها.

فالنص التنظيمي يعتبر تشريع تختص بإصداره سلطة تنظيمية وفقا لأحكام الدستور. ويطبق على الأفراد دون أن يتوقف ذلك على قبولهم لهذه القرارات

ثانيا: السلطات المختصة بإصدار النصوص التنظيمية.

هي من إختصاص السلطة التنفيذية المخول لها إصدار النصوص التنظيمية. ويتقاسم هذه السلطة كل من رئيس الدولة والوزير الأول في النظام السياسي الدستوري البرلماني. وينفرد رئيس الدولة بهذه السلطة في النظام السياسي الدستوري الرئاسي⁵.

أما في النظام القانوني الجزائري. فإن السلطة المختصة بوضع التنظيمات تتمثل في كل من رئيسالجمهورية و الوزير الأول.الذين لهما سلطة تنظيمية عامة في صورة مراسيم رئاسية ومراسيم تنفيذية و هذا في ظل دستور 1996 المعدل والمتمم⁶.

²شمس مرغي علي:القرارات الإدارية التنظيمية في دولة الإمارات المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، العدد 02،1986 مصر،ص 152 .

³عوايدي عمار: نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري،ط 1999،دار هومة، الجزائر 1999،ص 111 .

⁴حافظ محمد محمود: القرار الإداري، ط01، دار النهضة العربية، مصر، 1976، ص 167 .

⁵شمس مرغي علي: المرجع السابق، ص 165.

⁶ المادتين 143 و 99 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص السلطة التنفيذية بوضع التنظيمات اختصاص أصلي تمارسه حتى مع وجود البرلمان. فهو اختصاص لا يمارس في حالة غياب البرلمان.

أما المراسيم الرئاسية فتعرف على أنها « صلاحية رئيس الجمهورية في إصدار قرارات تنظيمية في شكل مراسيم⁷». و كذا تعرف على أنها: « تولي رئيس الجمهورية تنظيم تلك المجالات غير المسندة دستوريا للبرلمان بواسطة المراسيم الرئاسية⁸».

المطلب الثاني: خصائص النصوص التنظيمية:

تتمتع النصوص التنظيمية سواء التنفيذية أو الرئاسية بجملة من الخصائص فهي قواعد عامة و مجردة - (أولا) وتتصف بالعمومية (ثانيا) و تتمتع بالحجية (ثالثا) في حين أن المراسيم الرئاسية هي مستقلة عن القوانين (رابعا) .

أولا: قواعد عامة ومجردة:

من خصائص النص التنظيمي أن المراكز القانونية التي تنشئها هي عامة ومجردة. ولا تسري على فرد أو أفراد معينين بدواتهم. بل على كل فرد وكل حالة تتوفر فيها شروط انطباق القاعدة.⁹ إذ ينطبق الحكم الوارد فيها على أي فرد تتوفر فيه الشروط المحددة في النص التنظيمي¹⁰

ثانيا: النص التنظيمي يتصف بالعمومية.

تتصف النصوص التنظيمية بالعمومية والتجريد، وتنظم مراكز قانونية عامة، أي تتضمن قواعد عامة وموضوعية مجردة، وظيفتها إنشاء أو تعديل أو إلغاء في المراكز القانونية العامة¹¹ " .

⁷قصور مزباني فريدة: مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 2001، ص 154.
⁸بوشعير سعيد: النظام السياسي الجزائري، ط 02، دار الهدى للنشر و الطباعة والتوزيع، الجزائر، 1993 ص 230.
⁹ بلحاج نسيم: العلاقة بين النصوص التشريعية والتنظيمية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 19، 2008، مجلس الأمة الجزائر، 2008، ص 21 و 22.
¹⁰بعلی محمد الصغير: المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 13.
¹¹عمار عوايدي: نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومه للنشر و التوزيع الجزائر، 2005، ص 111 .

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

ولا يعني هذا أن النص التنظيمي يبقى ساري المفعول بصفة دائمة. بل هو قابل في أي وقت للتعديل والإلغاء من طرف السلطة المختصة فيبقى ساري المفعول ويطبق على جميع الحالات المتجددة. وبالتالي لا تزول صفة العمومية والتجريد ولو لم يطبق أصلا.

ثالثا: تمتاز بالحجية:

تمتاز النصوص التنظيمية بأنها موجهة للجميع ويحتج بها على جميع الأفراد مثل النصوص التشريعية في معناها الخاص الضيق¹².

رابعا: استقلالية المراسيم الرئاسية عن القوانين:

إن المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية هي تنظيمات مستقلة. والاستقلال هنا نعني به أنها لا تستند في وجودها للقانون¹³، بل من الدستور مصدر كل السلطات في الدولة¹⁴. وهو ما يميزها عن المرسوم التنفيذي.

المبحث الثاني: الجهات المختصة بالرقابة على النصوص التنظيمية .

من خلال هذا المبحث نعالج كيفية الرقابة على المراسيم التنفيذية (المطلب الأول) والمراسيم الرئاسية (المطلب الثاني) .

¹² يلحاح نسيم: المقال السابق، ص 43 .

¹³ أوصديق فوزي: النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، ط02، د. م. ج، الجزائر، 2008، ص230.

¹⁴ بورايومحمد: السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة والثنائية، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012، ص 117.

الرقابة على القرارات التنفيذية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

المطلب الأول: الرقابة على المراسيم التنفيذية.

إن الرقابة على المراسيم التنفيذية تكون من طرف القضاء الإداري (أولا) والتي تجد أساسها القانوني في الدستور (ثانيا) وهذه الرقابة تكون في حالة التعدي على الاختصاص أو ما يعرف بعبء عدم الإختصاص (ثالثا) وهي تعتبر رقابة مشروعية (رابعا) .

أولا: ممارسة الرقابة من طرف القضاء الإداري .

تعتبر هذه الرقابة فعالة لرقابة الفصل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص التنظيمي. والتي بمقتضاه يستطيع المواطن اللجوء للقضاء الإداري لإجبار الإدارة على احترام مبدأ المشروعية وسيادة القانون. وذلك عندما تكون هذه التنظيمات الصادرة عن الإدارة قد سببت أضرارا للأفراد. حيث أن المجال التنظيمي المخصص للوزير الأول تمارس عليه رقابة مشروعية من طرف مجلس الدولة لأنه تنظيم تنفيذي للقوانين أي يعتبر تنفيذا للقوانين¹⁵ .

ثانيا: الأساس القانوني للرقابة.

طلما أن الدستور 1996 المعدل والمتمم منح القضاء حق النظر في الطعن في قرارات السلطات الإدارية حسب المادة 161 فانه يحق لجميع الهيئات و الأفراد اللجوء إليه استنادا إلى نص المادة 158 من الدستور. حيث جاء فيها "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة والكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون" .

وان كانت النصوص التنظيمية أعمالا تشريعية من حيث موضوعها وطبيعتها نظرا لأنها تنشئ قواعد قانونية عامة وبمجردة كالقوانين. إلا هذه التنظيمات تعتبر من الناحية الشكلية قرارات إدارية على

¹⁵ قارش أحمد: عملية الرقابة الدستورية على السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 57 .

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

أساس أنها تصدر عن السلطة التنفيذية¹⁶. إذ من المتعارف عليه فإن القضاء الإداري يتمتع بسلطة رقابة مدى قانونية القرار الإداري التنظيمي إما تفسيرا أو فحوصا للشرعية أو إلغاء أو تعويضا في دعوى المسؤولية¹⁷.

ولهذا الغرض أنشأت جهة قضائية جديدة وهي مجلس الدولة وتعتبر درجة قضائية أولى وأخيرة بالنسبة لقرارات السلطات الإدارية المركزية. فمجلس الدولة يختص بفحص قرارات الأجهزة المركزية¹⁸ التي تندرج تحت هذا المصطلح كل من التنظيمات المستقلة والتنظيمات التنفيذية (مراسيم رئاسة وتنفيذية).

ثالثا: موضوع الرقابة (عيب عدم الاختصاص).

بما أنه يمكن لكل من له مصلحة أن يطعن من أجل إلغاء المرسوم التنفيذي أمام مجلس الدولة إذا اعتدت على المجال المخصص للبرلمان، فمثلا إذا صدر مرسوم تنفيذي من الوزير الأول هو من اختصاص البرلمان. كمجال الحقوق والحريات العامة أو إنشاء الضريبة وتقرير العقوبات التي تزيد على عقوبة المخالف فإن المرسوم التنفيذي يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص. نظرا لمخالفته قواعد توزيع الاختصاص التي وضعها الدستور. ويعد عيب عدم الاختصاص من أهم العيوب التي يمكن لمجلس الدولة أن يستند إليها عند حكمه بالإلغاء¹⁹ وفق أحكام القانون الإداري. ويعرف هذا العيب بأنه عدم القدرة القانونية على اتخاذ القرار. إذا كان لا يدخل في نطاق اختصاص القانوني للجهة الإدارية التي أصدرته. ويتمثل ذلك عندما تصدر سلطة إدارية قرار ليس من اختصاصها²⁰.

¹⁶ خلوفي رشيد: قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة و دعوى القضاء الكامل، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص 33.

¹⁷ المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله وتنظيمه المعدل والمتمم

¹⁸ المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 الصادر في 25 فيفري 2008.

¹⁹ عوابدي عمار: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، ط1998، د.م.ج، الجزائر، 1998، ص 500، و م 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله و تنظيمه المعدل و المتمم.

²⁰ بلحاج نسيمة: المقال السابق، ص 45

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

أما في حالة عيب عدم الاختصاص الجسيم وحسب رأي الفقه الإداري فان التنظيم الذي يلحقه عيب عدم الاختصاص الجسيم يفقد طبيعته القانونية ويصبح مجرد عمل مادي. قابلا للطعن فيه أمام جهات القضاء العادي. ولا يتقيد الطعن فيه بشرط الميعاد. وذلك في نطاق أحكام نظرية انعدام القرارات الإدارية.

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي حين ممارسته الرقابة على دستورية القرارات الإدارية بعد صدور دستور²¹ 1958. والذي يحدد المجالات التي لا يستطيع القرار الإداري بالمفهوم الواسع أن يتولى أمر تنظيمها.

ومن أمثلة ذلك:

ففي قضية المجلس الوطني لقلم الأطباء الصادر في 13 جوان 1962 والتي تتعلق بصدور قرار ينظم مسألة التأمين الاجتماعي التي خصص الدستور أمر تنظيمها بموجب المادتين 34 و 37 منه للقانون. قرر مجلس الدولة عدم دستورية هذا القرار لاعتدائه على منطوق الدستور. وبالتالي تلتزم المحاكم من تلقاء نفسها بتقرير عدم شرعية القرارات المخالفة لأحكامه دون حاجة لوجود نص يبيح تلك الرقابة.

وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري عندما يكون العيب جسيم. ومن صوره أن يصدر القرار من طرف فرد عادي أو يصدر القرار من سلطة ليست مختصة. كأن تتولى السلطة التنفيذية عملا من أعمال السلطة القضائية أو السلطة التشريعية²².

رابعا: طبيعة الرقابة .

فيما يخص الرقابة على المرسوم التنفيذي فهي من إختصاص القاضي الإداري. الذي يقوم بمراقبة مدى مشروعية هذه القرارات²³. إلا أنه يتبين من هذه الرقابة أنها في الحقيقة ما هي إلا رقابة

²¹ Article 34 de la constitution de la république française.

²² الطماوي سليمان: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، ط07، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

مدى دستورية هذا المرسوم التنفيذي. بحيث أن مجلس الدولة الفرنسي عند قيامه بهذه الرقابة لا يراقب فقط مدى مطابقة هذه القرارات للقوانين بل تمتد إلى مراقبته مدى مطابقتها للمبادئ العامة للقانون الذي يعد من مكونات الكتلة الدستورية. وبالتالي يقوم برقابة مدى مطابقتها للدستور بطريقة غير مباشرة²⁴.

المطلب الثاني: الرقابة على المراسيم الرئاسية .

أصبح رئيس الجمهورية بسلطته التنظيمية صاحب القاعدة العامة في إنشاء القواعد العامة و المجردة، و البرلمان صاحب الاستثناء في ذلك²⁵. مما يتعين تحديد طبيعة الرقابة (أولا) وكيفية ممارستها (ثانيا)
أولا: طبيعة الرقابة .

إن المراسيم الرئاسية يصيبها عيب عدم الدستورية لأنها تعتبر تشريع يستمد أساسه ومصدره من الدستور مباشرة، وبالتالي فلا يلحقها عيب عدم الشرعية إلا في حالة مخالفتها للمبادئ العامة للقانون. والرقابة الدستورية على التنظيمات تنحصر في تلك التي يصدرها رئيس الجمهورية والتي تعتبر تنظيم مستقل من اختصاص رئيس الجمهورية حيث يستمد مصدره من الدستور بنص المادة 1/125 دستور 1996 و التي تقابلها المادة 143 من تعديل الدستوري 2016 وهو ملزمة باحترام وعدم مخالفة مبدأ التدرج القانوني واحترام سمو الدستور²⁶

ثانيا: كيفية ممارسة الرقابة على المراسيم الرئاسية:

²³ بوكرا إدريس: النظرية العامة للدولة و النظام السياسي في ظل دستور 1989 , المؤسسة الجزائرية للطباعة , الجزائر , 1992 , ص 330 .

²⁴H. Portelli, « droit constitutionnel », 7 éme édition , Dalloz , France, 2007.p27.

²⁵بن مالك بشير: الإختصاص التنظيمي للسلطة التنفيذية في الجزائر على ضوء دستور 1996 , مذكرة ماجستير , معهد الحقوق جامعة سيدي بلعباس , 1999, ص 45.

²⁶نبالي فظة: المجلس الدستوري و تدرج القواعد القانونية , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية , العدد 3, كلية الحقوق , 2012 , ص 7

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

تكون الرقابة على المراسيم الرئاسية عن طريق الإخطار (أولا) وطبيعة هذه الرقابة جوازية (ثانيا) الحكم الصادر فيها إلزامي (ثالثا)

أولا: ممارسة الرقابة عن طريق الإخطار.

في حالة وجود مرسوم رئاسي متعدد على مجال القانون، تقوم جهات الإخطار المعنية بإرسال رسالة إخطار إلى رئيس المجلس الدستوري ولا بد أن تحتوي هذه الرسالة على موضوع الإخطار²⁷ وتكون مرفوقة بالمرسوم الرئاسي موضوع الإخطار²⁸.

كما أن هذه الرقابة تقتصر على جهات معينة مكلفة بعملية الإخطار²⁹ هذه و ذلك بمقتضى المادة 166 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

ثانيا: طبيعة هذه الرقابة جوازية .

إن هذه الرقابة تكون بإخطار المجلس الدستوري³⁰ حول أي تعدد يكون عن طريق المراسيم الرئاسية على مجال القانون كون أن المجلس الدستوري ليس بإمكانه ممارسة هذه الرقابة من تلقاء نفسه والرقابة على المراسيم الرئاسية تعد جوازية، ذلك أن إخطار المجلس الدستوري بشأن تعدي المراسيم الرئاسية على مجال القانون هو مسألة جوازية بالإمكان ممارستها أو الإمتناع عن ممارستها و هذا على عكس الرقابة على دستورية القوانين العضوية المتجاوزة لمجالها و المتعدية على مجال السلطة التنظيمية بحيث تعد في هذه الحالة إلزامية.³¹ و أي مخالفة أو خروج عن روح و مقتضى الدستور³²

²⁷ بلحاج صالح: المؤسسات السياسية و القانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، د. م. ج، الجزائر، 2010 و ص 322.

²⁸ المادتين 08 و 10 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الصادر في 11 ماي 2016.

²⁹ عطاء الله بوحميده: الرقابة الدستورية للنصوص القانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 40.

³⁰ عمار عباس: دور المجلس الدستوري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01، 2013، ص 67.

³¹ عمار عباس: المرجع السابق، ص 67-71.

³² بوسطلة شهرزاد، مدور جميلة: مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري. مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع الجزائري، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، مارس 2008، ص 346.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

قد يترتب عليه إخطار المجلس الدستوري بدعوى عدم دستورية المراسيم الرئاسية من الناحية الموضوعية.

ثالثا: النتيجة المترتبة على هذه الرقابة.

عند القيام بفحص مدى دستورية المرسوم الرئاسي من طرف المجلس الدستوري فإن القرار الذي يصدره المجلس الدستوري يكون ملزم لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية. بما فيها رئيس الجمهورية³³ وذلك في حالة تعدى مرسوم رئاسي على إختصاص مجال القانون و هو ما نصت عليه المادة **191**: إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصّاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوريّ، يفقد هذا النص أثره، ابتداءً من يوم قرار المجلس .

³³لوشن دلال:الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية , رسالة دكتوراه في القانون العام , كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة باتنة , 2011. ص 259.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

خاتمة

إن استدراك النقائص غير ممكن بالنسبة للنصوص التنظيمية التي تصدرها الحكومة دون أية رقابة مسبقة ومن هذا المنطلق فإنه في حالة تعدي النصوص التنظيمية على مجال القانون. فإن مجلس الدولة له دور فعال في تصحيح هذا الوضع أثناء عملية فحصه لهذه المشاريع. وذلك في إطار صلاحيتها الاستشارية أي الرقابة السابقة

حيث لو كانت مشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية تعرض وجوبا على مجلس الدولة لإبداء الرأي فيها. لكان لهذا الأمر أهمية في الفصل بين المجال التشريعي والتنظيمي وبالتالي عدم وجود طعون في المراسيم التنفيذية بكثرة أمام مجلس الدولة مما يحقق التناسق و الانسجام بين القواعد القانونية مما يضمن عدم تعدي قانونية أدني درجة على إختصاص قاعدة قانونية أعلى درجة.³⁴ أما بالنسبة للاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر فيما يخص شرعية الطعن في القرارات التنظيمية الصادر عن مختلف السلطات الإدارية المركزية إلا أنه لم يحدث أن تم الطعن في المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية في الجزائر ما عدا حالة لجوء أحد الأشخاص في ولاية تبسة للقضاء لرفع دعوى قضائية ضد رئيس الجمهورية و هي قضية لم تتضح مدلولها.

قائمة المصادر و المراجع :

● المراجع بالعربية:

1. أوصديق فوزي: النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، ط02، د. م ج، الجزائر، 2008.
2. الطماوي سليمان: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، ط07، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1996.
3. بن سرية سعاد: مركز رئيس الجمهورية في تعديل 2008، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2010.

³⁴ بلحاج نسيمية: المرجع السابق، ص 47 و 48.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

4. بعلى محمد الصغير: المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
 5. بلحاج صالح، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري في الجزائر من الإستقلال إلى اليوم، د.م. ج الجزائر، 2010.
 6. بوالشعير سعيد: النظام السياسي الجزائري، ط 02، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر 1993.
 7. بوكرا إدريس: النظرية العامة للدولة و النظام السياسي في ظل دستور 1989، المؤسسة الجزائرية للطباعة، 1992.
 8. جبار جميلة: دروس في القانون الإداري، ط 01، منشورات كليك، الجزائر، 2010.
 9. حافظ محمد محمود: القرار الإداري، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 1976.
 10. خلوفي رشيد: قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة و دعوى القضاء الكامل، د.م. ج، الجزائر، 1994.
 11. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، ط 1998، د.م. ج، الجزائر، 1998.
 12. عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، ط 1999، دار هومة الجزائر، 1999.
 13. عوابدي عمار: نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر 2005.
 14. قصير مزياني فريدة، مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قربي، باتنة، 2001.
- المذكرات والرسائل الجامعية:
15. بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

16. بورايو محمد، السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة والثنائية، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.
17. بن مالك بشير، الإختصاص التنظيمي للسلطة التنفيذية في الجزائر على ضوء دستور 1996، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1999.
18. قارش أحمد، عملية الرقابة الدستورية على السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2002.
19. لوثن دلال، الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011.

المقالات:

20. بوسطلة شهرزاد، مدور جميلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري. مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع الجزائري، العدد 04، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2008.
21. بلحاج نسيم، العلاقة بين النصوص التشريعية والتنظيمية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 19، مجلس الأمة، مارس 2008، الجزائر، 2008.
22. بوحميدة عطاء الله، الرقابة الدستورية للنصوص القانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.
23. شمس مرغي علي، القرارات الإدارية التنظيمية في دولة الإمارات المتحدة، مجلة العلوم الإدارية، العدد 02، مصر، 1986.
24. عباس عمار، دور المجلس الدستوري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01، الجزائر، 2013.

الرقابة على القرارات التنظيمية في ظل القانون الجزائري.

الأستاذ: منير عمارة - جامعة تلمسان

25. نبالي فظة ، المجلس الدستوري و تدرج القواعد القانونية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، العدد 03 ، كلية الحقوق، 2012 .

النصوص القانونية:

26. دستور 1996 المعدل و المتمم في 2016.

27. القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله .المعدل و المتمم .

28. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 الصادر في 25 فيفري 2008 .

29. النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، الصادر في 11 ماي 2016.

باللغة الأجنبية :

Ouvrages générale :

30. De laubadaire .Gaudemet (Y). : « traite de droit administratif» 16 émeédition, L.G.D.J. Paris. , France, 2001.
31. R.Chapus :« droit administratif»Montchrestien, France, 1987.
32. H. Portelli : « droit constitutionnel», 7 émeédition,Dalloz, France, 2007.

Textes juridiques :

33. constitution de la républiquefrançaise de 1958.

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهواوي - المركز الجامعي آفلو

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان

الأستاذة : سمية بلهواوي - المركز الجامعي آفلو.

تاريخ الإستلام : 15 ماي 2018 تاريخ القبول للنشر : 30 جوان 2018

ملخص :

يعد الاعتراف بالحقوق الاساسية و الحريات الفردية النواة الاولى للحركة الدستورية و حجر الاساس للنظرية الدستورية إذ ان الحقوق المعترف بها تشكل قيد على السلطة كما ان هذه الاخيرة لم تأتي إلا من أجل حماية و ضمان التمتع بالحقوق و الحريات بالعموم ، كما أن النصوص القانونية تستمد قوتها من مصدرها الأعلى المتمثل في الدستور إذ أن الشرعية الدستورية هي الضمانة العليا على سلطات الدولة و فيها تتأكد سيادة القانون عليها ، و بذلك يعد دور السلطة التشريعية في سن القوانين أداة مباشرة لتفعيل و تكريس الإقرار الدستوري للحقوق في إطار الشرعية الدستورية ، كما تشكل الرقابة على دستورية القوانين آلية رقابة على مدى تكريس السلطة التشريعية للشرعية الدستورية .

فالاعتراف الدستوري بالحق ببيئة سليمة كحق أساسي في الدستور الجزائري قد يتوفر على حماية دستورية في مواجهة سلطة التشريع ، فهذه الاخيرة تستمد اختصاصاتها و مشروعية أعمالها من الدستور إذ يوجب عليها اتخاذ تدابير تشريعية لازمة لتعزيز و حماية الحق و انفاذه و ذلك بتعديل و وضع قواعد جديدة هذا من ناحية و من ناحية اخرى يلزمها بعدم اصدار تشريع يخالف مقتضيات الدستورية مما يضمن معه عدم التراجع القانوني .

الكلمات المفتاحية : الحق ببيئة سليمة ، الرقابة دستورية القوانين ، الإغفال التشريعي ، عدم التراجع القانوني ، التزام بالتشريع

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو

Summary :

The recognition of fundamental rights and individual freedoms is the first nucleus of the constitutional movement and the cornerstone of the constitutional theory. The recognized rights constitute a restriction on power. The latter only comes to protect and guarantee the enjoyment of rights and freedoms in general. The supreme source of the constitution is that the constitutional legitimacy is the supreme guarantee of the state authorities and the rule of law is guaranteed. Thus, the role of the legislative authority in enacting laws is a direct tool for activating and enshrining the constitutional recognition of rights within the framework of constitutional legitimacy. Control over the constitutionality of laws The mechanism of control over the devolution of the legislative power to constitutional legitimacy.

The constitutional recognition of the right to a sound environment as a basic right in the Algerian constitution may have constitutional protection against the power of legislation. The latter derives its powers and legitimacy from the Constitution. It must take the necessary legislative measures to promote, protect and enforce the right. On the one hand, and on the other hand, it is obliged not to issue legislation that contravenes the constitutional requirements, thereby guaranteeing no legal retreat.

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

مقدمة

تعتبر البيئة المجال الحيوي الذي يوجد فيه الانسان و الكائنات الحية و العنصر الاساسي لحياته و ذلك لما لعناصرها من تكامل و توازن ، فالبيئة وجدها الانسان متوازنة و مهيئة بما يصلح لعيشه الا ان الانسان نتيجة لافعاله و تطلعاته خاصة مع ظهور حركة التصنيع و استعمال الطاقة الاحفورية الحق اضرار جمة بالعناصر الاساسية للبيئة و توازنها الايكولوجي كتلوث الهواء الذي ادى الى الاحتباس الحراري و استنفاد طبقة الازون و تغير المناخ و تلوث الماء الذي اثر على التنوع البيولوجي للكائنات الحية و ما انعكس على الحياة الصحية للانسان و الكائنات و من ثمة على العيش في بيئة سليمة و تلوث التربة الذي اثر على سلامة الغذاء و سلامة صحة الانسان حتى على التنمية الاقتصادية المستدامة .

منذ بداية الفترة التي يمكن تسميتها بالعصر الايكولوجي مع بداية ستينات القرن العشرين و بعد تراكمات أضرت بالبيئة أصبحت المشاكل البيئية محل اهتمام دولي إذ تتطلب تدخل و إجراء دراسات تهدف لحماية البيئة خاصة مع استنزاف مواردها و الحد من المشاكل البيئية ، اذ تمت صياغة المعايير القانونية الدولية للبيئة بدءا من تصريحات رسمية الى ان تحولت الى قواعد الزامية أوجدت فرع جديد للقانون الدولي يعرف بالقانون البيئي اذ يعترف للإنسان بالحق في بيئة نظيفة كحق أساسي اسوة بحق الفرد في الحياة و سلامة بدنه ؛ حيث ان الدول أبرمت العديد من الاتفاقيات و سنت العديد من التشريعات لتتوافق مع المقتضيات الدولية فوضعت اليات قانونية لحماية البيئة منها الوقائية و منها الردعية ، اذا كان من السهل اعتبار الحق ببيئة سليمة من حقوق الجيل الثالث و حتى اعتبر كحق يجب صيانتة للأجيال القادمة على المستوى الدولي فإن الامر ليس باليسر على المستوى الداخلي حيث ان الدول اختلفت مواقفها الدستورية من هذا الحق فمن الدول من قامت بالنص في دستورها على هذا الحق بصراحة و حددت ضماناته ، و منها من اشارت اليه و احوالت

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو

للقانون تنظيمه ، و منها من ادراجها على انها واجب يقع على عاتق الدولة و الافراد و منها من اعتبرته كمبدأ توجيهي في وضع التشريعات و السياسات العامة ، ومنها من لم تشر اليه .
الجزائر كغيرها من الدول عملت على سن قانون يتعلق بحماية البيئة رقم 03/83 و مجموعة من القوانين ذات العلاقة ، الا ان قانون 01/03 المتعلق بحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة وضع احكام تهدف الى مكافحة المشاكل التي تعترى البيئة بكافة صورها و ترتيب جزاءات ادارية و جنائية و مدنية على مخالفتها ، و مع تعديل الدستور ل2016 و نظرا لاتساع حركة دسترة الحق على مستوى العالم و الدول المغاربية و لإحداث توافق مع القانون الدولي ، كما انه عملت على رفع من مستوى الحماية من تشريعية الى دستورية ، و نظر لما لهذا التكريس من أهمية و اثار خاصة على مستوى انفاذه من قبل السلطات العامة في الدولة سواء كانت تنفيذية او قضائية او تشريعية حتى و ان كان إطار الحق و مداه من حيث الاتساع و الضيق يتاثر بحسب الرؤية السياسية للسلطة تجاه هذا الحق .

من هنا تأتي أهمية هذا البحث بوصفه محاولة و ان كانت قاصرة لتحليل النصوص الدستورية الناظمة للحق ببيئة سليمة ، و لبيان أهمية و اثر دسترة الحق على الإطار التشريعي البيئي .
نظرا لما لمبدأ سيادة القانون من اثر في تفعيل الحق نتساءل عن مظاهر تأثير دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار و التكريس التشريعي لهذا الحق و لإنفاذه ؟ او ما الحماية المباشرة التي يوفرها الدستور للحق ببيئة سليمة في مواجهة السلطة التشريعية ؟.

تتم معالجة هذا الموضوع و للإجابة على السؤال المطروح وفق خطة تتكون من مبحثين إذ أننا نعالج في المبحث الأول مدى ضمان القيام بتشريع إيجابي لإنفاذ الحق الدستوري في بيئة سليمة ، و في المبحث الثاني نتطرق إلى مدى ضمن مبدأ عدم التراجع القانوني للحق الدستوري ببيئة سليمة ؟.
المبحث الأول : مدى ضمان القيام بتشريع إيجابي لإنفاذ الحق الدستوري في بيئة سليمة

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

تدرج معظم الدول في نظمها الدستورية أو التشريعية أحكاما تنص على حق من حقوق الإنسان و المواطن كما أنها تكفلها من الإلغاء بحمايتها دستوريا و إلغاء التشريعات التي لا تتوافق معها ، أو حتى ضمان حد ادني من الحماية بضمن عدم التراجع القانوني التشريعي ، و لمعرفة مستوى الحماية الدستورية للحق في أي نظام دستوري فان ذلك يتوقف على مضمون الحق المعترف به أولا و ثانيا موضع هذا الحق في البنية الدستورية ، و تؤثر سياسة و أولويات الدولة بشكل كبير على درجة الحماية و مستواها خاصة مع الحق ببيئة سليمة كحق من حقوق الجيل الثالث إذ ان بعض البلدان يدرج الحق في شكل مبادئ توجيهية الغرض منها توجيه السياسات الحكومية و هذه المبادئ لا تقر بحقوق فردية مشمولة بالنفاد ، إذ لا يمكن الاحتجاج بها أمام المحاكم إلا على سبيل التفسير الموجه للتشريعات . و الحق ببيئة سليمة من الحقوق التي لا يكتفي فيها بالامتناع عن اتخاذ تدبير تعيق ممارسة الحق كالحقوق السياسية و المدنية بل تتطلب و تفرض التزام ايجابي تشريعي لأعمال الحق خاصة أمام التزام دولي و اعتراف دستوري .

و يتم معالجته من خلال المطلبين الآتيين المطلب الأول يدرس مسألة ضعف التمثيل و الأداء البرلماني في التشريع أمام حق غير قابل للإنفاذ المباشر أما المطلب الثاني يدرس محدودية الرقابة على الامتناع التشريعي.

المطلب الأول : ضعف التمثيل و الأداء البرلماني في التشريع أمام حق أساسي تضامني.

يأخذ التشريع مكان الصدارة في معظم القوانين الحديثة من بين مصادر القانون الأخرى و ذلك لما يميزه على غيره من المصادر ، كما أن ما يساعد التشريع على احتلال هذا المركز هو تركيز السلطة التشريعية في يد الدولة التي تتدخل في تنظيم العلاقات و الروابط بين أفراد المجتمع ، فالتشريع كمصدر رسمي للقانون هو وضع قواعد قانونية و نصوص مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك كما يراد به القواعد التشريعية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر ما¹ ، و يمارس السلطة التشريعية

(¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية ج1 ، دار هومة ، ط20، الجزائر ، 2014 ، ص 131 و 132 و 129

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

في النظام الدستوري الجزائري برلمان يتكون من غرفتين ، إذ يعد صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع و يقوم بإعداد القانون و التصويت عليه²، كما لا يخفى أن البرلمان الجزائري سن مجموعة من القوانين المتعلقة بحماية البيئة نظرا لما تفرضه الاتفاقيات الدولية و ما أنتجه الوضع العام الدولي لحماية البيئة قبل دسترة الحق ببيئة سليمة .

أما أمام دسترة الحق ببيئة سليمة و أمام واجب الدولة بسلطاتها العامة القضائية من خلال الأحكام القضائية و التنفيذية من خلال السياسات العامة و التشريعية من خلال سن النصوص القانونية بإنفاذ الحق و حمايته من التعدي و الانتهاك و أن كان حديث النشأة و غير محدد بالعموم فان ما يمكن إثارته و استنتاجه³ . إن دور البرلمان التشريعي يشكل دورا مهما في تعزيز و حماية هذا الحق خاصة بعد دسترته و ذلك احتراماً لمبدأ سيادة القانون خاصة إذا كانت الدولة تعتبره حقا قابلا للإنفاذ بواسطة النصوص القانونية للتمكين منه أمام القضاء مما يوجب عليها التدخل لحماية الموضوعات الدستورية المتعلقة به التي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق إلا بها ، و قد يقل هذا الدور اذا كانت الدولة تولي اهتمام لهذا الحق و تعتبره حقا دستوريا قابلا للإنفاذ المباشر.

إذ أن سيادة القانون تنبع من الناحية الشكلية من السلطة المختصة به فقد تتمثل في السلطة التأسيسية المختصة به كما تنبع من السلطة التشريعية التي تلتزم بالدستور فيما يصدر من تشريعات يختص بسنها ، أما من الناحية الموضوعية فسيادة القانون توجب الزام المخاطبين بأحكامه سواء كانت سلطات الدولة أو افردها بالخضوع له ، كما تستلزم كفالة القانون في مضمونه و احترام الحقوق و الحريات العامة⁴ ، فالمادة 38 من الدستور تنص على " إن الحريات الأساسية و حقوق الإنسان

² مادة 112 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 16-01 الصادر في 06 مارس سنة 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة ب 07 مارس 2016 المتضمنة التعديل الدستوري

³ تعتبر الحقوق البيئية من بين حقوق الجيل الثالث اخر ما انضم الى حقوق الإنسان اذ لم يتضمنه الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948

⁴ محمد عطية محمد فودة ، الحماية الدستورية لحقوق الانسان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 98

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

و المواطن مضمونة " إلى جانب وجود نص دستوري يكرس الحق ببيئة سليمة يعكس اهتمام الدولة بهذا الحق و حرصها على ضمانه و توفير الحماية المطلوبة لهذا الحق⁵ .

إن كان يتحلى للفرد من خلال هذه الدسترة مدى قبول الدولة للحق بشكل صريح و ضمني و رسمي و اسمي فإنها تحقق أثر آخر يتمثل في الموازنة بين الحق ببيئة سليمة و بين الحقوق و الحريات المنصوص عليها في الدستور الحقوق الدستورية بحيث مع هذه الدسترة لا تتفوق أحد الحقوق على غيرها من الحقوق و الحريات الدستورية الأخرى , ففي حال تم تنظيم المسائل المتعلقة بهذه الحقوق يجب على المشرع أن يسعى إلى أحداث توافق بين هذه الحقوق بإعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع في مجال حقوق الأشخاص و واجباتهم طبقا للمادة 14 من الدستور⁶ ، فالتنمية الاقتصادية لا تتحقق و لا تكون في إطارها الدستوري إلا إذا كانت تنمية مستدامة أي في إطار حماية البيئة و هذا ما ينص عليه الدستور الجزائري , و كذلك بين الحق في الملكية و الحق في البيئة فحماية الحق في الملكية لا يكون و لا يتحقق إلا في إطار حماية البيئة إذ ان الحق أو حماية البيئة تشكل قيد على الحقوق الأخرى , و المشرع يمكنه التدخل بالتشريع الإيجابي و يوزن بين ممارسة هذه الحقوق بما يحقق انسجام و تنسيق ، و كفل الدستور مدى توفيق السلطة التشريعية في إحقاق هذا التوازن بضمان الرقابة الدستورية إذ يمكن للمجلس الدستوري أن يتدخل لإحقاق التوازن بين الحقوق الدستورية في حال إخفاق و تجاوز البرلمان للدستور و مبادئه العامة .

من ناحية أخرى فإن المغزى بالعموم من النص الدستوري على الحق ببيئة سليمة يهدف إلى إثبات وجوده للفرد و حتى يتمكن الأفراد و أصحاب الحق من المطالبة بحقوقهم البيئية في حال الإعتداء و الانتهاك عليها سواء كان ذلك من قبل الأفراد أو السلطات العامة فإن هذا يتوقف على جودة النص الدستوري الذي يعترف بالحق , و أمام غياب النص الدستوري الواضح الذي يمكن من إنفاذ

⁵ المادة 68 من دستور 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16

⁶ المادة 140 مطة 01 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة: سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

الحق خاصة أما ما يتطلبه مبدأ سيادة القانون و إحترامه و مبدأ الشرعية و كانت سياسة الدولة تتجه الى إعتبره حق غير قابل للإنفاذ المباشر هو ما يستوجب و يفترض تدخل السلطة التشريعية لتعزيز و حماية الحق على مستوى إنفاذه و أن يكون مكفولا بالرقابة القضائية يباشرها قضاء مستقل سواء من قبل القضاء الإداري أو العادي أو الجزائي ذلك على اعتبار أن السلطة العامة هي التي تقوم بالأدوار الرئيسية في مجال كفالة الحقوق و حمايتها مخاطبة الأفراد في مجال الوجبات فالدولة القانونية التي تقوم على سيادة القانون هي الدولة التي تقبل أن يعمل بواسطة القانون و أن يحكمها القانون قانون يوفر للأفراد حقوقهم و حرياتهم موضوعيا و إجرائيا ⁷.

قد أدى تميز الحق ببيئة سليمة ببعض الخصوصية و الصعوبة التي قد تعترى إنفاذه إلى الحكم على انه حق إجرائي يطغى عليه الطابع الإجرائي أكثر منه حق موضوعي و تحق المطالبة به مباشرة و بصفة مستقلة مما اثر على التكريس المعياري الدستوري للحق ، أو حق ضبطي تتحقق حمايته بشكل أفضل عن طريق آليات الضبط القضائي أو الإداري إذ أن السلطة التنفيذية تتخذ العديد من الإجراءات لحماية البيئة وفقا لما يقتضيه النظام العام أو وفقا للاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية كمبدأ الوقاية و الحيلة و مبدأ الملوث الدافع و دراسة التأثير و المكافأة و حضر الأنشطة المضرة بالبيئة و غيرها من المبادئ الآليات التي تتعلق بحماية البيئة ⁸ ، الا ان ذلك لا يعني التغاضي عن وضع إطار قانوني يضبط انفاذ الحق ببيئة سليمة و مباشرته من قبل الأفراد خاصة قبل الأضرار الايكولوجية الخالصة ؛ اذ ان وضع أحكام تساعد على إنفاذ الحق تحقق مبدأ الامن القانوني و القضائي , فتنظيم ممارسة هذا الحق تحقق هدف دستوري و يجعلها أكثر فعالية و اتفقا مع القواعد الدستورية بما يحقق الصالح العام

⁷ محمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، 2000 ، ص22
⁸ وليد محمد الشناوي ، الحماية الدستورية للحقوق البيئية ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ط1 ، 2013 ، ص15 بعض من الفقهاء يتساءلون حول مدى اعتبار البيئة وصلاحيتها لأن تكون محلا لحقوق الإنسان اذ ان التشريعات الوضعية تعتبر العناصر الطبيعية من ماء وهواء وضوء و بحر ومياه تعتبرها أموال مشتركة لا تصلح لأن تكون محلا لحقوق شخصية في حين ان هناك فريق آخر من الفقه يرى أن الحق في البيئة يدخل في نطاق الحقوق التي يحتج بها من قبل الكافة ، وهو حق فردي وجماعي في وقت واحد أي حق مركب ، والاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية تنص على هذه المبادئ .

أثر دسترة الحق البيئي سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

إذ ان المشرع مناط به دور مهم هو تكريس ممارسة الحق البيئي بما يضمن أثره الكامل و بما لا يفرغه و يتناقض مع محتواه كحق دستوري .

إذا كان يعول على السلطة التشريعية القيام بهذا الدور إلا أننا نجد أن السلطة التنفيذية تكاد تحتكر وظيفة التشريع و وضع القواعد القانونية فالإدارة هي التي تبادر بالقوانين في أغلب الحالات و هي التي تشرف على مناقشتها في مختلف المراحل التي يمر بها كما تتولى مهمة تنفيذها و تجسيدها في الميدان و تفصيل النصوص القانونية عن طريق المراسيم التنفيذية .

يلعب الجهاز التنفيذي على رأسه مؤسسة رئاسة الدولة الدور الفعال و الأساسي إذ لا تصدر أية نصوص قانونية دون موفقتها فتتولى الجهاز التنفيذي برجة هذه النصوص وفقا لأولويات البرنامج الحكومي الرئاسي بجوانبه المختلفة الإيديولوجية منها الاقتصادية و الاجتماعية و غيرها كما تقوم بتغيير المنظومة القانونية الموجودة وفقا للتوجهات الجديدة ، فدور البرلمان يبرز في حماية الحقوق و الحريات الأساسية من خلال سلطة المصادقة على مشاريع القوانين أو رفضها⁹.

بهذا فالعملية التشريعية تشارك فيها جهات سياسية بحيث تتداخل فيها المستويات السياسية و القانونية فرغم ان الوضعية التشريعية ترجع بالأساس للبرلمان الا ان السلطة التنفيذية تساهم في العمل التشريعي ; كما أن دور البرلمان يظهر من خلال دور اللجان البرلمانية كمفاوض بين السلطتين حول السياسات العامة التشريعية إذ تعد عاملا للتوافق السياسي و لها دور كبير في نجاح و تفعيل دور البرلمان¹⁰ .

احتكار السلطة التنفيذية للتشريع بين إلا أن سبب ذلك يعود في جوانب منه إلى ضعف التمثيل البرلماني و أداء المعارضة الذي اثر على فاعلية دوره التمثيلي و التشريعي لان الدستور منح لكل سلطة وسائل للتأثير و بالتوازي في الاختصاص التشريعي، إذ ان المبادرة بالتشريع متاحة من قبل

⁹ كايس شريف ، ظاهرة عدم فعالية القواعد القانونية في القانون الوضعي الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2000، ص11

¹⁰ شلغوم نعيم، اليات تدخل البرلمان في مجال السياسة العامة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة جيجل ، 2011 ص

أثر دسترة الحق البيئي سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

السلطتين- باستثناء المبادرة في المجال المالي - إلا أنها وقعا متوقعة على تدخل السلطة التشريعية بالمصادقة و توفر الأغلبية البرلمانية التي تتشكل عادة من أحزاب أو كتلتات موالية للحكومة و يمكن تجاوز مصادقة الأغلبية البرلمانية بإخطار المجلس الدستوري في حالة خرق الدستور إذ ان توسيع حق الإخطار لإثارة الرقابة الدستورية يحقق التوازن بين السلطات ، كما ان طلب قراءة ثانية من قبل رئيس الجمهورية أو ما يطلق عليه حق الاعتراض التوقيفي يمكن تجاوزه بتوفر أغلبية الثلثين¹¹ ، فمن المفترض أن السلطة التأسيسية كانت لها ثقة في القانون لينظم الحقوق و الحريات العامة بواسطة ممثله في مجلس النواب فالقانون يعبر عن هذه الإرادة الشعبية و البرلمان كممثل للشعب لا يمكنه النيل من حرية و حقوق من يمثلهم سواء من خلال ادواره التشريعية مبادرة مصادقة مناقشة و تعديل و اعادة مصادقة .

كما ان كان نقص الديمقراطية التمثيلية يؤدي الى ضعف السلطة التشريعية و تخليها عن وظيفتها و انتقالها عمليا إلى السلطة التنفيذية فإنه يؤدي كذلك إلى ضعف السلطة القضائية في مواجهة السلطة التنفيذية إذ بإمكانها المبادرة بمشاريع قوانين تنظم ممارسة وظيفة القضاء ، أو تحدد طرق ممارسة الحقوق و الحريات المكفولة دستوريا بحيث تحتوي على نصوص تصادر المبادئ الدستورية الهامة¹² التي يكفلها الدستور في هذا الاطار، الا ان إثارة و تحريك الرقابة الدستورية عن طريق الإخطار من قبل المعارضة و الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الأفراد¹³ يعد آلية هامة لمواجهة هذا الضعف مع ضرورة توفر ضمانات حياد و استقلالية المجلس الدستوري كما ان القوانين التي تنظم السلطة القضائية تصدر بموجب قوانين عضوية¹⁴ .

¹¹ 144 و 145 دستور اما في حالة ما تجاؤ رئيس الجمهورية مدة 30 يوم و لم يصدر القانون في مدة 30 يوم هذا ما من شأنه ان يحدث فراغ تشريعي و من المفروض ان لا يحدث فالمواصفات التشريعية لا تكون في مرحلة الاصدار ، اذ انه من الوجب على رئيس الجمهورية اما ان يعيد عرض القانون على البرلمان أو يعرضه للرقابة على المجلس الدستوري ليقدم رايه في القانون .

¹² مسراتي سليمة ، اسقلالية السلطة القضائية كاهم ضمان للحق في التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي (دستور الجزائر 1996 نموذجاً) ، العدد 9 ، بسكرة ، ص 92

¹³ مواد 188 و 187 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16

¹⁴ المادة 141 و 186 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو

المطلب الثاني : محدودية الرقابة على الامتناع التشريعي .

بالرجوع إلى الدستور الجزائري في بابه الاول الفصل الرابع المعنون بالحقوق و الحريات في مادته 68 يعترف للمواطن بالحق بيئية سليمة ثم تنص الفقرة الثانية على ان الدولة تعمل على حفظ البيئة أما الفقرة الثالثة القانون يحدد واجبات الأشخاص الطبيعية و المعنوية لحماية البيئة , فالاعتراف الدستوري بهذا الحق يشكل سياج يحاط به و يغطي بعض الثغرات الموجودة في التشريعات البيئية أو ذات العلاقة خاصة إذا كانت السياسة العامة في الدولة تتجه نحو إنفاذ هذا الحق امام الجهات القضائية و أن صفة المواطن تكفي لرفع الدعوى البيئية، و ذلك بالاعتماد على التفسير الموسع للحق من حيث المصلحة في الدعوى البيئية؛ ضف إلى ذلك ان المادة 39 من الدستور تنص "على أن الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان و عن حرياته الفردية و الجماعية مضمون"، إلا أن ذلك لا يعني ترك المجال مفتوح لأن ذلك من شأنه أن يفرغ الحق من مضمونه كما ينقص من فعالية النص الدستوري بل يستلزم الأمر إعطاء مضمون لضمان و حماية الحق على المستوى القضائي و التمكين القضائي للمطالبة بالحق في حالة الانتهاك و التعدي عليه و ذلك من خلال وضع النصوص القانونية و وفقا لخصوصية هذا الحق و تحقيقا لمبدأ الانفراد التشريعي بحيث يجب على السلطة التشريعية أن لا تترك من خلال امتناعها عن التشريع المجال للسلطات أخرى لتملأ هذا الفراغ و حتى لا تتخلف عن اداء واجب دستوري يقع عليها و لا تجعل من الاعتراف وسيلة لتغطية التماطل التشريعي فالاعتراف الموضوعي بهذا الحق يتطلب اعتراف إجرائي للتمكين منه أمام القضاء.

ان الدساتير و المواثيق السياسية تكتفي بوضع الاطار العام للحقوق و الحريات بحيث تقرها و تنص على ضمانها و حمايتها, اذ لا يمكنها التفصيل في كيفية تجسيدها و الآليات التي تتحقق بها اذ ان النصوص التشريعية و حتى التنظيمية تأتي لوضع هذه التفاصيل و تحديد الشروط التنظيمية

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

لممارستها¹⁵ , فالتأكيد النظري الدستوري للحق مهم و لكن لا بد من وسيلة قانونية عملية تضمن اثر سموه متمثلة في التشريع .

كما ان المشرع له سلطة تقديرية في تعزيز التشريع المتعلق بهذا الحق و زمان ذلك اذ هو اثر متوقع و لا يمكن للمجلس الدستوري الرقابة على مدى ملائمة التشريع زمانيا، فالالتزام بالتشريع الايجابي من قبل البرلمان لكفالة ممارسة الحق البيئي من الناحية الإجرائية و الموضوعية اثر مستحسن و متوقع و ليس عيبا دستوريا إذ أن المجلس الدستوري لا يتدخل لمراقبة الإغفال الكلي في حالة امتناع البرلمان عن سن قانون يتعلق بالحق .

إن كانت الفقرة 02 تنص على التزام دستوري يقع على عاتق الدولة بحماية البيئة و الفقرة 03 من نفس المادة على ان هناك وجبات ملقاة على عاتق الأشخاص الطبيعية و المعنوية لحماية البيئة و من ثم الحق بالبيئة السليمة يتكفل القانون بتحديدتها فيمكن القول انها تشير إلى التقاسم و التشارك في المسؤولية و الوجبات تجاه البيئة مما يعني دمج و جعل احترام و حماية البيئة كأحد عناصر الحق أي أن البيئة توجب على الإنسان حمايتها بصورته المنظمة كالدولة و غيرها من الأشخاص المعنوية أو بصفته الطبيعية¹⁶.

بالرجوع إلى الفقرة 01 من المادة 68 انه تم الاعتراف بهذا الحق في إطار مركزية بشرية لكن بموازاتها مع الفقرتين 2 و 3 يمكن القول ان واضعي الدستور أخذوا بمركزية ايكولوجية غير مباشرة إذ أن واجب الإنسان تجاه البيئة يشكل حقا بالنسبة لها و يمثلها الانسان في الدفاع عن هذا الحق والامتناع عن الحاق الاضرار بالبيئة , و إن كان فقهاء القانون يرون أن الانسان هو صاحب الحق الا ان ما يمكن قوله انها صاحبة حق من حيث أنه واجب يقع على الإنسان بحفظها أي أداء واجب الحفظ و الصيانة تجاه البيئة فواجباتنا تجاه الآخرين تشكل حقوقا بالنسبة لهم ، فالمشرع الدستوري اخذ بالمركزية الايكولوجية غير المباشرة إلى جانب المركزية البشرية من حيث ان كل حق يقابله واجب فحقنا

¹⁵ كايس شريف ، المرجع السابق ، ص11

¹⁶ المادة السابقة 68 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهواربي - المركز الجامعي آفلو

في العيش في البيئة السليمة يقابله واجب حمايتها و حفظ توازنها، بحيث ان الإنسان مؤمن على حفظ البيئة ، إذ ان علاقة الانسان بالبيئة بأبعادها المختلفة تشكل علاقة تزاوج و هذه العلاقة تحتاج إلى قواعد منظمة يأتي و اجب الانسان بحماية البيئة في مقدمة هذه العلاقة و يعد التشريع اداة مهمة لضبط سلوك الانسان تجاه البيئة إلى جانب التوعية و التربية , و ان كانت مواقف الدول تختلف بهذا الشأن و مداه ، كما يمكن من خلال هذا اعتبار الحق بالبيئة كحق اساسي حقا دائنيا تجاه السلطات و الغير بحيث يوجب على هؤلاء القيام بأعمال من اجل حماية البيئة ، و بالتالي يتطلب تدخل ايجابي من قبل الدولة كوسيلة لإخراج المكاسب الحقوقية إلى الواقع العملي و إرفاق الالتزامات المفروضة من اجل حماية البيئة بجزاءات توقع على من يخالفها أو بمنح مكفآت و فرض جبايات بيئية ما يستتج من صياغة الفقرتين ان الفقرة الاولى ترسي مبدأ عام و يمكن القول انه يتطلب بطبيعته ضرورة وضعه موضع التنفيذ على الرغم من عدم التزام المشرع صراحة بذلك في هذه الفقرة من هذا النص , ذلك ان عدم قابلية القاعدة الدستورية للتطبيق بذاتها و عدم التزام المشرع بإنفاذها يشكل مخالفة دستورية في شكل امتناع تشريعي، ذلك ان الدستور الجزائري لم يميز بين الحقوق القابلة للانفاذ المباشر و الغير قابلة لذلك و هذا ما يجعل الممارسات القضائية اما ان تتقيد أو تتوسع في انفاذ الحق الذي يشوبه اغفال تشريعي اما الفقرة الثانية تفرض على المشرع و بصورة واضحة التدخل بالتشريع لتحديد الالتزامات الواقعة على الاشخاص القانونية ، كما تفرض على الدولة حفظ البيئة وذلك لن يتأتى من الفراغ بل لا بد من تنظيم هذه المسائل بموجب نصوص قانونية ، وهو ما يشكل اغفال تشريعي في حالة امتناع المشرع عن تنظيم هذه المسائل .

إلا أن المشرع قد يمتنع عن ممارسة إختصاصه التشريعي و عدم الامتثال إلى التوجهات التي ينص عليها الدستور، و للاشارة قد تتنوع صور هذا الامتناع و المصطلحات التي تطلق عليه فقد يطلق عليه عدم الاختصاص السلبي و الذي يشمل الاغفال التشريعي الذي قد يكون لصالح القضاء في الحالة القصوى للاغفال سواء كان كلي أو جزئي و كذا الاغفال التشريعي لصالح السلطة التنفيذية ، و قد

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة: سميرة بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

يجوي الامتناع التشريعي المعنى الضيق لعدم الاختصاص السلبي الذي يرادف الاغفال التشريعي لصالح السلطة التنفيذية دون سند دستوري عند البعض ، كما تعددت تعريفات الفقه القانوني له إلا انه يجوي نفس الفكرة فقد عرف على انه " وجود فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستوريا " وعرف على انه " الفجوة التشريعية الناجمة عن عدم الامتثال المشرع لإلتزام دستوري صريح يلزمه التدخل لجعل القواعد الدستورية فعالة " عدم وجود قاعدة محددة لقضية معينة تحتاج إلى تنظيم نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الايجابي المفروض من قبل سلطة منح الدستور على المشرع بما ينجم عنه إغفال غير دستوري " ¹⁷ .

فحالات الامتناع التشريعي تكون نتيجة اغفال السلطة التشريعية و سكوتها و ذلك بوجود فراغ تشريعي بعدم وجود تشريعات ترسي مقتضيات الحق البيئي و انفاذه او وجود تشريعات يشوبها نقص خاصة بعد دسترته احتراماً لمبدأ سمو الدستور مما يلزم المشرع بموجبه بوضع و تعديل التشريعات التي صدرت قبل نفاذه بشكل يضمن التمتع به كالمصلحة في الدعوى البيئية و المسؤولية البيئية و الاثبات في الدعوى البيئية و كفالة ممارسة الحق عن طريق تنظيم الحقوق الاجرائية بشكل لا يعيق حماية الحق و لمزيد من تقرير الضمانات و كذا التوفيق بين النص الاعلى و الادنى أو في حالة وجود تعارض بين فكرتين أو حقيقتين كإغفال بعض الجوانب المتعلقة باليقين القانوني في التجريم حالة تجريم فعل يشكل تعدياً على الحق في البيئة و هذا ما يؤدي إلى تعطيل النص المحرم ، كما ان الدستور قد يقيد الحقوق بضوابط معينة تحد من اطلاقها و ترسم حدود لممارستها لا يجوز تعديها أو تخطيها كالحق في الملكية و الحق في التنمية الاقتصادية الذي يجب ان يكون في اطار حماية البيئة و تنظيم مسائلها بما لا يمس بالحق ببيئة سليمة من ناحية ، كما ان الامتناع التشريعي قد يتجسد في حالة تخلي البرلمان عن اختصاصه التشريعي البيئي للسلطة التنفيذية دون سند دستوري أو عن طريق الاحالات المعيبة للسلطة التنفيذية دون تفصيل يتطلب من السلطة التشريعية .

(17) حيدر محمد حسان ، معالجة إمتناع البرلمان عن ممارسة الاختصاص التشريعي في القانون الوضعي ، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد 4 ، 2015 ، ص 556 .

أثر دسترة الحق البيئي سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

أمام حالات السلوك السلبي للمشرع اختلفت اراء الفقهاء بين مؤيد أو معارض¹⁸ و كذا مواقف الدساتير من مدى الرقابة الدستورية على عدم الاختصاص السلبي في صورة الاغفال التشريعي ، فدستور دولة المجر لم يعالج حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي مباشرة و لكن احواله إلى القوانين المكملة و اعتبرته عيبا دستوريا بحيث يمكن اثارته امام المحكمة من قبل الافراد كما يحق للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها ، كما وسعت من الرقابة على امتناع المشرع و ذلك في حالة عدم وجود التزام دستوري صريح لتدخل البرلمان بالتشريع خاصة اذا كان هذا الامتناع ينقص من ضمانات الحقوق و الحريات أو يعرضها للخطر، كما لا يشترط ان يكون امتناع البرلمان كليا أو جزئي اما الاثر المترتب عن هذه الرقابة لا يقف عند الكشف عن حالة الامتناع التشريعي في ابلاغ السلطة التشريعية بالمخالفة الدستورية و اما الاثر يكون بشكل فعال اذ يمنح للسلطة التشريعية القيام و الوفاء بواجبها الدستوري خلال فترة¹⁹ .

اما دستور البرتغال و البرازيل اخذ بأسلوب الرقابة الضيق اذ لم يتح للمحكمة اثاره هذ الطعن كما ان اثر الرقابة على الامتناع التشريعي يتوقف على كشف الإغفال التشريعي و تبلغ السلطة المختصة بالتشريع بذلك اذ هو اثر ادبي و معنوي و قد يكون سياسي و ليس له اثر فعال ، كما ان رقابة الامتناع لا يمكن حدوثها الا في حالة التي يلزم الدستور البرلمان بضرورة التدخل لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ كما لا يمكن اثاره هذه الرقابة بمناسبة تخلي البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية لان في هذه الحالة يتم اعمال الرقابة بمناسبة تخلي البرلمان عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية لان في هذه الحالة يتم اعمال الرقابة على اعمال قواعد الاختصاص و التي لا ترد على سلطاتها في هذا الصدد الا بعض القيود و القواعد الموضوعية التي ينص عليها الدستور ، اذ ان رقابة الامتناع التشريعي لا يمكن اثارها لمجرد انتهاك البرلمان لبعض المبادئ العامة التي يحتويها الدستور بعدم

¹⁸ كيلالي زهرة الرحمان ، الاغفال التشريعي و الرقابة الدستورية عليه ، مذكرة ، ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 213/1012 ، ص 135
حيدر محمد حسان ، مرجع سابق ، ص 577 و ص 580 و ص 581¹⁹

أثر دسترة الحق البيئي سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

وضع هذه المبادئ الدستورية موضع التنفيذ²⁰، أما الدساتير التي لم تعالج حالة الامتناع التشريعي والتي تركزت على قاعدة فقهية مفادها " لا شك ان مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة و لكن ليس باللامحدودية فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه البرلمان بالمخالفة لأحكام الدستور لكنها لا تستطيع اقامة ما لم يقيمه البرلمان"²¹.

توجه دستور الجزائر في تنظيمه للرقابة الدستورية صوب هذا الاتجاه بحيث انه جاء خاليا من النص الصريح على الرقابة على الامتناع التشريعي للبرلمان الا ان المجلس الدستوري بسط من رقابته على حالات سكوت المشرع و امتناعه عن مباشرة اختصاصه التشريعي الذي قد يؤدي إلى فراغ تشريعي و انتهاك لقواعد الدستور و ذلك بمناسبة رقابته على التشريعات بحيث تنصب رقابته على ما اغفله المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الدستورية ، فيلجأ إلى تفسير النصوص التشريعية لتوضيح ما يشوبها من نقص و تنبيه السلطة التشريعية ، و يتم ذلك بأسلوب التحفظات البناءة فيعدل بعض أحكام النص التشريعي و يعيد صياغته بصورة تتماشى مع الدستور و ذلك باستبدال الحكم التشريعي أو بإضافة احكام اخرى للنص الاصلي لمواجهة الاغفال التشريعي الناجم عن بطلان التشريع بعد هذه الرقابة²²، و من خلال قرارات المجلس الدستوري يمكن القول انه يراقب الاغفال في مجال جد ضيق و في اطار محدود بمناسبة النظر في دستورية التشريعات ، اما التصدي المباشر من قبل المجلس أو اثارته من قبل جهات الاخطار امام المجلس الدستوري فليس بالمتاح صراحة و ذلك لما السلطة التشريعية من سلطة تقديرية في تعزيز و تعديل التشريع المتعلق بهذا الحق و زمان ذلك اذ هو اثر متوقع و لا يمكن للمجلس الدستوري الرقابة على مدى ملائمة التشريع زمانيا، فالالتزام بالتشريع الايجابي من قبل البرلمان لكفالة و ممارسة الحق البيئي من الناحية الاجرائية و الموضوعية اثر مستحسن و متوقع و ليس عيبا دستوريا مباشرا، و من ناحية اخرى اعتراف المجلس

²⁰ حيدر محمد حسان ، نفس المرجع ، ص 582

²¹ اثار اليه حيدر محمد حسان ، نفس المرجع سابق ، ص 586

²² بالجيلالي خالد ، السلطة تقديرية للمشرع - دراسة مقارنة- ، اطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2016 / 2017 ، ص 302

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

الدستوري الجزائري بترك و احالة السلطة التشريعية لمجال اختصاصها بالتشريع في مواضيع معينة إلى السلطة التنظيمية كوجه من عدم الدستورية بما يعد اخلالاً بمبدأ توزيع الاختصاص بين السلطتين و يلجأ المجلس الدستوري لمواجهة عدم تدخل السلطة التشريعية بتشريع ايجابي لصالح السلطة التنفيذية عن طرق المطابقة بتحفظ لاحترام مقتضيات دستورية تتعلق بالأخص بالحقوق و الحريات الاساسية بشكل يحفظ للبرلمان اختصاصاته و مبدأ تدرج القوانين , و حتى بين مجالات القانون العضوي و العادي بما يحفظ مبدأ تدرج القوانين ، اذ يحث المجلس على ضرورة التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي و يحد من امتداد السلطة التنفيذية له ، أما التخلي الكلي للسلطة التنفيذية من السلطة التشريعية لا يكون الا في حالات التي يحددها الدستور و وفقا للشروط و الاجراءات الدستورية²³.

المبحث الثاني : ضمان مبدأ عدم التراجع القانوني للحق الدستوري بيئية سليمة.

إذا كانت معظم الدول تدرج في نظمها الدستورية أو التشريعية أحكاماً تنص على حق من حقوق الانسان و المواطن و تعترف بها كحقوق فانها تكفلها من الالغاء بحمايتها دستوريا و ذلك بضمان حد ادنى من الحماية و بضمان عدم التراجع القانوني التشريعي الذي قد يلحقها و تحصيلها دستوريا فهذا من شأنه توفير الثبات لتلك النصوص القانونية و صيانة المكتسبات الحقوقية من تعدي السلطات عليها ، و عدم التراجع التشريعي يكون على مستويين على مستوى التشريعات العادية كمطلب اول او على مستوى النصوص الدستورية في حالة التعديل الدستوري كمطلب ثاني ، هذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث عبر مطلبين الاول ضمان عدم التراجع القانوني على مستوى التشريعات البيئية اما الثاني ضمان عدم التراجع القانوني في حالة تعديل الدستور

المطلب الأول : ضمان عدم التراجع القانوني على مستوى التشريعات البيئية .

قد تم وضع مجموعة من القوانين قبل التعديل الدستوري لسنة 2016 تتعلق بحماية البيئة و بالحق بيئية سليمة من حيث التمثيل امام القضاء عن طريق الجمعيات البيئية و غيرها من المسائل المتعلقة

²³ 142 من الدستور و المواد الاخرى ذات العلاقة المنصوص عليها في دستور 1969 المعدل و المتمم بموجب قانون

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة: سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو

بحماية البيئة و الحق ببيئة سليمة و ان كان يشوبها النقص²⁴، الا انه مع التعديل الدستوري 2016 لسنة والنص على الحق ببيئة سليمة كحق اساسي فهذا يعني ان المؤسس الدستوري يهدف إلى حماية هذا الحق حماية دستورية و كذلك عن طريق مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم هذا الحق و تكفل ممارسته ، كما ان الدستور نص على تنظيم الحق ببيئة سليمة عن طريق القانون ، و ان كان المشرع له سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم ذلك ان اعمال الحقوق يأتي على نحو متدرج من اجل المرونة التي يتطلبها اعمال الحق الا ان عليه ان لا ينحرف عن الغرض الذي يهدف اليه الدستور و كفالة هذا الحق في حدوده الموضوعية و ان لا يضع من القواعد ما يتعارض مع الحق في بيئة سليمة أو واجبات حماية البيئة أو ينقص من هذا الحق و كفالاته اجرائيا .

ان كان من المفترض ان كل تشريع يصدر يحمل قرينة الدستورية فإن حدث و انحرف المشرع عند سن القانون المنظم لهذا الحق عن الغاية التي قصدها الدستور فإن مبدأ الرقابة على دستورية القوانين الوسيلة التي يمكن من خلالها انهاء انتهاك المشرع لهذا الحق ، فسمو الدستور على مختلف القواعد القانونية و عدم جواز مخالفة القوانين يؤدي إلى اكتساب الحق ببيئة سليمة مزيد من الوضوح و الثبات المستمر كحق دستوري ، اذ ان النصوص التي تخص الحق ببيئة سليمة تشكل اسس عامة لا يمكن لتشريعات الاقل مرتبة في التدرج التشريعي مخالفتها ، اما التشريعات السابقة على نفاذ الدستور تقتضي تدخل المشرع لتنقيتها مما قد شابها من عدم الدستورية ضماناً لاتفاق هذه القوانين في نسيجها مع الدستور .

و بذلك يعد الجزء الدستوري عاملاً للالتزام بالنص - إلى جانب الاحترام المتولد من الذات و الايمان بهذا الحق - و تعد الية الرقابة الدستورية اكثر فعالية في حال توفر اغلبية برلمانية مستمرة تستطيع الموافقة على القوانين و لو كانت مخالفة للدستور خاصة مع توسيع الية إخطار المجلس

²⁴ قانون رقم 03/83 مؤرخ في 05 جويلية 1983 يتعلق بحماية البيئة، ج.ر.ج، عدد 06 صادر في 8 فيفري 1983 ملغى و قانون رقم 10/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بقانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة .ج.ر.ج، عدد 43 صادر في 20 جويلية 2003

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

الدستوري كحق للمعارضة إذ ان تحريك الرقابة على دستورية التشريعات تكون اما بواسطة ممثلي السلطات العامة كالوزير الاول و رئيس الجمهورية و رئيس المجلس الشعبي الوطني و مجلس الامة و المعارضة خمسين نائبا أو ثلاثين عضو في مجلس الامة بحيث يمكن لهاته الجهات²⁵ ان تخطر المجلس الدستوري بعدم دستورية نص تشريعي منظم للمسائل البيئية أو غيرها و التي قد تمس بجوهرها أو تتعلق بالحق ببيئة سليمة ، و اما تحرك من قبل الافراد عن طريق الية الدفع بعدم دستورية القانون امام القضاء ليرفعه هذا الاخير إلى المجلس الدستوري²⁶ حينما يكون التشريع مخالف و ينتهك لهذا الحق كأن يوافق البرلمان على قوانين تتناقض مع مقتضيات الحق ببيئة سليمة و ترجح الكفة لصالح حقوق اخرى كالتنمية الاقتصادية - خاصة مع اعتبار الدستور الجزائري على ان التنمية لا تكون الا تنمية مستدامة في اطار حماية البيئة و كذلك النص على حماية الاراضي الفلاحية و الموارد المائية للاجيال الحاضرة و القادمة هذا ما يعكس ما لهذه العناصر الطبيعية من أهمية بيئية و دستورية -²⁷ أو بين الحق ببيئة سليمة و الحق في الخصوصية أو غيرها اذ انه يجب عدم المساس بالحق ببيئة سليمة في اطار الوفاء بالالتزامات المتعلقة بالحقوق الاخرى و بذلك يجب على المشرع في حالة وضع و تعديل القوانين المتعلقة بحقوق الانسان بالاساس مراعاة الترابط بين الحقوق و تحقيق التوافق بينها في حالات التعارض بما يحقق مبادئ القانون العامة من حيث اهدافه و غاياته ، كما ان الة الدفع بعدم الدستورية تكفل تنقية القوانين البئية الحالية من عيب عدم الدستورية .

كما ان نص الدستور في المادة التي يعترف فيها بالحق ببيئة سليمة على تكفل القانون بوضع و تحديد التزامات على كاهل الافراد الطبيعية و المعنوية و اعتبر حفظ لبيئة كذلك التزام يقع على كاهل

²⁵ المادة 187 من دستور 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16

²⁶ المادة 188 من دستور 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16، هل من الممكن للجمعيات البيئية ان يقبل منها هذا الدفع الدستوري عن طريق الدعوى الجماعية ممثلة فيها الجمعية لحماية الحق و البيئة كقيمة مستقلة بمناسبة نزاع معين ؟

²⁷ ديباجة دستور 1996 المعدلة بموجب قانون 01/16 " بناء اقتصاد منتج و تنافسي في اطار التنمية المستدامة و حفظ البيئة" المادة 19 من دستور 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16 كما نصت الفقرة الاخرى منها على ان الديباجة جزء لا يتجزأ من هذا الدستور

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو

الدولة اي دور الدولة كضامن للحق ، مما يعني انه في حالة مخالفة التشريع لالتزام دستوري و لواجب دستوري يقع على كاهل الاشخاص الطبيعية و المعنوية و الدولة بحفظ البيئة يكون مشوب بعيب عدم الدستورية²⁸

فاذا كان اعمال الحق ببيئة سليمة على مستوى التشريعي قد يتميز بالتدرج التشريعي في اعماله و ان الرقابة على دستورية الاغفال التشريعي في النظام القانوني الدستوري الجزائري تتسم بالحدودية ، فان ما يمكن احقاقه مع هذه الدسترة و كمكسب حقوقي - حق مكفول دستوريا - هو ضمان مبدأ عدم التراجع القانوني بالنسبة للتشريعات الموجودة فيما ان تعدل و تضيف أحكام بما يتوافق مع الدستور او تبقى إلى حين دون حق الانتقاص أو التقليل من هذا الحق أو النص في تشريعات ما على أحكام تتعارض معه بعكس ما يكون الحق غير مدسّر ، اي عدم جواز تدني المستوى التشريعي القائم لتمتع بالحق كأن يكون تراجع في اهلية التقاضي و التي هي بالاساس يشوبها النقص ، أو الانتقاص من حقوق الجمعيات و ضماناتها في قانون الجمعيات خاصة باعتباره حق جماعي و تتمتع الجمعيات باهلية التقاضي و التمثيل امام القضاء في اطار الحق ببيئة سليمة و هذا ما ينص عليه قانون حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة²⁹ ، اذ ان عدم التراجع القانوني بالنسبة للتشريعات الموجودة يمثل الحد الادنى من التزام الدولة تجاه الحقوق عامة و الحق ببيئة سليمة خاصة لان واجب الدولة بحفظ البيئة يشكل احد عناصر الحق اذ لا يقوم هذا الحق دون حماية فعلية و سياسة تشريعية و مالية جادة .

اذ ان سمو الدستور على مختلف القواعد القانونية وسيلة للدفاع على مبدأ الشرعية الدستورية من جهة و الية دستورية في يد الافراد للدفاع عن حقوقهم و حرياتهم التي يضعها لهم الدستور فالمادة 38 من الدستور تنص على " ان الحريات الاساسية و حقوق الانسان و المواطن مضمونة " اذ يمكنهم من

²⁸ المادة 68 دستور كذلك تفعل رقابة القضاء الاداري في هذا الاطار في حالة مخالفة التنظيمات للتشريعات التي تفرض

وجبات على مرافق الدولة لحماية الحق

²⁹ قانون رقم 10/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بقانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة .ج.ر.ج. عدد

43 ، صادر في 20 جويلية 2003

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهواربي - المركز الجامعي آفلو

خلال هذه الدسترة ضمان عدم تدني التشريعات البيئية و الحد الادنى من التزام الدولة بحماية و اعمال الحق ببيئة سليمة و ذلك بتحريك الرقابة الدستورية و التي يجب ان تكون محاطة بضمانات الاستقلالية و الحياد ، و وفقا للقانون الجزائري لم يتم النص على هذا المبدأ صراحة الا ان المنطق القانوني يملي هذا اذ يقع عليها التزام بالامتناع عن اصدار تشريعات تنقص من ضمانات الحق مقارنة مع تشريع سابق نص عليها بحيث لا يكون التراجع مبرر الا في الاطار الذي يتحقق معه التوافق الظاهري أو الضمني بين الحقوق أو لدواعي حقوقية ، هذا بخلاف بعض التشريعات كالتشريع الارجنطيني الذي ينص صراحة على هذا المبدأ في مادته 28 " لا يجوز تعديل المبادئ و الضمانات و الحقوق المنصوص عليها في المواد السابقة من خلال القوانين التي تنظم أعمال هذه النصوص " ³⁰ ، أي انه لا يجوز عن طريق القانون تغيير المبادئ و الضمانات و الحقوق المعترف بها في المواد السابقة كما انه طبقا للمادة 33 من الدستور يحضر تفسير الحقوق و الضمانات التي ينص عليها الدستور على انها انكار لحقوق لم ينص عليها.

ضف الى ذلك ان دسترة الحق ببيئة سليمة تضمن عدم تراجعه في حالة التشريع و وجود تناقض بينه و بين حق اخر غير مكفول دستوريا اذ تقع المفاضلة بين الحق ببيئة سليمة و بين حق ما ، اذ لا ينبغي التضحية بالحق المكفول دستوريا كحق اساسي ، بعكس ما يكون الحق غير مكفول دستوريا اذ يمكن ان يلحقه التراجع القانوني التشريعي فهذا الحق قبل دسترته كان من الممكن تراجعه تشريعا بمزاحة حقوق اخرى له و التقليل منه من عدة جوانب و ابعاد و مبررات حقوقية .

اذ يعد عدم التراجع القانوني جانبا جديدا يندرج تحت مفهوم معقولية القوانين ، كما تبقى الدولة ملتزمة بضمان و حماية الحق حماية تشريعية بالدرجة الاولى لان عدم اكتمال الحماية أو نقصها تشريعا ، توقع بعبي مسؤولية تفعيل الاليات اللازمة لضمان التمتع بالحق ببيئة سليمة على القضاء ذلك انه يعد الضامن النهائي لحقوق الاشخاص الاساسية المكفولة دستوريا و ان كانت الحقوق

³⁰ دستور دولة الارجننتين لعام 1853 اعيد العمل به عام 1983 بكل تعديلاته الى غاية 1994 الفصل الاول الاعلانات و الحقوق و الضمانات من الجزء الاول كما تنص المادة 41 على الحق ببيئة صحية و متوازنة للسكان ،

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهواوي- المركز الجامعي آفلو

البيئية ذات طبيعة خاصة و تتميز عن غير ها من الحقوق اذ يمكن القضاء التوسع في ضمانات الحق في حالة عدم كفاية القوانين في توفير الحماية " تحمي السلطة القضائية المجتمع و الحريات ، و تضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقهم الاساسية " ³¹ و ذلك عن طريق التفسير الموسع للضمانات الدستورية وفقا للمعايير الدولية باعتبارها حقوق دولية و عالمية ضف انها مكفولة دستوريا إذ ان الدستور نص صراحة على ضرورة تحقيق الحماية الكافية لحقوق الإنسان ، و هذا النص في صلب الدستور يبين ما لهذه الحقوق و الحريات من الأهمية في تحقيق و بناء الدولة القانونية ذلك أنّ مبدأ حماية الحقوق و الحريات يعتبر هو الآخر من المبادئ المعول عليها في بناء دولة القانون ، و من الركائز التي تقوم عليها دولة القانون ، و هذا لا يتحقق إلا في الدولة التي يشكل جهاز القضاء و العدالة فيها هيئة قوية و مستقلة بحيث لا يمكنها ان تضع اعتبارات أو توجهات الهيئات السياسية في اعمالها و أثناء ممارسة وظيفتها ، كما ان القاضي يمكنه تطبيق و الاحتكام إلى المعاهدات الدولية اذ استوفت الشروط اللازمة لنفاذها ³² و بهذا يقع على القضاء ان لا يخالف المبادئ الدستورية المتعلقة بهذا الحق و ضمان مبدأ عدم التراجع القانوني على مستوى الاجتهاد القضائي و انشاء قواعد لا تخالف الدستور و من شأنها ان تفعل القواعد الدستورية .

كما ان مبدأ عدم التراجع القانوني الدستوري يمس و يؤثر على قرارات المجلس الدستوري الصادرة قبل دسترة الحق بدستورية القوانين ذات العلاقة بالحق و ليس من الممكن الاحتجاج بدستوريتها لانها

(32) المبدأ 10 من اعلان ريو منح " فرصة الوصول بفاعلية الى الاجراءات القضائية و الادارية بما في ذلك التعويض و سبل الانصاف ، كما تنص اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار بأن تكفل الدول للأشخاص الطبيعيين و المعنويين اللجوء الى القضاء وفقا لنظمها القانونية ، لغرض ضمان تعويض سريع و كاف فيما يتعلق بجميع الاضرار الناجمة عن تلوث البيئة البحرية " المادة 235 من الاتفاقية

³² (مادة 150 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16، المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 90/359 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990 ، المتعلق بتحديد اختصاصات وزير الخارجية حيث تنص المادة على " : يسعى وزير الخارجية إلى المصادقة على الاتفاقيات و البروتوكولات و اللوائح الدولية التي توقعها الجزائر أو التي تلزم بها كما يسعى إلى نشره ". يأتي هذا العمل في صورة مرسوم أو قانون ، ينص على أن المعاهدة تنتج أثرها الكامل أنها أصبحت نافذة ، حيث نجد المجلس الدستوري السابق لتقرير مبدأ نشر المعاهدات الدولية ، و ذلك في قراره رقم 01 مؤرخ في 20 أوت 1989 المتعلق بدستورية أحكام قانون الانتخابات، فمن بين ما تضمنه هذا القرار ... " أية اتفاقية بعد المصادقة عليها و نشرها تندرج في القانون الوطني و تكتسب سلطة أسمى من القانون"

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهواربي - المركز الجامعي آفلو

تتمتع بقرينة الدستورية ، وأنها محصنة لسبق دستورها إذا كانت تخالف أحكام دستورية جديدة ، إذ أنه يمكن الدفع بعدم دستورتها و حتى أثارته من قبل الجهات المحددة .

المطلب الثاني : مدى ضمان عدم التراجع القانوني في حالة تعديل الدستور .

الدستور هو الأساس الذي يقوم عليه النظام القانوني في الدولة ، فقواعده هي التي تنشئ و تنظم السلطات العامة في الدولة من تشريعية و تنفيذية و قضائية و التي توصف بأنها سلطات منشأة لأنها أنشئت بمقتضى الدستور الذي حدد اختصاصاتها و أوضح كيفية ممارستها لهذه الاختصاصات مقررًا ما لها من امتيازات و ما عليها من واجبات ، كما أنه هو الذي يحدد الحقوق و الحريات التي يتمتع بها مواطنو الدولة و يبين كيفية استخدامها ، محيطة إياها بضمانات و موازنات فعالة تقيها شر الاعتداء عليها من قبل السلطات الحاكمة.

و من ثم فالدستور هو السند الذي أسبغ الشرعية على هذه السلطات ، بحيث لا تستطيع ممارسة أي نشاط إلا بمقتضى الدستور الذي وضع من قبل سلطة أرقى من السلطات المنشأة التي يطلق عليها الفقه الدستوري اسم السلطة التأسيسية الأصلية .

اذ أن سيادة الدستور و سموه لا تنبع من مجرد وجوده و إنما من وجوب تنفيذه و احترام أحكامه و عدم مخالفتها أو الخروج عليها من جانب السلطات العامة فيما تصدره من قوانين و قرارات ، إذ لا معنى لسمو الدستور إذا انتهكت سلطات الدولة حرمة دون جزاء³³ .

كما يتضمن الدستور مجموعة من الضمانات للمحكومين في مواجهة الحاكمين اذ لا يمكن تغييرها او المساس بها حتى يمكن القول معها ان الدستور يشكل ضمانة للمحكومين ، كما يعد مبدأ التعديل الدستوري من المبادئ المقررة في أغلب الدول ذات النظام الدستوري اذ لا بد له من ان يواكب مقتضيات الاصلاح و التطور المستمر ، فطبيعة التطور في الحياة البشرية و ما يصاحبها من ضرورة التغييرات لا يمكن ان يتوافق مع وجود نصوص ثابتة لا يمكن تعديلها ، و لاجل الموافقة بين

³³جميلة الشرجي , دور المحكمة العليا الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين في لجمهورية العربية السورية بين دستوري 1973 و 2012 ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، العدد الثالث ، 213 ، ص 106

أثر دسترة الحق بيئته سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

المتطلبين السابقين تعمل الدساتير على وضع قواعد و اجراءات خاصة لتعديله - السلطة التأسيسية المشتقة - و هم ما يطلق عليه بالدساتير الجامدة اذ ان ضمانات الحقوق و الحريات أكثر جدية في الدستور الجامد منها على الدستور المرن .

يعد الدستور الجزائري دستور جامد بحيث انه يضع مجموعة من الاجراءات الواجب اتباعها في حالة تعديل الدستور ، بحيث انه يوجب التصويت عليه بالنصاب القانوني لتصويت على نص تشريعي مع عرضه على الاستفتاء الشعبي ، في حال كان الاقتراح مقدم من قبل رئيس الجمهورية³⁴ اما في حال ما كان اقتراح تعديل دستور مقدم من قبل البرلمان فيشترط لقبوله ان يقدم المبادرة بتعديل الدستور بأغلبية ثلاثة ارباع الغرفتين مع عرض رئيس الجمهورية اقتراح التعديل على الاستفتاء الشعبي³⁵ بما يعني ان سلطة الاقرار النهائي للتعديل تعود إلى الشعب صاحب السيادة ، كما ان الدستور الجزائري منح لرئيس الجمهورية حق اصدار التعديل الدستوري دون عرضه على الاستفتاء متى تم التصويت عليه بأغلبية ثلاثة ارباع أعضاء البرلمان بشرط عدم مساسه بالحقوق و الحريات الاساسية و التوازنات بين المؤسسات الدستورية اذ ينص على مايلي : " إذا ارتأى المجلس الدستوري مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري و حقوق الإنسان و المواطن و حرياتهما و لا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية و علل رأيه أمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي متى أحرز ثلاثة أرباع من أصوات أعضاء غرفتي البرلمان " بذلك يكون نقل الاقرار النهائي لتعديل الدستور للبرلمان باعتباره ممثل لصاحب السيادة ، و المجلس الدستوري هو الهيئة المكلفة بتقدير مدى مساس التعديل الدستوري بالحقوق و الحريات الاساسية للانسان المكتسبة اذ ان الدستور الجزائري يمنع تعديل مبادئ حقوق الانسان بالانتقاص منها و من معايير ضماناتها

(المادة 208 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16³⁴

(المادة 211 من دستور المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16³⁵

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

منعاً باتاً³⁶ ، و يعد الدستور و الرقابة الدستورية الاداة الضامنة و الحارسة لمبدأ عدم التراجع القانوني الدستوري في حالة التعديل الدستوري .

ما يمكن قوله من خلال أحكام تعديل الدستور الجزائري و دسترة الحق ببيئة سليمة انه يحقق مبدأ عدم التراجع القانوني الدستوري ففي حال تعديل الدستور فإنه لا يمكن تعديل المبادئ المتعلقة بهذا الحق بل يضمن بذلك تحسين و زيادة في جودة النص المتعلق بهذا الحق أو النصوص الدستورية المتعلقة به ، و متى ارتأى للمجلس الدستوري في حالة التعديل الدستوري ما انه يمس بموضوع الحق البيئي من المفروض ان يقع باطلا التصويت الذي يتم عليه من البرلمان ، اذ ان رأي المجلس الدستوري في هذه الحالة يكون له اثر موقف هذا من ناحية و من ناحية اخرى لا يمكن تصور تراجع دستوري للحق ببيئة سليمة مع دسترة هذا الحق في حالة التعديل الدستوري الذي يعرض على الاستفتاء نظرا لما يمله المنطق القانوني و مبدأ عدم التراجع الدستوري لحق يعد نواة الحقوق الاساسية و اساسها ذلك ان الدولة القانونية اما ان تحافظ على الحق بما تم النص عليه بما سبق أو تعدل في مشتملاته و موضوعه بما يزيد من ضمانات لهذا الحق اي للتطوير بهذا الحق و التطور إلى الاحسن و التقدم به لا التراجع ، اذ انه يمكن للشعب التصويت و قبول التعديل الذي قد يمس بحقوقه أو بعض الضمانات الحقوقية و من ثمة تجد السلطة نفسها في موقف اسمى من حقوق الانسان و تبرر قانونية تعديلها و هذا لا تكون الا في الدولة التي لا تحترم حقوق الانسان و المبادئ الدولية .

يعد جعل الدستور جامد لا يتم تعديله من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية الا وفقا لاجراءات و قواعد محددة ضمانة للحقوق و الحريات بصفة عامة حتى يعرف الافراد حقوقهم و مدى التزام اسلطة بالحدود الدستورية و عدم تجاوزها له ، و هذا ما يعد ضمانة اساسية للحق ببيئة سليمة بصفة خاصة كما يجب على السلطة الحاكمة ان لا تغير نصوص هذا الحق وفقا لما يتماشى و مصالح

(المادة 210 و المادة 212 البند 05 من دستور 1996 المعدل و المتمم بموجب قانون 01/16³⁶

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهواربي - المركز الجامعي آفلو

السلطة الخاصة أو مصالح عامة تأثر على حق اساسي ذا خواص متميزة يمس بالمواطن و قد تلحق به اضرار جسيمة سواء كانت بشكل فردي او جماعي ، و ذلك ان انعدم لديها الالتزام و الاحترام الذاتي لهذا الحق فممارسة السلطة ليست امتياز لأحد اذ هي تمارس نيابة عن الجماعة و لصالحها³⁷ . كما انه لم تنص على جزاءات دستورية على اخلال السلطة التأسيسية المشتقة بهذه القواعد التنظيمية و المبادئ المحضور المساس بها بصراحة سواء المتعلقة بالجوانب الاجرائية أو الموضوعية ، فعلى الرغم من ان اقرار التعديل يتم عن طريق الاستفتاء اي الشعب صاحب السلطة في حالة كان اقتراح من رئيس الجمهورية او باقتراح ثلاثة ارباع أعضاء غرفتي البرلمان ، و الاقرار من البرلمان باغلبية موصوفة بعد اخذ رأي المجلس الدستوري في حالة كان اقتراح مقدم من رئيس الجمهورية اي التشارك في المسؤولية بحيث يعد كل طرف مساهم في التعديل ، فان النص في صلب الدستور على احكام عامة على محاكمة ممثلي السلطة في حالة الخيانة العظمى يمكن تطبيقه على الحالة التي تنتهك فيها السلطات الدستور في حال تعديله مما يستوجب معه مساءلة السلطة التي اقدمت على تعديل الدستور خاصة رئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور ، و حتى ان كان لم ينص الدستور على مسؤولية اعضاء المجلس الدستوري على إعتبار انهم الساهرين و الحارسين على احترام الدستور حتى البرلمان باعتباره ممثل الشعب لانهم يملكون المقدار الاهم من السلطة نتيجة التولية و التمثيل و الثقة و وفقا للقاعدة القاضية بأنه حيث توجد السلطة توجد المسؤولية قد يترتب على ذلك مسؤولية سياسية .

³⁷ ينص المادة 7 من الدستور على أن "الشعب مصدر كل سلطة ،السيادة الوطنية ملك للشعب وحده " المادة 8 " يمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها ، يمارس الشعب السيادة عن طريق الاستفتاء و بواسطة ممثليه المنتخبين " و اجب البرلمان بأن يبقى وفيًا لثقة الشعب ، و يجسد يتحسس تطلعاته "

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سمية بلهوارى - المركز الجامعي آفلو

خاتمة :

سلطت الدراسة الضوء على الاعتراف الدستوري الجزائري لسنة 2016 لحق الإنسان في بيئة سليمة و كيفية تنظيم الدستور لهذا الحق و مدى قدرته على إضفاء الحماية الدستورية اللازمة عليه وفقا للنظام الدستوري الجزائري في حماية الحقوق و الحريات العامة ، اذ ان الدول تتجه إلى حماية هذا الحق الحديث و النص عليه في دساتيرها ، ألا ان الحماية الدستورية المقررة لهذا الحق تتباين بناء على النظام الدستوري للدولة .

و ما يستنتج من دسترة الحق ببيئة سليمة في السياق الدستوري الجزائري الحمائي الضماناتي الجلي للحق انه يخاطب نوعين من السلطة المخولة بوضع القوانين و السلطة المؤهلة للرقابة عليها و في هذا الاطار يعد توسيع الية الاخطار الدستوري تقدم احدث في مجال الرقابة كما الية الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالحقوق و الحريات من قبل الافراد تشكل تقدم كبير في مجال الحقوق و الحريات و الدفاع الدستوري امام المحاكم ، كما انه يخاطب الدولة كمرفق عمومي يسهر على حماية البيئة و الحق فيها و الاشخاص المعنوية و الطبيعية بواجبهم في حماية البيئة و الحق فيها و بذلك يكون النص الدستوري للحق ببيئة سليمة كحق موضوعي مهم و يحقق تقدم قانوني دستوري إلا انه يواجه العديد من النقائص كضرورة وجود تشريع منظم للحق و يوفر ضمانات كافية و سبل الانتصاف ينتفي معه مجال أو تحديد غير شرعي ضيق أو موسع للحق مع كفالة الحقوق الاجرائية للحق كالحصول على المعلومات و المشاركة العامة في القرارات المتعلقة بالبيئة و المصلحة في الدعوى البيئية و الاعتراف بالدعوى الجماعية للدفاع عن البيئة كقيمة ذاتية و استقلالاً عن وقوع ضرر

أثر دسترة الحق بيئته سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة : سميرة بلهوارى- المركز الجامعي آفلو

شخصي مباشر للشخص و الاعتراف بحق الدعوى من قبل الهيئات الادارية المختصة أو النيابة العامة و ضمانات تكوين الجمعيات البيئية غيرها من المسائل لتطوير العدالة البيئية .

قائمة المراجع المعتمدة

القوانين

الداستير

القانون رقم 16- 01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 و المتضمن التعديل الدستوري دستور دولة الارجتنتين لعام 1853 اعيد العمل به عام 1983 بكل تعديلاته الى غاية 1994

المواثيق الدولية

اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لعام 1982

وثيقة اعلان ريو بشأن البيئة و التنمية 1992

القوانين العادية و المراسيم

قانون رقم 10/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بقانون حماية البيئة في إطار التنمية

المستدامة .ج.ر.ج. عدد 43 صادر في 20 جويلية 2003

من المرسوم الرئاسي رقم 359/ 90 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990 ، المتعلق بتحديد اختصاصات

وزير الخارجية

قرار المجلس الدستوري

قرار المجلس الدستوري رقم 01 مؤرخ في 20 أوت 1989 المتعلق بدستورية أحكام قانون

الانتخابات

الكتب القانونية

أثر دسترة الحق بيئية سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة: سميرة بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

1) محمد عطية فودة ، الحماية القانونية لحقوق الانسان, دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية , 2011

2) محمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، 2000¹

3) وليد محمد الشناوي ، الحماية الدستورية للحقوق البيئية ، دار الفكر و القانون، المنصورة ط1 2013

مذكرات الماجستير و رسائل الدكتوراه

1) كايس شريف ، عدم فعالية القواعد القانونية في الجزائر ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2000.

2) كيلالي زهرة الرحمان ، الاغفال التشريعي و الرقابة الدستورية عليه ، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 1012 / 213 .

3) بالجيلالي خالد ، السلطة تقديرية للمشرع - دراسة مقارنة- ، اطروحة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2016 / 2017 .

المجلات القانونية

1) حيدر محمد حسان ، معالجة إمتناع البرلمان عن ممارسة الاختصاص التشريعي في القانون الوضعي ، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد 4 ، 2015 مقال منشور على الموقع الالكتروني

2) جميلة الشرجي ، دور المحكمة العليا الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين في جمهورية العربية السورية بين دستوري 1973 و 2012 ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية العدد الثالث ، 2013 .

أثر دسترة الحق ببيئة سليمة على الإطار التشريعي البيئي للبرلمان.

الأستاذة: سمية بلهواربي- المركز الجامعي آفلو

3) شلغوم نعيم، اليات تدخل البرلمان في مجال السياسة العامة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة جيجل ، 2011 مجلة المجلس عدد 30 .

4) مسراتي سليمة ، استقلالية السلطة القضائية كاهم ضمان للحق في التقاضي، مجلة الاجتهاد القضائي (دستور الجزائر 1996 نموذجاً) ، العدد 9 .

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء
قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - المركز الجامعي آفلو.

الأستاذ : يوسف ميغارين- المركز الجامعي آفلو.

تاريخ الإستلام : 17 سبتمبر 2018 تاريخ القبول للنشر : 04 نوفمبر 2018

ملخص :

يشكل مبدأ المشروعية قيذا على تصرفات الإدارة بمختلف أعمالها القانونية و المادية ، و من ضمانات تطبيق و إرساء مبدأ المشروعية لابد من التحديد الواضح لاختصاصات الإدارة و كذا الفصل بين السلطات و كذا وجود رقابة قضائية و هذه الأخيرة التي تعد أفضل ضمانة كونها مُحاطة بالعديد الضمانات المختلفة ، كما أن عملية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية تعتبر أساس الرقابة القضائية و لب المنازعات الإدارية لذلك فقد أعطى المشرع للقاضي الإداري العديد من الضمانات في مجال تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية .

الكلمات المفتاحية : ضمانات ، تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية ، الأوامر ، الغرامة التهديدية .

Abstract:

The principle of legality is a restriction on the conduct of the administration in its various legal and material acts. The guarantees of applying and establishing the principle of legality must be clearly defined for the terms of reference of the administration, the separation of powers and the existence of judicial control. The latter is the best guarantee, The process of implementing administrative judgments is also considered the basis of judicial control and the core of administrative disputes. Therefore, the legislator gave the administrative judge many guarantees in the field of implementing administrative judgments.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

مقدمة:

تعتبر المهمة الأساسية للدولة، هي تحقيق المصلحة العامة، وهي وظيفة اجتماعية كبرى لا يتم بلوغها إلا في نطاق دولة الحق والقانون، فإذا كان دور الدولة قديماً يتمثل في ضمان الاستقرار والأمن داخل المجتمع فإنها اليوم وعلى عكس ذلك، وتقديراً لجسامة المهام الملقاة على عاتقها، تحتاج إلى مجموعة من الوسائل تستعين بها للقيام بهذه المسؤولية على أحسن وجه، فهذه الوسائل قد تكون ذات طابع مؤسسي وقد تكون ذات طابع إنساني تتكون من مجموعة من الأشخاص، وقد تكون ذات طابع قانوني تمكنها من القيام ببعض التصرفات والأعمال، قد تكون قرارات إدارية أو عقود إدارية¹.

وبعبارة أخرى فالقانون عهد للسلطة الإدارية امتيازات هامة تتمثل أساساً في إصدار القرارات الإدارية تنظيمية كانت أم فردية ترمي إلى تحقيق أهداف القانون في المجتمع وهي العدالة والمصالح العامة للجماعة وأيضاً المصالح الخاصة للأفراد حسب الأحوال، فهذه الامتيازات تخول للإدارة درجة أعلى من الفرد وغير متساوية له بحيث تنفذ قراراتها طواعية أو إكراهاً كحقها في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاستيلاء المؤقت على العقارات وحقها في الالتجاء القهري والمباشر دون السعي إلى المحاكم وانتظار صدور حكم بالإضافة إلى تنفيذ القوانين والمحافظة على النظام العام².

إن من مصداقية الجهة القضائية أن تنفذ قراراتها، هذا التنفيذ يتوقف نزاعاً ما على حسن نية الإدارة العامة مادام أن ليس هناك تنفيذ جبري عليها، وعملاً بمبدأ عدم الحجز على الأموال العامة فالقاضي مجرد من كل سلاح في مواجهة إدارة قويه، فإن القاضي الإداري الجزائي و لمدة طويلة منع و امتنع من استعمال وسائل الإكراه على الإدارة العامة لضمان تنفيذ قراراتها فعلاً فإن

¹ Jacques viguier, le contentieux administratif, Dalloz, paris, 1997, p9.

² مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنزعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، الجزائر 2007، ص343.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 3 لم يمنح للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر للإدارة عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات ولم يقر إلا باستثناء واحد ورد النص فيه صريحاً وهو حالة التعدي المادي التي يستطيع فيها القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة لأن عملها في هذه الحالة يعتبر خروجاً عن القانون⁴.

إنّ الجديد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو تكريس الإكراه إزاء الأشخاص العامة في خدمة تنفيذ الشيء المقضي فيه، و ذلك باعتماد هذا القانون ميكانيزمات و آليات جديدة تضمن تنفيذ قرارات القاضي الإداري، فهذه الوسائل الجزئية محددة تحت عنوان الباب السادس: في تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تعتبر ثورة من خلالها تكتمل العدالة الإدارية و يتم بناء دوله القانون⁵.

إنّ هذه السلطات تنصب على تنفيذ قرارات الإلغاء وهذه السلطات الجديدة متمثلة في سلطتين هامتين هما الأمر و الغرامة التهديدية⁶ وبهذه السلطات سيتغير حتما سلوك القاضي الإداري في كيفية أداء وظيفته و القيام بدوره و ستسمح له بالتعرف كإداري و التساؤل حول النتائج العملية و متابعة تنفيذها وليس الاكتفاء فقط بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة⁷، ومن هذا المنطلق ارتأينا إلى طرح الإشكالية التالية : فيما تتمثل الضمانات المقررة في النظام القضائي الجزائري من أجل تنفيذ

³ بدر الدين عبد الرحمان، تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، مقال غير منشور المملكة العربية السعودية، 2013 ص3.

⁴ محمد الصغير بعلي، الوسيط فب المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر 2009، ص 391.

⁵ مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 343.

⁶ يستعمل مصطلح الغرامة التهديدية :....." للدلالة على التهديدات المالية التي ينطق بها القضاء قصد إلزام الممتنعين عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقهم بموجب سندات تنفيذية أحكام قضائية كانت أو عقود رسمية....." أنظر غنامي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (التعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ : 08 أبريل 2003- الملف رقم: 014989)، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع لسنة 2003، ص146.

⁷ عبد المنعم عبد العظيم جيزة، آثار حكم الإلغاء، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1971، ص408.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

الأحكام القضائية الإدارية وترجمتها على أرض الواقع ؟ ونستتبع الإشكالية الرئيسية بجملة من التساؤلات:

ما هي الوسائل القانونية لجعل الإدارة تنفذ القرارات الإدارية ؟
فيما تتمثل الطرق المستعملة لإجبار الإدارة على التنفيذ لضمان حقوق المتقاضين حسب أحكام المواد 978 إلى 989 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ؟ .

ولمحاولة الإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى محورين تطرقنا من خلال المحور الأول إلى الأوامر كآلية وقائية ومعنوية للضغط على الإدارة محددين بذلك موقف المشرع الجزائري من خلال نصوص وقواعد القانون رقم : 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، أما المحور الثاني فتظهر من خلاله أهمية الغرامة التهديدية في جميع الحالات التي لا تكفي فيها الوسائل الأخرى لحمل الإدارة على تنفيذ الحكم القضائي . محاور الدراسة:

المحور الأول: الأوامر كآلية وقائية و معنوية للضغط على الإدارة

أولاً: الإطار القانوني للأوامر كأداة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من توجيه أوامر للإدارة

المحور الثاني: الغرامة التهديدية كضمانة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.

أولاً: الإطار القانوني للغرامة التهديدية كأداة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

ثانياً: شروط تطبيق الغرامة التهديدية على الإدارة.

خاتمة:

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميقرين * المركز الجامعي آفلو

المحور الأول: الأوامر كآلية وقائية و معنوية للضغط على الإدارة.

إن توجيه القاضي لأوامر لتنفيذ الحكم القضائي إن دل على شيء فإنما يدل على تكافؤ السلطات في دولة القانون، والمساواة بين طرفي الخصومة أمام القضاء وذلك باعتبار أن الإدارة ممثلة للدولة وذات سلطة عليا ومميزة عن الأطراف، والهدف من توجيه هذه الأوامر ما هو إلا لتنفيذ الحكم القضائي على أرض الواقع ومنح الحقوق لأصحابها⁸.

أولاً: الإطار القانوني للأوامر .

هذا الإطار حدده الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد تحت عنوان تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية إن المادتين 978 و 979 هي التي استحدثت سلطه توجيه الأوامر فالقاضي الإداري يستطيع عندما يفصل في نزاع النطق بالقانون و لكن كذلك أمر الهيئات العمومية ، فالأمر يعتبر سلاح جديد في يد القاضي الإداري، تنص المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع في منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينه، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي ، بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ ، عند الاقتضاء"⁹.

أما المادة 979 تنص على أنه : " عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع في منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينه، لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة ، تأمر الجهة

⁸ الموقع الإلكتروني : www.droit-alfadal.com/t/882-topic تاريخ الإطلاع : 12 أبريل 2017.

⁹ فاتح بوسنان، قانون الإجراءات المدنية والإدارية حسب آخر تعديل له ، القانون رقم: 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار طليطلة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2010، ص2016.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي – الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد"10، استنادا إلى المادتين 978 و 979 يجب التمييز بين حالتين أو شكلين من الأوامر :

1 : أمر الإدارة باتخاذ التدبير المطلوب .

إذا فصل القاضي في الدعوى و حكم بإلغاء القرار الإداري الصادر عن الإدارة ، يقوم القاضي هنا بفحص دقيق لما ينجر عن هذا القرار و الذي يكون من الناحية القانونية¹¹ ممكنا و ضروريا و يأمر الإدارة صراحة و مباشرة باتخاذ التدبير الذي يفرضه عليها و الذي يراه مناسبا مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء¹² مثلا : الأمر باتخاذ قرار إعادة إدماج موظف بعد إلغاء قرار فصله¹³ .

2 : أمر الإدارة بالتحقيق و الفصل و اتخاذ قرار جديد.

هنا القاضي أيضا فصل في الدعوى و ألغى القرار و كان لزاما على الإدارة اتخاذ تدابير تنفيذ معينه إلا أن القاضي لم يأمر بها لعدم طلبها في الخصومة الأولى، فسلطة القاضي الإداري تقتصر في هذه الحالة على أمر الإدارة بإصدار قرار جديد محدد لها أجل في ذلك مع العلم أن القاضي الإداري في هذه الحالة لا يملئ على الإدارة تصرفها و لا يملئ عليها تدبير التنفيذ و لكن الإدارة تتمتع هنا بهامش من الحرية في تقديم محتوى التدابير التي يجب عليها اتخاذها¹⁴ .

¹⁰ المادة: 979 من القانون رقم: 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹¹ إبراهيمي سهام و إبراهيمي فايزة، الاعتراف القانوني للقاضي بمواجهة الإدارة في تنفيذ أحكام القضاء، مجلة الفقه والقانون 2012 ص 6.

¹² عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية ضد الإدارة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائرسنة2010، ص 107.

¹³ الموقع الإلكتروني : www.droit-alafdal.com/t/882-topic تاريخ الإطلاع : 12 أبريل 2017.

¹⁴ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2009 ص 392.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

كما هو الحال عمليا عندما ترفض الإدارة طلب مواطن و يستدعي الفصل فيه من جديد مثل إلغاء ترخيص يستدعي التحقيق من جديد في الطلب وفقا لشروط سليمة و مطابقة حجية الشيء المقضي فيه فالقاضي يأمرها بإعادة النظر في حالة المتقاضي مثلا : إلغاء رفض رخصة بناء15.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من توجيه أوامر للإدارة.

بالرجوع إلى القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع قد منح للقاضي سلطة الأمر للإدارة وذلك بأن يلزمها في نفس الحكم على إتباع تدابير معينة عن طريق تحديد الآثار التي قد تترتب على تنفيذ الحكم أو القرار و هذا ما يتضح لنا جليا من خلال قراءة أحكام المادة: 987 من القانون 08-09 السالف الذكر " لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ حكمها النهائي وطلب الغرامة التهديدية لتنفيذه عند الاقتضاء، إلا بعد رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه وانقضاء ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم....."

لتأتي مباشرة المادة: 978 لتحديد لنا صراحة ما يلي: " عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة تأمر الجهة القضائية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل التنفيذ عند الاقتضاء."16 .

أما في حالات ظهور طلبات ومستجدات لم يسبق وأن طلبها الخصوم في الخصومة السابقة تدخلت المادة: 979 لتحديد بصراحة نطاق توجيه القاضي الإداري لأوامره وأكدت على انعقاد الاختصاص إلى الجهة القضائية الإدارية التي كانت قد قضت في الدعوى بقولها " عندما يتطلب

¹⁵ الموقع الإلكتروني : www. Uobyloon.edu.iq/ publication-edition1/articl تاريخ الإطلاع : 13 أبريل 2017.

¹⁶ المادة 978 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية رقم 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 .

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية، ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها..... " 17 .

إذن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فقد نظم موضوع توجيه القضاء الإداري أوامر للإدارة العامة خاصة في المواد: 979 إلى 989 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 السابق الذكر حيث يعود الاختصاص إلى الجهة القضائية الإدارية التي كانت قد قضت في الدعوى " المحكمة الإدارية " أو "مجلس الدولة" وذلك في حالة رفض التنفيذ من طرف الإدارة المحكوم عليها، وانقضاء آجال ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، أو انقضاء الأجل الذي يحدده القاضي الإداري، كما هو مبين في المادة 987 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر أما في حالة رفض التظلم الموجه للإدارة من أجل تنفيذ الحكم عن الجهة القضائية الإدارية يبدأ سريان الأجل المحدد في المادة 987 بعد قرار الرفض¹⁸ .

المحور الثاني: الغرامة التهديدية كضمانة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.

يفصل القضاء الإداري في المنازعات الإدارية و التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرفا فيها و يعمل على حماية الفرد من انتهاكات الإدارة إذ يسعى المتقاضى إلى صدور الحكم أو القرار القضائي لكن لا تتحقق له الحماية بمجرد حصوله على حكم يعترف له بحقه،

¹⁷ المادة: 979 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية رقم 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 .

¹⁸ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 392.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

لذا ينبغي أن يتابع إجراءات التنفيذ للحصول على الحماية الفعلية لأن الأحكام و القرارات القضائية تفقد قيمتها القانونية و العملية في حالات عدم التنفيذ¹⁹.

ف نجد الغرامة التهديدية تلعب دورها كآلية إكراه للضغط على الإدارة باعتبار أن الإدارة تتمتع بمركز القوة في مواجهة الأفراد لما لها من وسائل و امتيازات السلطة العامة وقد تتخذ موقفا سلبيا من حكم القضاء لأن لها الحرية في مجال تنفيذ أحكام القضاء وقد تختار الوقت المناسب للتنفيذ²⁰ لذا يلجأ المتقاضى إلى طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت له من جراء امتناع الإدارة أو تأخرها التنفيذ²¹.

أولا: الإطار القانوني للغرامة التهديدية كأداة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

وفي حالة قيام الطرف المتضرر من تصرف جهة الإدارة برفع دعوى إلغاء قرار إداري غير مشروع و صدر حكم بالإلغاء، و امتنعت الإدارة عن التنفيذ فإن قيامه بطلب التعويض عن الأضرار مهما كانت مبالغ التعويض المدفوعة فإنها لا تحقق له الآثار التي يرتبها حكم الإلغاء يجب البحث عن الوسائل التي توفر الحماية للمتقاضى في مواجهة رفض الإدارة احترام حجية الشيء المقضي به و تنفيذ حكم القضاء لذا أقر المشرع الجزائي الغرامة التهديدية والتي تعد من وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية²².

لم ينص الدستور على الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية و نص الدستور على أن: "يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب" لتكون لها قوة

¹⁹ الموقع الإلكتروني : www.droit-alafdal.com/t/882-topic تاريخ الإطلاع : 12 أبريل 2017.
²⁰ من بين القرارات القضائية الإدارية التي أقرت النطق بالغرامات التهديدية، ما جاء به قرار الغرفة الإدارية سابقا بالمحكمة العليا المؤرخ في: 14 ماي 1995 (قضية بودخيل ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سيدي بلعباس والذي جاء فيه ما يلي:.....حيث أن المستأنف طلب من المنوبية تنفيذ القرار رقم: 1993/06 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا غير أن هذه الأخير رفضت الاستجابة لطلبه.
²¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد (الإثبات- آثار الالتزام) المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 807.
²² شفيقة بن صاولة ، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، سنة 2010، ص 275.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

التنفيذ ونص بدوره : " على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف ، بتنفيذ أحكام القضاء " يشمل الأحكام القضائية العادية و الإدارية ، إذ حرص المؤسس الدستوري على تكريس دولة القانون واستقلال القضاء وهيبة الأحكام القضائية لأجل تحقيق الأمن القضائي²³.

وأورد المشرع الجزائري الغرامة التهديدية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 24 أجاز للجهات القضائية الإدارية الأمر بغرامة تهديدية حيث تنص المادة 980 على أنه: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ ، وفقا للمادتين 978، 979 أعلاه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها " .

لم يعرف المشرع الجزائري الغرامة لكن بين الأحكام التشريعية المنظمة لها وشروط الحكم والجهة المختصة بها والآثار المترتبة عن الحكم بها، ومن ذلك يمكننا أم نعرف الغرامة التهديدية بأنها : " مبلغ من النقود يحكم به القاضي على المدين عن كل عن فترة زمنية معينة لا يتم فيها تنفيذ المدين لالتزاماته عينا حيث يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصا من جانبه²⁵ .

وتعرف بأنها : " عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير، ويصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه ، أو حتى بقصد حسن تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق²⁶ .

و تتميز الغرامة التهديدية بالخصائص التالية : أ- ذات طابع تحكيمي : للقاضي الحرية في تقدير المبلغ المالي بغض النظر عن ما لحق الدائن من ضرر، قد يحددها أكثر من قيمة الضرر لإجبار الإدارة على التنفيذ وله سلطة تحديد الغرامة من عدمها وله أن يفرض الغرامة حتى ولو لم يطلبها الخصوم إذا

²³ عمار بوضياف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية ، جسر للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، ص 212 .

²⁴ المواد 980-987 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، جريدة رسمية رقم 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 .

²⁵ مرداسي عز الدين ، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، سنة 2008 ، ص ص 13-14 .

²⁶ منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2002، ص 15.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

رأى لزومها في الحكم وله كامل الحرية في تقدير مبلغ الغرامة ويحدد بدء سريانها، وله أن يخفض المبلغ أو يرفعه²⁷.

يقدرها القاضي تقديرا تحكيميا ولا يتقيد فيه إلا بمراعاة القدر الذي يرى أنه منتج في تحقيق غايتها وهي إخضاع المحكوم عليه وحمله على تنفيذ التزاماته²⁸.

ب- ذات طابع تهديدي: بموجبها يتم الضغط على إرادة المحكوم عليه ويلزم على تنفيذ التزاماته²⁹

ج- خاصية التبعية: لا تفرض الغرامة إلا بوجود حكم قضائي بإلزام المحكوم عليه بتنفيذ التزاماته ، ولا تعتبر تعويضا بل هي جزاء للتأخر في التنفيذ أو الإصرار على عدم التنفيذ، وبالرجوع للمادة 625 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أن المشرع قد خير المحكوم له بين المطالبة بالتعويض أو المطالبة بالغرامة التهديدية³⁰.

ثانيا: شروط تطبيق الغرامة التهديدية على الإدارة.

إن من بين مميزات الغرامة التهديدية أنها تحكيمية والمقصود هنا أنها تقوم بإجبار المدين على التنفيذ، بعكس التعويض الذي يهدف أساسا إلى جبر الضرر الناتج في التأخير عن التنفيذ،³¹ كما أنها كذلك تهديدية أي معدلها النهائي لا يحدد إلا حين يقوم المدين بالتنفيذ، أو حين يرخص القاضي

²⁷ المادتان 981،980 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

²⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، آثار الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، سنة 1998 ، ص 813 .

²⁹ الموقع الإلكتروني : [www. Uobyloon.edu.iq/ publication-edition1/articl](http://www.Uobyloon.edu.iq/publication-edition1/articl) تاريخ الإطلاع : 13 أبريل 2017.

³⁰ إن الغرامة التهديدية **astreinte** تستهدف بشكل مباشر إكراه الإدارة على تنفيذ الأوامر ومن ثم فهي تظهر كجزء حقيقي إذ ما تخلفت الإدارة عن التطابق مع الأوامر التنفيذية.

³¹ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002، ص49.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميقيارين * المركز الجامعي آفلو

للدائن بالتنفيذ بمصاريف على حساب مدينه،³² ويشترط اللجوء إلى الغرامة التهديدية ثلاثة شروط يمكن أجازها على النحو التالي:

- وجود التزام ناتج عن إخلال المدين بالتزاماته.
- استحالة التنفيذ العيني إلا إذا قام به المدين نفسه.
- لجوء الدائن إلى الغرامة التهديدية وفرضها على المدين، وتكون بطلب من الدائن نفسه كون القاضي لا يستطيع المبادرة بها من تلقاء نفسه.³³

ومن خلال هذه المعطيات يمكننا دراسة شروط توقيع الغرامة التهديدية بهدف تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية وفق أحكام وقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو الآتي:

- أن يكون موضوع الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عنه، فلا جدوى من اللجوء إلى الغرامة التهديدية إذا كان موضوع الالتزام دفع مبلغ مالي.
- وجود محضر رسمي صادر عن المحضر القضائي وفق الإجراءات والتدابير المعمول بها.
- أن تقوم الإدارة بمخالفة الالتزام الملقى على عاتقها على أن تكون هي الجهة الوحيد المسؤولة عن التطبيق وكمثال على ذلك وجود قرار قضائي إداري ضد مؤسسة عمومية للصحة الجوارية باعتبار أن طابعها الأساسي هو الصحة العمومية في حين قد نجد أنها تابعة لهيكل آخر مثل مؤسسات إستشفائية أو حتى المديرية المركزية، وبالتالي قد تعفى من هذا الالتزام كون المديرية المركزية هي المسؤولة عن التنفيذ.

³² حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية والإشكالات المتعلقة به، رسالـــــة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة 1984، ص492.

³³ يفهم من هذا الاستثناء وجود نص صريح يجيز ذلك صراحة.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي – الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

- للمدعي الاختيار ما بين طلب التعويض الناتج عن عدم التنفيذ وبين اللجوء إلى الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير، ونتاج ذلك في حال من إذا اختار الدائن التعويض فيسقط مباشرة حقه في الغرامة التهديدية³⁴.

خاتمة:

³⁴ في هذه الحالة يكون الدائن قد عبر عن إرادته صراحة وقام باستبدال التنفيذ العيني بواسطة التنفيذ بمقابل أنظر سحر عبد الجبار فسح العقد الإداري قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة بابل العراق، 2003 ص 99.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

إن المتصفح للاجتهاد القضائي الجزائري في المواد الإدارية، يتضح لنا جليا أن القاضي الإداري من خلال أحكام القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتبر امتناع الإدارة عن التنفيذ يعد إخلالا بواجباتها مما يبيح للقاضي توجيه أوامر لها ولا يعد ذلك من قبيل خرق مبدأ الفصل بين السلطات الذي أصبح له مفهوم حديث أساسه التعاون والتكامل. إذن أنه وبعد الحكم القضائي النهائي وما نقصد بالنهايي هو الحكم القضائي الذي حاز على قوة الشيء المقضي فيه فيكتسب الحكم القضائي الإداري عند طالب التنفيذ ضد الإدارة فيمكن بذلك أن يلجأ طالب التنفيذ إلى المحضر القضائي وذلك لتنفيذ الحكم حسب الآجال القانونية وتمثل هذه المدة في آجال 03 أشهر وذلك من خلال نص المادة: 987 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبذلك يمكن القول أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمن مبادئ وإجراءات هامة وهي توجيه الأوامر والتهديد المالي كجزاء عن مخالفة تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، إلا أن الواقع العملي يشير إلى العكس من ذلك فلا يزال التنفيذ ضد الإدارة مبهما ولا يلجأ طالبي التنفيذ في المطالبة في حقهم من الإدارة في حالة عدم تنفيذها وبناء على ذلك سنطرح جملة من التوصيات كنتاج لدراستنا هذه :

- 01- التعاون في شتى المجالات بين جميع الإدارات من أجل تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية وتمكين ذوي الحقوق من حقوقهم.
- 02- نشر الثقافة القانونية لدى المجتمع الجزائري بإمكانية متابعة الإدارة العامة .
- 03- تضمين النصوص القانونية المتعلقة بالتنفيذ ضد الإدارة مدلولاً أكثر وضوحاً وسلاسة في التنفيذ والبعد عن العراقيل والمشاكل البيروقراطية التي تحول دون تمكين ذوي الحقوق من حقوقهم.
- 04- تحيين النصوص القانونية محل قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإعادة ضبط وتشديد العقوبة على الأشخاص المعنوية التي تتماطل في وضع الأحكام القضائية الإدارية محل التنفيذ.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

- 05- إشراف وزارة العدل بالتنسيق مع الجامعات الجزائرية عن تنظيم أيام مفتوحة للتوعية بطرق وأساليب التنفيذ على الإدارة وكذا خطوات متابعتها قضائيا.
- 06- حبذا ولو تم استحداث لجنة مركزية على مستوى المحاكم الإدارية مهمتها التأكد من تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة ووضع حد لتعسف هاته الأخيرة لأننا من الناحية العملية نلاحظ ذوي الحقوق قد يتنازلون عن طلباتهم نظرا لمشقة وعناء المتابعة.
- 07- إعادة النظر في الآجال القانونية لتنفيذ الإدارة لالتزاماتها لأنه كذلك لاحظنا من الناحية العملية تماطل هذه الأخيرة الأمر الذي قد يستغرق سنوات وسنوات من المتابعة وبدون أي نتيجة.

قائمة المصادر و المراجع:

1- النصوص القانونية:

1- القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- الكتب:

أ: المراجع باللغة العربية:

1- شفيقة بن صاولة ، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، سنة 2010.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد (الإثبات-آثار الالتزام) المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

3- عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية ضد الإدارة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2010.

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي - الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

- 4- عبد المنعم عبد العظيم جيزة، آثار حكم الإلغاء، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1971.
 - 5- عمار بوضياف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية ، جسور للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ، سنة 2009 .
 - 6- فاتح بوسنان، قانون الإجراءات المدنية والإدارية حسب آخر تعديل له ، القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار طليطلة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2010.
 - 7- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2009.
 - 8- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر 2009.
 - 9- مرداسي عز الدين ، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، سنة 2008.
 - 10- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، الجزائر 2007.
 - 11- منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2002.
 - 12- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2002.
- ب: رسائل الدكتوراه:
- 1- حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية والإشكالات المتعلقة به، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة 1984.
- ج: المقالات العلمية المتخصصة:

مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية – العدد الرابع ديسمبر 2018

ضمانات تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية دراسة تحليلية علمية ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الدكتور : علي عثمانبي – الأستاذ يوسف ميغارين * المركز الجامعي آفلو

1- إبراهيمي سهام و إبراهيمي فايزة، الاعتراف القانوني للقاضي بمواجهة الإدارة في تنفيذ أحكام القضاء، مجلة الفقه والقانون ، 2012.

2- بدر الدين عبد الرحمان، تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، مقال غير منشور المملكة العربية السعودية، 2013.

3- غنامي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (التعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ : 08 أبريل 2003- الملف رقم: 014989)، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع لسنة 2003.

3- المراجع باللغة الأجنبية:

Jacques viguier, le contentieux administratif, Dalloz, paris, 1-1997 .

4- المواقع الإلكترونية:

1-الموقع الإلكتروني : www.droit – alafdal.com /t 882 – topic

2-الموقع الإلكتروني : www. Uobyloon.edu.iq/ publication- edition1/articl

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf
Doctorante à Université Oran 2 -
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

تاريخ الإستلام: 14 أبريل 2018 تاريخ القبول للنشر : 10 أكتوبر 2018

Résumé :

L'une des caractéristiques fondamentales de la TVA : en tant qu'impôt sur la consommation est celle qui exige que les recettes doivent être perçues par la juridiction où à lieu la consommation finale. La TVA, a en effet été conçue sur la base du commerce traditionnel et son application au commerce électronique pose des difficultés. Celles-ci sont principalement liées à la dématérialisation des échanges par voie électronique, qui perturbe l'identification et la localisation des opérateurs, mais trouble également l'appréhension du processus de création de valeur.

Depuis la conférence d'Ottawa, Il Ya eu un large consensus sur l'intégration du commerce électronique à la fiscalité indirect et d'écarter toutes nouvelles « *propositions de taxes spécifiques aux échanges électroniques* ». Le

Comité des affaires fiscales de l'OCDE reconnaît que:

- *Le principe de destination devrait s'appliquer globalement : Selon ce principe, les taxes applicables aux services vendus à l'étranger doivent être perçues dans le territoire où a lieu la consommation finale.*
- *Au regard de l'impôt sur la consommation, la livraison de produits numérisés ne devrait pas être traitée comme une livraison de biens :*

Depuis lors, ces conditions cadres ont été généralement acceptées par la plupart des pays comme constituant une base solide pour les travaux en cours sur l'imposition du commerce électronique. En effet, on est confrontés à des difficultés lors de la mise en œuvre du principe de destination pour les échanges

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

internationaux de services et de biens incorporels que pour les échanges internationaux de biens corporels vu que les premiers ne peuvent pas faire l'objet de contrôles aux frontières comme c'est le cas pour les biens corporels. C'est pourquoi des Principes directeurs qui reflètent le principe de destination ont été élaborés par étapes par l'OCDE pour déterminer la juridiction d'imposition des fournitures internationales de services et de biens incorporels. Lancés depuis février 2006, et finalisés en novembre 2015, ces principes directeurs visent à uniformiser l'application de la règle technique dite du lieu d'imposition fondée sur la résidence fiscale du consommateur dans tous les cas d'application des taxes à la consommation, afin de minimiser les risques de double imposition ou de non-imposition involontaire et d'offrir davantage de certitude aux entreprises et aux administrations fiscales. Néanmoins, plusieurs pays ont déjà instauré des mesures similaires à celles proposées par l'OCDE, notamment l'UE, la Norvège, l'Afrique du Sud et l'Islande.

De fait, l'objectif premier de notre travail est de fournir un bref exposé des principes directeurs de TVA/TPS en matière de commerce électronique que l'Union Européenne a déjà mises en place depuis janvier 2015.

Mots clés : TVA, commerce électronique, services et biens incorporels, commerce en ligne, fiscalité indirecte, produits numérisés.

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

إقليمية الرسم على القيمة المضافة في التجارة الإلكترونية

ملخص :

من أهم الخصائص الأساسية للضريبة على القيمة المضافة كضريبة على الاستهلاك هي إن الإيرادات يجب استيفاؤها من قبل الدولة التي تم الاستهلاك النهائي في إقليمها. لقد تم تصميم الرسم على القيمة المضافة في الواقع على أساس التجارة التقليدية وتطبيقها على التجارة الإلكترونية يواجه تحديات. وترتبط هذه الأخيرة أساسا بالطابع الافتراضي للمبادلات الإلكترونية ، مما يعطل تحديد هوية ومكان أطراف العلاقة التجارية.

منذ مؤتمر أوتاوا، كان هناك توافق واسع حول دمج التجارة الإلكترونية في الضرائب غير المباشرة ورفض كل مقترح بشأن ضرائب خاصة بالمبادلات الإلكترونية. تعترف لجنة الشؤون المالية في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بما يلي:

- ينبغي تطبيق مبدأ الوجهة أو الاتجاه على مستوى العالم: وفقا لهذا المبدأ، الضرائب على الخدمات التي تتم في الخارج تخضع للضريبة في إقليم الدولة التي تم فيها الاستهلاك النهائي للخدمة المعنية

- وفيما يتعلق بالضريبة الاستهلاك، ينبغي ألا تعتبر المنتجات الرقمية مثل توريد السلع. ومنذ ذلك الحين هذه الشروط الأساسية تم قبولها عموما من معظم البلدان بوصفها تشكل أساسا متينا للعمل الجاري بشأن فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية. في الواقع، نحن نواجه صعوبات في تطبيق مبدأ الوجهة أو الاتجاه للتجارة الدولية في الخدمات والسلع غير الملموسة مقارنة بضائع ملموسة حيث أن الأولى لا تعبر الحدود الإقليمية للدول فلا تخضع للرقابة لدى الجمارك كما هو الحال بالنسبة للممتلكات المادية. لهذه الأسباب وضعت المبادئ التوجيهية التي تعكس مبدأ الوجهة أو الاتجاه عبر مراحل من قبل منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية تطبق على الخدمات والسلع غير الملموسة. بدأت في فبراير 2006، و انتهت في نوفمبر 2015، تهدف إلى تطبيق مبدأ الوجهة أو الاتجاه الذي يركز على محل إقامة المستهلك في جميع حالات تطبيق الضرائب على الاستهلاك،

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

للحد من مخاطر الازدواج الضريبي أو عدم التطبيق غير المقصود للضرائب و لتعزيز التفة للشركات وإدارات الضرائب على حد سواء. ومع ذلك، لقد تم اعتماد مبادئ مماثلة لتلك التي اقترحتها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية من طرف العديد من البلدان تدابير، بما في ذلك الاتحاد الأوروبي والنرويج وجنوب أفريقيا.

في الواقع، فإن الهدف الأساسي لعملنا هو تقديم بيان موجز للمبادئ التوجيهية ي مجال الضريبة على القيمة المضافة والتي بدأ العمل بها فعليا في دول الاتحاد الأوروبي منذ يناير 2015. الكلمات المفتاحية : الرسم على القيمة المضافة، التجارة الإلكترونية، والخدمات والبضائع غير الملموسة، الأعمال التجارية عبر الإنترنت، الضرائب غير المباشرة، والمنتجات الرقمية.

Abstract

One of the fundamental characteristics of VAT: as a consumption tax is that which requires that the revenue must be collected by the jurisdiction where final consumption takes place. VAT has been conceived on the basis of traditional trade and its application to electronic commerce poses difficulties. These are mainly linked to the electronic dematerialization of exchanges, which disrupts the identification and location of operators, but also disturbs the apprehension of the process of creating value.

Since the Ottawa conference, there has been a broad consensus on the integration of e-commerce with indirect taxation and to eliminate any new "proposals for electronic exchange-specific taxes". The OECD Committee on Fiscal Affairs recognizes that:

- *The principle of destination should apply globally: According to this principle, the taxes applicable to services sold abroad must be collected in the territory where the final consumption takes place.*
- *With regard to consumption tax, the delivery of digitized products should not be treated as a delivery of goods.*

Since then, these framework conditions have generally been accepted by most countries as providing a solid basis for ongoing work on the taxation of electronic commerce. Difficulties are encountered in implementing the

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

destination principle for international trade in services and intangible goods and for international trade in tangible goods, since the former can not be subject to controls as is the case with tangible goods. For this reason, the Guidelines reflecting the destination principle have been developed in stages by the OECD to determine the jurisdiction of taxation of international supplies of services and intangible property.

Launched in February 2006 and finalized in November 2015, these guidelines aim to standardize the application of the so-called tax-based technical rule based on the tax residence of the consumer in all cases of application of consumption taxes, In order to minimize the risk of double taxation or unintentional taxation and to provide greater certainty to enterprises and tax administrations. Nevertheless, several countries have already introduced measures similar to those proposed by the OECD, notably the EU, Norway, South Africa and the Island.

Indeed, the main objective of our work is to provide a brief overview of the VAT / TPS guidelines on e-commerce that the European Union has already put in place since January 2015.

Keywords: VAT, e-commerce, services and intangibles products, indirect taxation, digitized products.

Sommaire

Section 1 : La détermination géographique du lieu de consommation des fournitures transfrontières de services et de biens incorporels

Sous-section 1 : Le lieu d'imposition des prestations de services et des fournitures de biens incorporels rendues à des assujettis (B2B)

Sous-section 2 : Le lieu d'imposition des prestations de services et des fournitures de biens incorporels rendue à des non-assujettis (B2C)

Section 2 : L'identification du client dans les fournitures transfrontalières de services et de biens incorporels

Sous-section 1 : Les échanges internationaux B2B de services et de biens incorporels

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

Sous-section 2 : Les échanges internationaux B2C de services et de biens incorporels

Introduction

De prime abord, la mondialisation, la croissance progressive et accéléré des TIC ainsi que la libéralisation des échanges ont progressivement permis aux entreprises de fournir des services et des biens incorporels aux consommateurs du monde entier, conduisant à une forte croissance du commerce international de services et de biens incorporels fournis à distanceⁱ. Bien qu'Internet soit avant tout un outil de communication par excellence, les milieux d'affaires ont pu évoluer son utilisation potentielle en tant que support de marketing et de ventesⁱⁱ. L'adoption généralisée d'Internet comme plate-forme de transactions commerciales est due à raison de son caractère ouvert et l'ouverture est un principe technique et philosophique sur lequel s'appuie l'expansion du commerce électroniqueⁱⁱⁱ. Ce dernier couvre à la fois l'achat de marchandises physiques et immatérielles. Il existe différents types de relations dans le commerce électronique, on peut distinguer :

- *Le commerce électronique de détail B2C (business to consumer), est la forme de commerce électronique qui connaît la plus forte progression depuis l'avènement du e-commerce^{iv}.*
- *Le commerce électronique interentreprises B2B (business to business), désigne la vente en ligne de produits et de services entre entreprises^v.*
- *Le commerce électronique entre particuliers, ou C2C (consumer-to-consumer). Il s'agit des cyber-entreprises de type C2C qui jouent le rôle d'intermédiaires à travers son sites web permettant la vente entre particuliers en publiant leurs annonces et en facilitant les transactions^{vi}.*

La croissance du commerce électronique permet aux consommateurs d'avoir accès aux marchés internationaux, à un plus large éventail de produits et à des prix compétitifs. Toutefois, cette modification du comportement des entreprises et des consommateurs n'est pas sans incidences sur la fiscalité indirecte^{vii}.

En effet, la TVA est un impôt sur les dépenses de consommation. Elle s'applique aux achats de biens et de services effectués à titre onéreux sur le territoire d'un pays donné par une personne redevable de l'impôt^{viii}. La taxe est

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

en principe prélevée sur la « valeur ajoutée » créée à chaque étape de la production et de la distribution^{ix}.

Des règles distinctes relatives au lieu de livraison/prestation s'appliquent aux biens et aux services. La règle de base dans le cas des biens est celle du lieu de livraison^x. En effet, lorsqu'il s'agit d'opération commerciale portant sur un service, le lieu d'imposition de la TVA est généralement défini en ce référant à trois critères, à savoir, le lieu d'établissement du prestataire, le lieu d'établissement du preneur ou le lieu d'utilisation du service, permettent normalement de déterminer un seul et même lieu, celui de la consommation effective du service^{xi}. Toutefois, l'avènement du commerce électronique conduit à une « dématérialisation des échanges qui brouillent la frontière entre livraisons de biens et prestations de services et accroît les possibilités de disjonction entre ces divers lieux mais rend aussi plus difficile leur détermination »^{xii}. Dans ce contexte, il convient de distinguer entre biens commandés sur l'Internet et livrés aux ménages ou aux entreprises par des moyens traditionnels (comme une opération de vente par correspondance) et biens ou services effectivement livrés au consommateur par voie électronique^{xiii}. Les opérations de commerce « off line » ne créent pas de problème en matière de TVA vu que l'utilisation d'Internet comme support de transaction ne fait qu'amplifier les possibilités offertes par ces canaux traditionnels de communication. En revanche, la fourniture en ligne « on line » de biens numérisés (logiciels, musiques, ouvrages en ligne, vidéos, etc.), qui ne se traduit par aucun transfert physique n'est pas appréhendée correctement par le régime traditionnel de TVA. La stricte application des règles actuelles peut aboutir à la non-taxation^{xiv} vu que la richesse issue du commerce en ligne se détache de la notion de territoire, fondement des systèmes fiscaux traditionnels^{xv}. En outre, très peu de consommateurs finaux paient la TVA sur l'acquisition de services auprès d'entreprises étrangères, par exemple e-livres, des jeux, la musique, etc, tandis que la TVA est due lorsque le même produit est acquis à partir d'un fournisseur local^{xvi}.

Dans l'environnement e-commerce en évolution rapide et constante alimentée par la mobilité des personnes et des capitaux, le prélèvement des impôts sur la consommation est confronté à l'absence de principes internationalement admis concernant le lieu d'imposition des services et biens incorporels faisant l'objet d'échanges internationaux^{xvii}. L'émergence de nouveaux types de commerce pour contourner les manières plus traditionnelles

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

d'effectuer des échanges autour desquelles des systèmes fiscaux sont élaborés, place les administrations fiscales face à des problèmes fondamentaux quant à l'identification des acteurs du marché et au développement d'outils de contrôle permettant d'assurer que l'impôt soit correctement pris en compte pour chaque transaction^{xviii}. En Algérie, Le e-commerce ainsi que l'e-fisc (DGE) sont lancés officiellement au dernier trimestre de 2016^{xix}.

Cet article abordera la problématique de territorialité de TVA lorsqu'il s'agit d'opérations de commerce internationales portant sur des services et des biens incorporels. On commencera par le premier aspect qui concerne la détermination géographique du lieu de consommation des fournitures transfrontières de services et de biens incorporels. Ce dernier est subdivisé en deux points, à savoir : le lieu d'imposition des prestations de services et des fournitures de biens incorporels rendues à des assujettis (B2B), ensuite le lieu d'imposition des prestations de services et des fournitures de biens incorporels rendues à des non assujettis (B2C). Le deuxième aspect, quant à lui, portera sur l'identification du client dans les fournitures transfrontalières de biens et de services incorporels, qu'on analysera dans le cadre des transactions transfrontalières B2B et B2C.

Section 1 : La détermination géographique du lieu de consommation des fournitures transfrontières de services et de biens incorporels

Depuis la Conférence d'Ottawa sur les principes fiscaux en matière de commerce électronique en 1998, le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE^{xx} conduit les travaux de mise au point de Principes directeurs internationaux pour la TVA (taxe sur la valeur ajoutée)/TPS (taxe sur les produits et services au Canada)^{xxi}. Les principes directeurs mettent l'accent sur la neutralité de la TVA dans le contexte du commerce transfrontalier et entérine le principe de destination pour la TVA/TPS^{xxii}. L'OCDE indique que les systèmes de TVA ont besoin de règles relatives au lieu d'imposition pour appliquer le principe de destination, non seulement aux transactions électroniques B2C, qui impliquent une consommation finale, mais aussi aux transactions B2B, même si elles n'impliquent pas de consommation finale^{xxiii}. Dans les échanges internationaux de biens corporels, le principe de destination fonctionne bien parce qu'il peut s'appuyer sur des contrôles aux frontières. Il est toutefois plus difficile de mettre en œuvre le principe de destination pour les échanges de services et de biens

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

incorporels. Leur nature même rend impossibles les contrôles douaniers qui permettraient de confirmer leur exportation et d'appliquer la TVA à l'importation. De fait, des règles spécifiques ont été élaborées pour la détermination de la juridiction d'imposition des fournitures internationale de services et de biens incorporels qui reflètent le principe de destination^{xxiv}.

Sous-section 1 : Le lieu d'imposition des prestations de services et des fournitures de biens incorporels rendues à des assujettis (B2B)

Dans le commerce international des biens corporels, les exportations sont imposées au taux zéro, c'est-à-dire exonérées de TVA/TPS avec droit à déduction et les importations sont imposées dans le pays de destination, au même taux et sur la même base que les biens produits localement. De cette manière, il n'y pas de différence de traitement fiscal entre les biens achetés sur le territoire national et les biens importés^{xxv}. Par contre, pour le commerce international de services et des biens incorporels, il n'existe pas de tels principes communs dans la mesure où les services ne peuvent, par définition, pas faire l'objet d'un contrôle aux frontières du fait de leurs caractères immatériels^{xxvi}.

En vertu de la version 2015 des Principes directeurs de l'OCDE en matière de TVA, l'imposition des transactions B2B dans la juridiction où a lieu la consommation est fondée sur le principe directeur nommé « *critère principal* ». Ce critère principal est régi par le principe directeur 3.2 qui stipule que « *le lieu de consommation pour les prestations entre entreprises, c'est la juridiction dans laquelle le client est situé* »^{xxvii}. Ce critère présomptif qui constitue la règle générale énonce que le lieu réel de consommation en cas de fourniture transfrontière de services et des biens incorporels susceptibles d'être fournis à distance à une entreprise destinataire non-résidente doivent être la juridiction dans laquelle le destinataire a établi sa présence commerciale. En effet, l'identité du client est « *normalement déterminée par référence à l'accord commercial* »^{xxviii}. Un accord commercial peut être un document écrit (par exemple, les factures) comme il peut être prouvé par des éléments probants dans des enregistrements de conversations téléphoniques sur la conclusion d'accords et portant sur l'offre ou la fourniture de services et/ou de biens incorporels. Ces éléments peuvent également apparaître sous forme électronique (courriels, prises de commande, paiements en ligne, etc.), voire sous d'autres formes encore à mesure que de nouvelles technologies apparaissent^{xxix}. Pour définir le lieu de

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

consommation des entreprises destinataires non-résidentes dans le cadre de transactions de commerce électronique entre entreprises en particulier dans les cas où le client dispose de plusieurs localisations, les juridictions sont encouragées par le Principe directeur 3.4^{xxx} à utiliser une méthode permettant de garantir que le droit d'imposition reviendra à la juridiction où est implanté l'établissement du client qui utilise le service ou le bien incorporel.

Sous-section 2 : Le lieu d'imposition des prestations de services et des fournitures de biens incorporels rendue à des non-assujettis (B2C)

Deux règles générales sont recommandées par l'OCDE pour déterminer le lieu d'imposition des fournitures de services et de biens incorporels entre entreprises et consommateurs finaux^{xxxii} :

- *pour les prestations qui sont matériellement exécutées en un lieu aisément identifiable et qui sont habituellement consommées au moment et là où elles sont matériellement exécutées en présence à la fois de la personne qui exécute la prestation et de celle qui la consomme (prestations destinées à être consommées sur place), le Principe directeur 3.5 recommande une règle relative au lieu d'imposition basée sur le lieu d'exécution de la prestation.*
- *pour les prestations qui ne sont pas couvertes par le Principe directeur 3.5, le Principe directeur 3.6 recommande un lieu d'imposition basé sur la résidence habituelle du consommateur.*

Par le biais du Principe directeur 3.5, l'OCDE vise principalement l'harmonisation internationale en matière de TVA sur les prestations qui sont immédiatement consommées en un lieu d'exécution identifiable, plutôt que celles qui peuvent être fournies à distance ou qui peuvent être consommées à un moment ultérieur. Ces prestations couvrent par exemple les services à la personne telle que la coiffure, le massage, la physiothérapie, le logement, les services des restaurants, les entrées au cinéma, au théâtre, à des expositions, les parcs et des compétitions sportives^{xxxii}. En fait, le Principe directeur 3.5 stipule que « Pour l'application du Principe directeur 3.1, c'est la juridiction dans laquelle la prestation est matériellement exécutée qui est en droit d'imposer les fournitures de services et de biens incorporels entre entreprises et consommateurs finals lorsque ces prestations :

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

- sont matériellement exécutées en un lieu aisément identifiable ;
- sont habituellement consommées au moment et là où elles sont matériellement exécutées, et
- requièrent habituellement la présence matérielle de la personne qui exécute la prestation et de celle qui consomme les services ou les biens incorporels au moment et à l'endroit où ces services ou ces biens incorporels sont matériellement exécutés »^{xxxiii}.

A défaut, et lorsqu'il s'agit des fournitures de services et de biens incorporels tels que les services de conseil, de comptabilité, les services juridiques, les services financiers et d'assurance, la location à long terme de biens meubles, les services de diffusion et de télécommunication, les fournitures de logiciels en ligne et leur mise à jour, la fourniture de contenus numériques (films, émissions de télévision, musique, etc.), le stockage de données numériques et les jeux en ligne, qui peuvent être^{xxxiv} :

- consommés à un autre moment que celui de leur exécution ; ou
- la consommation et/ou l'exécution est probablement continue ; ou
- aisément ou fréquemment fournis à distance.

Selon le Principe directeur 3.6 « Aux fins de l'application du Principe directeur 3.1, la juridiction dans laquelle le client a sa résidence habituelle a le droit d'imposer les fournitures de services et de biens incorporels entre entreprises et consommateurs finals, autres que ceux qui sont visés au Principe directeur 3.5 ». Pour de telles fournitures de services et de biens incorporels entre entreprises et consommateurs finaux, le lieu de la résidence habituelle du consommateur constitue le critère présomptif pertinent pour la juridiction de consommation, dans la mesure où on suppose que ce type de services et de biens incorporels seront généralement consommés dans la juridiction où le client a sa résidence habituelle^{xxxv}.

En Algérie, l'art. 7 du Code des taxes sur le chiffre d'affaires (CTCA) stipule « qu'une affaire est réputée faite en Algérie :

- en ce qui concerne la vente, lorsqu'elle est réalisée aux conditions de livraison de la marchandise en Algérie ;
- en ce qui concerne les autres opérations, lorsque le service rendu, le droit cédé, l'objet loué ou les études effectuées sont utilisés ou exploités en Algérie ».

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

L'article 07 qui précise la territorialité de TVA renvoie au lieu d'utilisation et la jouissance du service sans aucune référence à la résidence du client. Il serait nécessaire que l'Algérie modifie la législation existante pour veiller à ce qu'il n'y aurait pas de double imposition pour ces fournitures.

Les nouvelles règles respectent-elles le principe de neutralité dans la taxation du commerce électronique?

L'OCDE affirme qu'au biais de la nouvelle norme, l'achat de services et de biens incorporels à des fournisseurs établis dans des juridictions à taux faibles ou nuls ne procure dès lors aucun avantage fiscal au consommateur final. Le consommateur est une cible probable, en particulier dans le cadre des taxes à la consommation, mais la mobilité, l'ambiguïté et l'anonymat constituent des problèmes lorsqu'il s'agit d'identifier les consommateurs^{xxxvi}.

Section 2 : L'identification du client dans les fournitures transfrontalières de services et de biens incorporels

La fiscalité basée sur le concept de résidence est la pierre d'assise de l'assujettissement non seulement à l'impôt direct mais aussi à l'impôt sur la consommation. Elle correspond à toute personne ayant sa résidence dans le pays taxateur, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une entreprise^{xxxvii}. Selon l'OCDE, une entreprise dispose de plusieurs moyens pour identifier le pays de résidence de l'acheteur, où a lieu la consommation en s'appuyant sur des facteurs objectifs tels que l'adresse de facturation ou d'autres indices de résidence, vérifiables par l'entremise du tiers de confiance, la certification numérique (le cas échéant) ou d'autres moyens. Néanmoins, cela peut supposer une gestion lourde pour l'entreprise et n'échappe pas au risque d'erreur lorsqu'un client parvient à dissimuler sa localisation^{xxxviii}. Ces manœuvres d'anonymat intentionnel favorisent l'omission de déclarer certaines opérations et rendent difficile le prélèvement de l'impôt^{xxxix}.

Sous-section 1 : Les échanges internationaux B2B de services et de biens incorporels

L'identité est aujourd'hui déterminée par une sphère territoriale et une sphère virtuelle. Les innovations technologiques ont permis aux multinationales

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

de fuir les territoires vers les réseaux^{xl}. S'ajoute à cela qu'il est possible de cacher volontairement l'identité de l'acheteur par l'utilisation d'adresses e-mail anonymes^{xli}.

L'OCDE a indiqué qu'aux fins de ces Principes directeurs, les opérations entre entreprises sont supposées celles où le fournisseur et le client sont considérés comme des entreprises. Les opérations entre entreprises et consommateurs finaux sont supposées être celles où le client n'est pas reconnu comme une entreprise^{xlii}. La première étape que le fournisseur doit l'effectuer pour déterminer le traitement de TVA / TPS appropriée est d'établir si son client est une entreprise ou pas^{xliii}. En effet, le concept d'entreprise, en tant que telle, n'a pas été définis dans les lignes directrices de l'OCDE à des fins de TVA ce qui peut conduire à des difficultés pour évaluer si un destinataire d'un service est considéré comme une entreprise ou comme un consommateur. L'OCDE s'est contentée d'une simple note de bas de page N°23, qu'on pourrait en passer inaperçue stipulant que « *les entités juridiques peuvent comprendre les personnes physiques et les institutions non-commerciales telles que les gouvernements, les organisations sans but lucratif et d'autres institutions* »^{xliv}. Nombreux sont les commentateurs qui ont plaidé pour une définition claire qui pourrait être la suivante: la « *personne imposable* », toute personne qui, indépendamment, réalise en tout lieu, une activité économique, quel que soit le but ou les résultats de cette activité. Ainsi, d'avis que la notion de « *consommateur* » devrait également être définie. A titre de simplification, ils ont proposé de le définir comme toute personne qui ne se qualifie pas comme une entreprise^{xlv}. Il est souvent difficile en pratique de déterminer si un client est considéré comme une entreprise ou un consommateur vu que le « *bénéficiaire* » n'a pas un numéro de TVA alors qu'il devrait probablement être considéré comme une entreprise dans son pays du point de vue du fournisseur^{xlvi}. Le fournisseur peut également évaluer si le client est une société ou un consommateur privé en se basant sur le type de produit vendu et les quantités achetées^{xlvii}. L'OCDE a expliqué que « *les juridictions peuvent envisager d'obliger les vendeurs à fournir le numéro d'identification à la TVA de leurs clients, ou un numéro d'identification fiscale, ou tout autre élément (par exemple l'information disponible dans les registres de commerce) afin d'établir leur statut. Lorsqu'un vendeur, agissant de bonne foi et ayant fait des démarches raisonnables, n'est pas en mesure d'obtenir les documents nécessaires à l'établissement du statut de son client, on peut présumer que le client n'est pas une entreprise, auquel cas les règles en vigueur pour les*

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

fournitures destinées aux consommateurs finaux pourraient s'appliquer »^{xlvi}. En conséquent, KPMG^{xlvi} a conclu que si un fournisseur a agi de bonne foi et fait tous les efforts raisonnables pour déterminer le statut du client, une autorité fiscale ne devrait pas remettre en question le traitement de TVA / TPS résultant appliqué. Quand un fournisseur trompe délibérément sur son statut ou la résidence d'un client, cela ne devrait pas se traduire par le fournisseur d'être exposé à des sanctions^l.

Sous-section 2 : Les échanges internationaux B2C de services et de biens incorporels

De nature, Internet ne repose sur aucun emplacement physique. L'emplacement physique n'a aucune importance puisque la nature même du réseau veut qu'on puisse accéder à un site par tout autre ordinateur situé n'importe où dans le monde et connecter au Net^{li}. De fait, et lorsqu'il s'agit d'opérations entre entreprises et consommateurs finaux B2C, les juridictions sont encouragées par l'OCDE à autoriser les fournisseurs à s'appuyer, autant que possible, sur l'information qu'ils obtiennent habituellement de leurs clients dans le cadre de leur activité commerciale normale, pour autant que cette information fournisse une preuve raisonnablement fiable du lieu de résidence habituelle de leurs clients^{lii}.

L'OCDE explique que « *la détermination de la juridiction où le client a sa résidence habituelle peut comprendre l'information obtenue au cours du processus commercial (par exemple le processus de commande) comme la juridiction et l'adresse du client, ses coordonnées bancaires (notamment le pays du compte bancaire) et l'information liée à sa carte de crédit. Les juridictions peuvent exiger que la fiabilité de ces informations soit corroborée par des indices supplémentaires relatifs à la résidence du client. Dans certains cas, de tels indices peuvent constituer la seule indication de la juridiction de résidence habituelle du client. Ces indices seront différents selon le type de commerce en cause et peuvent comprendre un numéro de téléphone de contact, l'adresse IP de l'appareil utilisé pour télécharger des contenus numériques ou l'historique commercial du client (qui peut par exemple comprendre des informations sur le lieu de consommation principale, la langue des contenus fournis ou l'adresse de facturation). Ces indicateurs sont vraisemblablement appelés à évoluer au fil du temps à mesure que les TIC et les pratiques commerciales évoluent* »^{liii}.

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

M. Franck le Mentec, avocat, s'est interrogé, en pratique comment les administrations fiscales des Etats membres de l'Union Européenne vont-ils pouvoir identifier l'établissement ou le domicile du consommateur ? Souvent, quand on pense aux critères de domiciliation, on cite les fameux six mois de résidence en France. La même règle existée aussi en Algérie^{liv}. La règle des 180 jours pose un vrai problème, car beaucoup de personnes ne la respectent pas. Or la durée de résidence est essentielle. On compte toujours sur le nombre de jours, mais ce n'est qu'un critère parmi d'autres. Le critère principal est quand même le lieu de résidence du foyer. En effet, les contribuables s'adaptent aux méthodes des vérificateurs en matière de fausse domiciliation et ne laissent aucune trace au travers le recours à des techniques plus sophistiquées de chalandage fiscal : « ils n'ont pas de bail à leur nom et logent, par exemple, trois ou quatre fois par semaine dans leur ancien domicile donné à leurs enfants »^{lv}. Il faut aussi prendre en compte, entre autres, le centre des intérêts personnels, économiques. Lorsqu'un Luxembourgeois télécharge un fichier dans un cybercafé en France, comment établir le domicile ou l'établissement du consommateur ? Se fie-t-on à l'adresse IP, faut-il envoyer son numéro de passeport - qui n'indique d'ailleurs pas le lieu du domicile^{lvi}?

Toutefois, vérifier le pays de résidence d'un consommateur en utilisant l'adresse IP de l'appareil utilisé pour recevoir la fourniture à distance ne peut pas être un indicateur fiable de la compétence de résidence habituelle parce que les consommateurs utilisent systématiquement la technologie, tels que les réseaux privés virtuels (VPN), qui masque l'adresse IP^{lvii}. Aussi, l'utilisation des cartes-cadeaux ou des codes numériques préachetés pour le paiement pour le droit de téléchargement d'un contenu numérique soulève des questions similaires.

La TVA peut ne pas avoir été recueillie lorsque la carte-cadeau ou le code numérique ont été acquis. Il n'y a pas d'information portant sur le lieu de résidence habituelle du consommateur^{lviii}. En outre, l'utilisation de la langue du contenu numérique fourni en tant qu'indicateur du pays de résidence habituelle soulève des questions similaires. Les fournisseurs ne classent pas leurs produits par la langue, mais plutôt par le nombre de produits. Il est peu probable que le système de facturation du fournisseur puisse reconnaître le langage de la teneur en se référant au numéro de produit. La langue et le contenu ne sont pas des indicateurs utiles du pays de résidence. Par exemple, lorsque le contenu des commandes des clients en espagnol, le fournisseur ne sera pas être en mesure de déterminer dans quels des nombreuses juridictions de langue espagnole le

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

consommateur réside. De nombreux fournisseurs distants de haut volume de contenu de faible valeur anticipent une activité commerciale et exigent que leurs clients mettent en place un compte qui facilite les transactions futures. Le compte information comprend généralement une adresse postale pour le client ainsi que des informations de facturation tel qu'un numéro de carte de crédit et une adresse de carte de crédit de facturation, qui est généralement le même que l'adresse mail. Les fournisseurs intégreront ce système pour déterminer la résidence du client pour les achats faite en utilisant le compte. Les fournisseurs de contenu à distance qui ne contemplent pas répéter des affaires ne nécessitent habituellement pas que leur client mis en place un compte, et ne peut exiger un numéro de carte de crédit et adresse de facturation avant la fin de la transaction. Softec croyait que l'utilisation de ces informations pour déterminer la résidence habituelle des acheteurs est suffisamment fiable qu'elle devrait être acceptée par les juridictions à la TVA^{lix}.

Dans le même contexte, *Tax Executives Institute (TEI)* a posé les défis dont ils sont confrontées les fournisseurs à fin d'obtenir une documentation fiable pour établir la résidence dans le cas de fournitures de faible valeur effectuées avec un minimum d'interaction entre le fournisseur et le client. L'Institute a indiqué que l'existence de tel contrat sera plus précise que deux éléments de preuve moins fiables, ce qui rend l'évaluation de la qualité des preuves encore plus importante que la quantité d'éléments de preuve. Elle a suggéré dans ces commentaire qu'il peut être acceptable pour les fournisseurs de compter sur un seul élément de preuve d'un haut degré de fiabilité, par exemple, l'information fourni à un fournisseur par un processeur de paiement, comme une carte bancaire ou de crédit, est plus fiable pour l'identification de résidence du client qu'une adresse IP^{lx}.

Certaines petites entreprises de vente de modèles de tricot sur les plates formes ont exprimé dans leurs commentaires la difficulté à se conformer à ces Principes vu que *Paypal*^{lxii} ne fournissent pas les données de localisation du client nécessaire requises par les règlements, seule une indication du pays. Les clients ont préféré mettre fin à des achats lorsqu'on leur demande de l'information supplémentaire (adresse complète, numéro de téléphone, etc) nécessaire pour un téléchargement numérique. Ils ne veulent pas partager cette information supplémentaire avec les petites entreprises^{lxiii}. L'Association suisse des banquiers (SBA) a souligné que les contribuables et les autorités fiscales ont besoin de certitude juridique pour la détermination du lieu d'imposition. Un

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

nombre limité et peu d'indices devraient permettre la détermination du lieu habituel de résidence du client. Ces indices devraient être reconnus par toutes les parties afin d'éviter la double imposition ou la non-imposition. En outre, ces indices devraient être recouvrables au cours des processus d'affaires normales afin d'éviter une charge administrative supplémentaire^{lxiii}.

Conclusion

Le paysage de la fiscalité internationale connaît depuis quelques années une mutation profonde sous l'effet de la mondialisation et la numérisation de l'économie. Les pays ont défini de nouvelles normes pour vue que sa mise en œuvre généralisée permette de protéger leurs bases d'impositions^{lxiv}.

Au sein de l'Union Européenne, depuis le 1er janvier 2015, c'est le « *principe de destination* » qui s'applique : le lieu de prestation des services est le lieu où le preneur non assujéti est établi, à son domicile ou sa résidence habituelle, quel que soit le lieu d'établissements du prestataire^{lxv}. Bien que l'UE ait pu adopter des règles contraignantes « *hard law* » notamment en matière de TVA, les Principes directeurs de l'OCDE ne prétendent pas être juridiquement contraignants, elles relèvent en fait du « *soft law* ». Néanmoins, l'expérience a montré qu'ils ont une forte réputation persuasive avec les gouvernements des deux membres et non-membres de l'OCDE^{lxvi}. En conséquence, les lignes directrices et tous commentaires éventuels les concernant doivent être suffisamment clairs et complets de façon à minimiser les risques d'une double imposition de la même transaction^{lxvii}. Ces Principes directeurs sont applicables à toutes les fournitures transfrontalières de services et biens intangibles et ne sont pas uniquement destinées à être appliqués aux entreprises qui opèrent au sein de l'économie numérique seulement. Ce malentendu peut se produire parce que ces Principes ont été produits dans le contexte de l'action 1 du plan BEPS^{lxviii} de l'OCDE/G20 sur les défis de l'économie numérique^{lxix}. L'OCDE propose que la plupart des services fournis B2C devraient être taxés sur la base du principe destination, à savoir baser sur la résidence habituelle du client, comme étant le meilleur indicateur pour identifier le lieu de la consommation (règle générale). Toutefois, l'OCDE souligne que la règle générale ne peut pas donner une bonne indication du lieu de la consommation dans le cas de « *la fourniture des services sur place* », une deuxième règle - à savoir généralement où les services sont effectivement réalisés (en présence à la fois de la personne qui effectue la livraison et la personne qui la consomme^{lxx}. Même si les pays

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

sont d'accord sur la norme à appliquer qui est la résidence habituelle du client, si les critères utilisés pour déterminer cette résidence sont prescrits et différents, alors la double imposition est probable^{lxxi}. On soutient l'avis des commentateurs qui ont plaidé pour que la détermination du lieu de résidence du client doive, autant que possible, être par référence à l'information qui est facilement disponible au moment de l'approvisionnement^{lxxii}.

Vu l'aménagement des règles de territorialité de TVA/TPS visant à harmoniser les régimes nationaux sur la base du principe de taxation au lieu de destination, il paraît nécessaire d'adapter le régime de la TVA en Algérie à la numérisation de l'économie étant donné que le régime actuel est incapable d'intégrer les services et les biens incorporels fournis par internet.

La Confédération Fiscale Européenne a indiqué qu'il est impossible d'accepter que les juridictions, dans leurs règles générales, ne fassent pas la différence entre business-to-business et business-to-consommateurs-fournitures dans leur législation nationale, comme le cas de l'Algérie, car il est nécessaire d'appliquer des règles d'imposition uniforme, afin de garantir le droit à déduction^{lxxiii}.

En effet, les Principes directeurs de TVA / TPS de l'OCDE visent à fournir un cadre global basé sur deux principes fondamentaux - le principe de la neutralité et le principe de destination - tout en même temps sauvegarder les recettes de la TVA pour les gouvernements et la réalisation d'un terrain de jeu de niveau. Cependant, pour fonctionner dans un environnement mondial, les critères suivants sont d'une importance égale aux entreprises: neutralité; l'efficacité de la conformité et de l'administration; certitude et de simplicité; efficacité; et justice^{lxxiv}. *Retail NZ*^{lxxv} a apprécié les efforts de l'OCDE sur l'application du principe de destination sur les services et les actifs incorporels, elle a suggéré que ce même principe énoncé dans le document de travail devrait également être appliqué aux biens corporels. Les lignes directrices prévoient un excellent point de départ pour l'élaboration d'un accord international sur la collecte de tout impôt sur la consommation. Un tel accord est attendu depuis longtemps, les gouvernements doivent agir maintenant pour éliminer les distorsions des marchés des biens ainsi que des services et des biens incorporels et en vue de promouvoir une mise en œuvre cohérente du principe de destination dans la fiscalité indirecte au niveau mondial^{lxxvi}. La Chambre de Commerce Internationale (CCI) a indiqué dans ces commentaires sur les Principes Directeurs de TVA/TPS que pour trouver un équilibre entre la sauvegarde des

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

recettes de TVA et d'assurer la certitude et la simplicité pour les entreprises, en tant que collecteurs de la taxe, il devrait y avoir une coopération entre les gouvernements et également entre les gouvernements et les entreprises, ainsi qu'un cadre global de coopération établie de manière cohérente dans les différentes juridictions plutôt que d'un état d'esprit de compétence^{lxxvii}. Pour la mise en œuvre réussie de ces Principes, il est essentiel, indique la CCI qu'il y ait un niveau élevé d'efforts concertés par les pays vers l'alignement des législations nationales (y compris la conformité de l'information)^{lxxviii}.

En effet, l'application des nouvelles règles de TVA/TPS qui confèrent le lieu d'imposition des fournitures de biens et de services incorporels au lieu où réside le client qui est le lieu où consomme le consommateur en vertu du principe de destination, est relativement simple sur le plan conceptuel, mais les problèmes surgissent en pratique, lors de la perception de la TVA due^{lxxix}. Il reviendra cependant aux prestataires de service de déterminer le taux de TVA applicable selon le lieu de résidence du client en fonction de différents critères, à savoir, l'adresse IP, les intermédiaires financiers....etc, « source d'insécurité juridique pour les opérateurs »^{lxxx}.

Bas de page

ⁱ OCDE, « *Principes directeurs internationaux de pour la TVA/TPS* », Novembre 2015, page52, disponible à l'adresse, <https://www.oecd.org/fr/ctp/consommation/principes-directeurs-internationaux-tva-tps.pdf>, consulté le 17 juillet 2016.

ⁱⁱ LA COMMISSION DES FINANCES, DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE ET DU CONTRÔLE BUDGÉTAIRE FRANÇAIS, « *L'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international* », Rapport d'information enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013, page04, , disponible à l'adresse, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i1243.asp>, consulté le 14 février 2016.

ⁱⁱⁱ OCDE, « *Les incidences économiques et sociales du commerce électronique : résultats préliminaires et programmes de recherche* », 1999, page12, disponible à l'adresse,

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/les-incidences-economiques-et-sociales-du-commerce-electronique_9789264272088-fr, consulté le 16 novembre 2016.

^{iv} OCDE, « *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique* », page 83, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Edition OCDE, 2014, disponible à l'adresse, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264225183-fr>, consulté le 8 novembre 2015.

^v OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page 83.

^{vi} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page 84.

^{vii} OMD, « *Commerce électronique : Questions découlant des échanges de vues de la Commission de politique générale et taches à ajouter au Programme de travail du PTC* », Bruxelles, le 6 février 2015. COMITE TECHNIQUE PERMANENT, 207 eme/208 eme sessions, 3, le 6 mars 2015, page10, disponible à l'adresse, <http://www.wcoomd.org/~media/WCO/Public/FR/PDF/Topics/Facilitation/Resources/Permanent%20Technical%20Committee/207%20208/Items/PC0401F1.ashx?db=web>, consulté le 28 aout 2016.

^{viii} OCDE, « *La révolution des communications et la mondialisation du commerce : conséquence pour la politique et l'administration fiscale* », page17, Déclaration d'orientation du Comité des Affaires fiscales de l'OCDE devant être présentée lors de la Conférence internationale « *Démantèlement des obstacles au commerce électronique mondial* », 19-21 novembre 1997 à Turku, Finlande, DAFFE/CFA(97)35/REV2, disponible à l'adresse, [https://www.google.com/url?q=http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=3DDAFFE/CFA\(97\)35/REV2%26docLanguage=3DFr&sa=U&ved=0ahUK_EwjC_-PFqeHOAhWINpoKHdcaB8EQFggQMAU&client=internal-uds-cse&usq=AFQjCNHn1X7JS6Fw7GuslB1XdChnFBgeTw](https://www.google.com/url?q=http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=3DDAFFE/CFA(97)35/REV2%26docLanguage=3DFr&sa=U&ved=0ahUK_EwjC_-PFqeHOAhWINpoKHdcaB8EQFggQMAU&client=internal-uds-cse&usq=AFQjCNHn1X7JS6Fw7GuslB1XdChnFBgeTw), consulté le 27 aout 2016.

^{ix} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page13.

^x OCDE, « *La révolution des communications et la mondialisation du commerce : conséquence pour la politique et l'administration fiscale* », page18.

^{xi} GUILLANDLA Nicolas, « *La TVA et les services électroniques: l'appréhension de l'immatériel par la fiscalité indirecte* », Rapport de recherche – master 1 - droit des affaires- UNIVERSITÉ D'AIX-EN-PROVENCE, 2014-2015, page16.

^{xii} HUET Frédéric, « *La fiscalité du commerce électronique* », Edition Litec, Paris, 2000, page78.

^{xiii} OCDE, « *La révolution des communications et la mondialisation du commerce : conséquence pour la politique et l'administration fiscale* », page24.

^{xiv} BRUNET Frédéric au nom de la commission fiscales adoptée par l'assemblée générale du 10 mai 2001, « *Une proposition de directive TVA sur la taxation du commerce électronique en ligne : un effort pour une concurrence fiscale saine a plan des principes mais délicate à appliquer au sein d'un cyberspace* », page05, Chambre de commerce et d'industrie de paris, disponible à l'adresse, <http://cci-parisidf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/bru0105.pdf>, consulté le 23 décembre 2015.

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

^{xv} SENAT FRANCAIS, Groupe de travail de la commission des finances du Sénat sur le recouvrement de l'impôt à l'heure de l'économie numérique, « *le e-commerce : propositions pour une TVA payée à la source* », Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, session extraordinaire 2014-2015, n° 691, 87 pages, déposé le 17 septembre 2015, page07, disponible à l'adresse, <https://www.senat.fr/notice-rapport/2014/r14-690-notice.htm>, consulté le 20 décembre 2016.

^{xvi} OECD, « *Comments received on public discussion drafts* », page168, Discussion draft for public consultation: 'International VAT/GST Guidelines – Guidelines on place of taxation for business-to-consumer supplies of services and intangibles and provisions on supporting the guidelines in practice, 25 february 2015, disponible à l'adresse, http://www.oecd.org/ctp/consumption/03_public-comments-oecd-international-vat-gst-guidelines.pdf, consulté le 15 octobre 2016.

^{xvii} OCDE, « *L'application des impôts sur la consommation aux échanges internationaux de services et de biens incorporels* », Rapport d'étape et projet de principe, Centre for tax policy and administration, page03, disponible à l'adresse, https://www.google.com/url?q=http://www.oecd.org/fr/ctp/consommation/34422670.pdf&sa=U&ved=0ahUKEwi_lo3ChOHOAhWBSBQKHUJUAIEQFggZMAk&client=internal-uds-cse&usq=AFQjCNF7_stEMf4Rk44nLwO1bU6XXmtnOQ, consulté le 27 aout 2016.

^{xviii} COMMISSION EUROPEENNE, direction générale de la TVA et les douanes (XXI), « *Rapport sur l'impact du commerce électronique sur la TVA et les douanes* », numéro XXI/98/0359 du 3 avril 1998, page08, disponible à l'adresse électronique, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/interim_report_on_electric_commerce_fr.pdf, consulté le 23 novembre 2016.

^{xix} ZIKARA Mustapha, « *Loi de finance 2017* », page 205, disponible à l'adresse, <file:///C:/Users/djamel/Downloads/PAK%20LF%202017%20V.01%20loi%20notes%20communiqu%C3%A9s%20et%20articles%20DGI%20+nouveaux%20d%C3%A9clarations%20+autres.pdf>, consulté le 05 février 2017.

^{xx} Organisation pour la coopération et de développement économiques.
^{xxi} Les Principes directeurs en matière de TVA/TPS reposent sur deux principes fondamentaux adoptés par le Comité des affaires fiscales:

- le principe de « neutralité » en vertu duquel la TVA sur la consommation finale est un impôt qui doit être neutre pour les entreprises, et
- le principe de « destination » en vertu duquel des services et des biens incorporels qui font l'objet d'échanges internationaux doivent être soumis à la TVA dans la juridiction où ils sont consommés.

OCDE, « Les principes directeurs internationaux de l'OCDE pour l'application de la TVA/TPS », février 2006, page03.

^{xxii} OMD, rapport précité, page20.

^{xxiii} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page31.

^{xxiv} **OCDE, « Les principes directeurs internationaux de l'OCDE pour l'application de la TVA/TPS, Principes directeurs pour la neutralité », Comité des affaires fiscales, Groupe de travail N°9 sur les impôts sur la consommation, Centre de politique et d'administration**

Territorialité de la TVA en matière de commerce électronique

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

fiscale, 28 juin 2011, page05, disponible à l'adresse, <https://www.oecd.org/fr/ctp/consommation/48331980.pdf>, consulté le 24 aout 2016.

^{xxv} CHARLET Alain, BUYDENS Stephan, « *Les principes directeurs de l'OCDE sur la neutralité de la taxe sur la valeur ajoutée/taxes sur les produits et services* », Revue de planification fiscale et financières, Vol 33, n°1, page95, disponible à l'adresse, www.oecd.org/ctp/.../OECDInternationalVATGSTGuidelinesNeutrality.p..., consulté le 15 mars 2016.

^{xxvi} OCDE, « *Les principes directeurs internationaux de l'OCDE pour l'application de la TVA/TPS* », CENTRE DE POLITIQUE ET D'ADMINISTRATION FISCALES, février 2006, page09, disponible à l'adresse, <https://www.oecd.org/fr/ctp/consommation/36179233.pdf>, consulté le 24 aout 2016.

^{xxvii} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page34.

^{xxviii} Principe directeur 3.3 stipule que « *aux fins de l'application du Principe directeur 3.2, l'identité du client est normalement déterminée par référence à l'accord commercial* ».

^{xxix} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page35.

^{xxx} Principe directeur 3.4 stipule que « *aux fins de l'application du Principe directeur 3.2, lorsque le client possède des établissements dans plusieurs juridictions, les droits d'imposition reviennent à celle(s) où se trouvent l'établissement ou les établissements qui utilisent le service ou le bien incorporel* ».

^{xxxi} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page53.

^{xxxii} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page53.

^{xxxiii} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page54.

^{xxxiv} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page55.

^{xxxv} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page55.

^{xxxvi} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page53.

^{xxxvii} SEOGO Karim, « *La fiscalité internationale et le commerce électronique* », 4juillet 2015, disponible à l'adresse, <http://lefaso.net/spip.php?article65641>, consulté le 20 janvier 2016.

^{xxxviii} OCDE, « *Les règles actuelles d'impositions des bénéficiaires industriels ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique* », rapport final, page75, rapport final, centre de politique et d'administration fiscales (PAF), 2004, disponible à l'adresse, <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/35869074.pdf>, consulté le 11 avril 2016.

^{xxxix} Nations Unies, Secrétariat, Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale, « *Considérations fiscales pour l'entreprise électronique* », Dixième réunion, Genève, 10-14 septembre 2001, page04, disponible à l'adresse, unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan001714.pdf, consulté le 03 février 2017.

^{xl} CHOTARD Antoine, « *Les modèles d'affaires de l'économie numérique* », LAN / Novembre / Décembre 2009 - n°24, page15, disponible à l'adresse, www.aecom.org/content/.../Dossier_ModelesEcoNum_lan24_web.pdf, consulté le 10 mai 2016.

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

^{xli} Wiss. Mit. Nina Marx et August Georg, « *Imposer au vingt-et-unième siècle: le commerce électronique et les impôts sur internet du point de vu allemand, européen et international* », Revue « *Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires* » 1999/3, disponible à l'adresse, www.fontaneau.com/v2/?p=262, consulté le 19 aout 2016.

^{xlii} **OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page33.**

^{xliii} OCDE, documents précité, page142.

^{xliv} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page36.

^{xlvi} OCDE, document précité, page108.

^{xlv} OCDE, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page140.

^{xlvi} KERRIGAN Arthur, « *TVA sur le commerce électronique : pourquoi doit-on changer les règles ?* », **Issu de** Petites affiches - 21/02/2002 - n° 38 - page 37.

^{xlviii} **OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page33.**

^{xlix} KPMG est un réseau international de cabinets d'audit et de conseil exerçant dans 152 pays.

ⁱ OCDE, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page144.

ⁱⁱ COMMISSION EUROPEENNE, direction générale de la TVA et les douanes (XXI), « *Rapport sur l'impact du commerce électronique sur la TVA et les douanes* », page06.

ⁱⁱⁱ OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page56.

^{liii} OCDE, rapport précité, Novembre 2015, page56.

^{liv} En effet, l'art 3 §2 du CIDTA stipule que « *Sont considérés comme ayant en Algérie leur domicile fiscal :*

- a) *les personnes qui y possèdent une habitation à titre de propriétaires ou d'usufruitiers ou qui en sont locataires lorsque, dans ce dernier cas, la location est conclue soit par convention unique, soit par conventions successives pour une période continue d'au moins une année,*
- b) *les personnes qui y ont soit le lieu de leur séjour principal, soit le centre de leurs principaux intérêts ».*

^{lv} BOCQUET Eric, « *Evasion des capitaux : Commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ces incidences fiscales* », Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 juillet 2012 Dépôt publié au Journal Officiel, Édition des Lois et Décrets du 18 juillet 2012, Tome I : rapport, page 397, disponible à l'adresse, <https://www.senat.fr/rap/r11-673-2/r11-673-21.pdf>, consulté le 19 juin 2016.

^{lvi} MARINI Philippe, « *La fiscalité numérique* », rapport d'information fait au nom de la Commission Des Finances, Sénat n 614, le 27 juin 2012, disponible à l'adresse, <http://www.senat.fr/rap/r11-614/r11-6141.pdf>, consulté le 7 mars 2015 , page203.

^{lvii} OCDE, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page185.

^{lviii} OCDE, document précité, page186.

^{lix} OCDE, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page186.

^{lx} OCDE, document précité, page202.

**Territorialité de la TVA
en matière de commerce électronique**

EL ARABI Afaf- Doctorante à Université Oran 2

^{lxi} PayPal est un service de paiement en ligne qui permet de payer des achats, de recevoir des paiements, ou d'envoyer et de recevoir de l'argent.

^{lxii} OECD, document précité, page138.

^{lxiii} OECD, document précité, page188.

^{lxiv} OCDE, « *Cadre inclusif pour la mise en œuvre du projet BEPS* », Note d'information, mars 2016, disponible à l'adresse, https://www.google.com/url?q=http://www.oecd.org/fr/ctp/note-information-cadre-inclusif-pour-la-mise-en-oeuvre-du-projet-beps.pdf&sa=U&ved=0ahUKEwi7qIS9hrnPAhUEExoKHWtpBC04ChAWCBkwCA&client=internal-uds-cse&usg=AFQjCNGK8X5tXgVWT5MxT_ErE4VreYfTLg, consulté le 01 octobre 2016.

^{lxv} SENAT FRANCAIS, Groupe de travail de la commission des finances du Sénat sur le recouvrement de l'impôt à l'heure de l'économie numérique, « *le e-commerce : propositions pour une TVA payée à la source* », rapport précité, page24.

^{lxvi} OECD, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page142.

^{lxvii} OECD, documents précité, page142.

^{lxviii} Érosion de la base imposable et transfert de bénéfices (*Base erosion and profit shifting*).

^{lxix} OECD, document précité, page150.

^{lxx} OECD, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page173.

^{lxxi} OECD, document précité, page224.

^{lxxii} OECD, document précité, page236.

^{lxxiii} OECD, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page68.

^{lxxiv} OECD, « *Comments recieved on public discussion drafts* », page129.

^{lxxv} Association commerciale qui représente les intérêts des détaillants en Nouvelle-Zélande.

^{lxxvi} OECD, document précité, page179.

^{lxxvii} OECD, document précité, page129.

^{lxxviii} OECD, document précité, page129.

^{lxxix} International Monetary Fund (FMI), « *SPILLOVERS IN INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION* », IMF POLICY PAPER, Washington, D.C. May 9, 2014, page50, disponible à l'adresse, <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>, consulté le 11 novembre 2016.

^{lxxx} GUILLANDLA Nicolas, « *La TVA et les services électroniques: l'appréhension de l'immatériel par la fiscalité indirecte* », Rapport de recherche – master 1 - droit des affaires- UNIVERSITÉ D'AIX-EN-PROVENCE, 2014-2015, page23.

ISSN : 2543-3865

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche scientifique



Centre universitaire - Aflou

Institut de droit et de sciences politiques



ELMOSTAKBAL

**Des études juridiques et politiques
revue périodique international
scientifique arbitrée**



Numéro(04)décembre2018