جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة

نيابة مديرية الجامعة للتكوين العالي في الطور الثالث
والتأهيل الجامعي والبحث العلمي وكذا التكوين العالي فيما بعد التدرج

ملتقى دولي عن بعد
الجزائر 11 أفريل 2021

مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة

المجلد 35، عدد خاص - حوليات جامعة الجزائر1

مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة
LES SOURCES DU DROIT : ENTRE SOUVERAINETE NATIONALE ET NOUVELLES EXIGENCES

Université d'Alger 1 BENYOUCEF BENKHEDDA

Vice Rectorat de la Formation Supérieure de Troisième Cycle,
l'Habilitation Universitaire, la Recherche Scientifiques
et la Formation Supérieure de Post-Graduation

Colloque international à distance
Alger 11 Avril 2021

LES SOURCES DU DROIT : ENTRE SOUVERAINETE NATIONALE ET NOUVELLES EXIGENCES

Volume 35, numéro spécial - Les annales de l'université d'Alger1

الرئـــيس الشرفـــي

أ.د .عبد الحكيم بن تليس: مديــر جـامعة الجزائــر 1 بن يـوسف بن خدة

رئـــــيسة التحريـــر

د.مــدافر فــايزة: نائب مدير الجامعة مكلفة بالتكوين العالي في الطور الثالث والتأهيل الجامعي والبحث العلمي وكذا التكوين العالي فيما بعد التدرج

تصفـيف وإخــراج

مصلحة المنشورات

حوليـــات جــامعة الجزائـــر 1

المجلد 35 عدد الخاص

نوفمبر 2021

حوليـات جامعة الجـزائر 1

أول إصدار سنة **1986**

- العنوان : 02 شارع ديدوش مراد ، الجزائر

- الهاتف / الفاكس :**+213.21.63.77.27**

- البريد الإلكتروني :**hawliyatalger@yahoo.fr**

الآراء والأفكـار المعبر عنهـا في المقـالات المنشـورة في المجـلة

لا تلزم إلا أصحـابهـا ولا تعبر عن رأي المجلة

رقم الإيداع القانوني : **87 –1986**

ردمد : **1111–0910**

مصادر القانون بين السيادة الوطنية و المتطلبات الجديدة

LES SOURCES DU DROIT : ENTRE SOUVERAINETE NATIONALE ET NOUVELLES EXIGENCES

ملتقى دولي عن بعد 11 أبريل 2021

تحت إشراف الأستاذ علي فيلالي ، جامعة الجزائر 1

جـامعة الجـزائـر 1

اللجنـــــــــــة العلميـــــــــــة

اللجنة العلمية

رئيس اللجنة العلمية: الأستاذ علي فيلالي، أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،

نائب رئيس اللجنة العلمية: د/آمال بن رجدال ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،

الأستاذ علي بن شنب ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة بورغون ، فرنسا.

الأستاذ فيليب دلباك، أستاذ التعليم العالي ، جامعة السوربون باريس1، فرنسا.،

الاستاذ الطيب زروتي ، أستاذ التعليم العالي ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،

الأستاذة ذهبية حامق ، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،

الأستاذ كمال حدوم، أستاذ التعليم العالي، كلية جامعة امحمد بوقرة بومرداس ،

الأستاذ سامي بن حملة، أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،

الأستاذة مدافر فايزة ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة ليلى حدوم ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة عمروش فوزية، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة نريمان مسعود بورغدة ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

الأستاذ عبد الحق قريمس ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة جيجل،

الأستاذ عثمان دشيشة، أستاذ محاضر، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،

الأستاذة خديجة فاضل، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

الأستاذ بعجي أحمد، أستاذ محاضر ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة لطيفة بوراس ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة جويدة عمريو، أستاذ محاضر، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة سليمة بن زايد ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1،

الأستاذة فتيحة عرورة ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1،

اللجنة التنظيمية

رئيس اللجنة التنظيمية د/ مدافر فايزة ، نائب رئيس جامعة الجزائر 1،

د/ بن رجدال آمال، أستاذ محاضر، جامعة الجزائر 1،

د/ ساسي نجاة، أستاذ محاضر، جامعة الجزائر 1،

د/ بعجي محمد، أستاذ محاضر، جامعة الجزائر 1،

د/ جعفور ليندة، أستاذ مساعد، جامعة الجزائر 1،

كلمة الأستاذة فايزة مدافر

نائب مدير الجامعة المكلفة بالدراسات العليا والبحث العلمي

- جامعة الجزائر 1-

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد مدير جامعة الجزائر 1، السيد عميد كلية الحقوق ،السيد رئيس اللجنة العلمية، السيدات والسادة الحضور، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

إنه من دواعي الغبطة والسرور أن أكون معكم في افتتاح الملتقى الدولي **مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة**، الذي تأخر تنظيمه بسبب الظروف الاستثنائية المرتبطة بالوباء، والذي ينظم اليوم عبر تقنية التحاضر عن بعد، والذي من خلاله نرفع في جامعة الجزائر 1 التحدي لمواصلة النشاط العلمي وتنظيم الملتقيات والتي تعبر عن ايماننا العميق بأهمية هذه النشاطات في الحياة الجامعية.

يجدر التنويه بأهمية الموضوع المختار وهو **مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة**، أكيد أن هناك اجماع على أن القانون وليد المجتمع، يترجم ثقافته وعاداته، ماضيه ومستقبله و تطلعاته، ويعتبر القانون الوطني، هو المطبق، بينما تطبيق القواعد والاتفاقيات الدولية يرتبط بالمصادقة، ولا يمكن تطبيق قواعد القانون الاجنبي إلا في الحالات التي يجيزها القانون. لكن هذه المبادئ اليوم هي محل نقاش كبير، أمام التطورات الكبيرة التي يعرفها المجتمع الدولي، حيث يبدو من الضروري دراسة اثر القوانين الاجنبية على الثقافة القانونية الوطنية، هل هو تعريب للقوانين الاجنبية وإدماج لها في القانون الجزائري، أم أنها نصوص أصيلة تنطلق من خصوصية المجتمع وتستجيب لواقعه وطموحه؟.

كما يبدو من الضروري التوقف أمام تأثير العولمة على مصادر القانون، وتغير مفهوم السيادة الوطنية والسيادة الاقتصادية، أمام التعاون الدولي في المجالات المختلفة حيث أدى انتشار التوجه اليبرالي في العالم الى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، لتكتفي بالوظيفة الضبطية، وتتغير مكانة المتعامل الخاص ليصبح شريكا في وضع الاشتراطات التعاقدية، في مختلف الميادين، مثل الشروط العامة للمعاملات، العقود النموذجية،...

بالإضافة الى بروز دور المنظمات المهنية، التي أصبحت تساهم في وضع القواعد القانونية لتنظيم المهن الحرة، بل فرض التعاون الدولي أن تسعى الدول الى تكييف أحكام قوانينها الداخلية مع المعايير الدولية من أجل الوصول الى قدرة تنافسية.

ومما تجدر ملاحظته هو المكانة البارزة التي تحتلها الشريعة الإسلامية اليوم كمصدر للقانون، فلقد أدت العناية بالقواعد الفقهية إلى إبراز مكانتها وكان لزاما العناية بها لما تحققه هذه القواعد من وضوح واستقرار في المعاملات.

أن ملتقى اليوم هو فرصة للبحث في الافاق القانونية لمصادر القانون ومستقبلها أمام كل التحديات التي تفرض نفسها بقوة.

وفي الاخير لا يسعني إلا أن أعبر عن خالص شكري و امتناني للسيدات و السادة الأساتذة أعضاء اللجنتين العلمية و التنظيمية للملتقى الدولي.

أجدد خالص شكري للمتدخلين والمحاضرين الذين شرفونا بالمشاركة، والذين سوف يثرون الملتقى بمداخلاتهم القيمة وأرائهم النيرة.

أتمنى كل التوفيق لأعمال الملتقى.

كلمة الأستاذ العربي كسال

عميد كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد رئيس جامعة الجزائر 1، السيدة نائب مدير جامعة الجزائر 1، السادة الأساتذة الأفاضل والأستاذات الفضليات، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

يسعدني ويشرفني أنأقدم تشكراتي الخالصة إلى كل من ساهم في تنظيم هذا الملتقى الهام، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور "علي فيلالي" الذي ما فتئ يشجع على تنظيم مثل هذه الملتقيات لتعمّ الفائدة لصالحالطالب، الأستاذ والجامعة بصفة عامة.

إنّ هذا الملتقى الذي بادر إلى تنظيمه الأستاذ فيلالي كان من المفروض أن ينعقد السنة الماضية،إلا أن الظروف الصحية التي عرفها العالم حالت دون ذلك، ولولا مثابرة وجهود الأستاذ فيلالي لما انعقد هذا الملتقى.

كما أوجه بهذه المناسبة شكري و التحية الخالصة إلى اللجنة التنظيمية و اللجنة العلمية التي سهرت على تنظيم الملتقى. التحية و الشكر موصلان أيضا إلى زملائنا المتدخلين من مصر وفرنسا ومختلف الجامعات الجزائرية في هذا الملتقى المخصص لموضوع لا يقل من الأهمية والموسوم بـ "**مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلبات الجديدة**".

يعتبر القانون وليد كل مجتمع فهو ينظم العلاقات داخل المجتمع سواء العلاقات الداخلية أو الخارجية، كما أنه يترجم ثقافة وعادات وماض وحاضر المجتمع، وكذا مختلف التطورات التي تطرأ عليه في مختلف جوانبالحياة، فهو يمثل مظهر من مظاهر السيادة، إذ لا يمكن اللجوء إلى تطبيق القوانين الأجنبية إلا استثناءً وبنص شريطة أن لا يمس النظام العام، كما أن تنفيذ الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تنظم إليها الدول لا يكون لها مفعولإلا بعد المصادقة عليها من طرف الجهات المختصة في الدولة بحيث تصبح جزءالا يتجزأ من منظومتها القانونية.

لقد حاولت الدول العربية والإسلامية ومنها الجزائر أن تعطي مكانة بارزة للشريعة الإسلامية كمصدر أساسي من منظومتها القانونية، إلا أنها لم تنجح إلا في حالة القانون الخاص والأحوال الشخصية.إن الأزمة المالية التي عرفها العالم في سنة 2008 أدت إلى التفكير الجدي في إيجاد بدائل ومنها الصيرفة الإسلامية. كما أن الأنظمة القانونية المعتمدة من قبل الدول والتي كانت تحتكر إنتاجها أصبحت لا تتلاءم مع التطور في مختلف المجالات وخاصة الاقتصادية، علاقة العمل، العلاقات في المحال الطبي، وأخلاقيات هذه المهنة، تمثل هده النقاط عناصر الإشكالية التي يطرحها هذا الملتقى.

الفهـــــــــــرس

الافتتاحية 10

الاشكالية 11

قادة شهيدة

اثر استزراع القوانين الأجنبية على الثقافة القانونية الوطنية 15

فيلالي على

القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة 38

علي موسى خدوجة

الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي وأثره على القوانين العربية 65

بعجي احمد

الضبط الاقتصادي : أي دور في إعداد القاعدة القانونية؟ 84

احمية سليمان

القانون الدولي الاجتماعي كمصدر للقانون الوطني 108

الطيب زروتي

أي تدويل للعقد الدولي! 133

طباش عز الدين

الاتفاقيات الدولية كمصدر للقانون الجنائي الجزائري لتدعيم جهود مكافحة الإجرام العابر للحدود 165

زرقون نور الدين

القانون العابر للحدود الوطنية: تحول في احتكار الدولة لإنتاج القانون 191

معزوز علي

مظاهر تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية من خلال هيمنة المصادر الدولية 210

حدوم ليلى

أنظمة بنك الجزائر 229

بن رجدال آمال

خوصصة مصادر القانون: دور قواعد"أيوفي"(AAOIFI) في تسيير المصارف الإسلامية..... 247

محمد جبر السيد عبد الله جميل

مدى اعتناء الدستورين المصري والجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع؛ دراسة مقارنة..... 271

عمروش فوزية

الشروط العامة في العقود: مصدر لقانون العمل..... 292

فاضل خديجة

اتفاقية العمل الجماعية مصدر لقانون العمل..... 312

فارح عائشة

الطابع الدولي لمصادر قانون الملكية الصناعية 336

لكحل صالح

" نحو انسحاب الدولة من الحقل القانوني: الانتقال من أسلوب التنظيم الموجه إلى الضبط الذاتي..... 353

RBHI Taoufik

Mondialisation et harmonisation ; vers l'émergence d'un cadre normatif à caractère régional des affaires Africain, Cas Maroc-OHADA..... 379

BENCHENEB Ali

Les sources de droit extra étatiques et le droit algérien, un état des lieux..... 393

DELEBECQUE Philippe

L'essor des sources de droit professionnelles..... 412

OULMANE Djamal & OULMANE Somia

Ethique médicale, les nouveaux impératifs..... 420

BOUROUBA Samia SASSI & Samia

Le juge algérien et les sources du droit international : l'application des conventions internationales relatives aux droits de l'homme 429

KHIDER Imane

Influence des organismes internationaux dans l'élaboration du cadre juridique des pays (cas du cadre juridique des communications électroniques en algérie) *450*

الافتتــاحية

تسعد مجلة حوليات جامعة الجزائر-1- أن تقدم لقرائها الكرام المجلد 35- العدد الخاص- و الذي يتضمن أعمال الملتقى الدولي المرسوم

" **مصادر القانون بين السيادة الوطنية والمتطلّبات الجديدة** "

بهذه المناسبة نتقدم بالشكر والتقدير لكل من ساهم في إنجاز هذا العدد الخاص ونأمل أن يكون محتواه عند حسن تطلعاتكم.

د.مدافـر فـايزة

رئـيسة المجـلة

الإشكالية

يعتبر القانون وليد المجتمع، فهو ينظّم علاقاته الداخلية والخارجية، ويترجم ثقافته وعاداته، ماضيه وحاضره، تراجعاته وتطوراته، ومختلف جوانب الحياة فيه، فهو يمثل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها ورعاياها، وبالتالي لا يتم اللجوء إلى تطبيق القوانين الأجنبية – التي تعتبر مجرد "واقعة"– إلاّ إذا سمح بذلك القانون الوطني بشرط عدم مساسها بالنظام العـام، ولا مجال لتنفيذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية إلاّ بعد المصادقة عليها.

إنّ ما يشهده العالم اليوم من تطوّر في دور المجتمع الدولي، وإحياء لدور الشريعة الإسلامية ، وبروز مهّم للقواعد الخاصة في تنظيم العلاقات ، إضافة إلى الاعتبارات الاجتماعية، التاريخية والحضارية، جعل التصوّر السابق للقانون محل لإعادة النظر.

كان لإصدار القانون المدني الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر كقانون عابر للأوطان، والذي تبعه في نهاية نفس القرن صدور القانون المدني الألماني في سياق تنافسي، تأثير كبير على القانون المدني في العالم العربي، إفريقيا وأمريكا الجنوبية. هذا التأثير الذي يترجم تفوّق وهيمنة الحضارة الأوروبية، قد دعّمه تراجع العالم الإسلامي وتوسّع ظاهرة الاستعمار، ما نجم عنه تأثر ثقافي قانوني واسع، الأمر الذي لم يسمح للدول المستعمرة سابقا من العودة بعد استقلالها إلى تطبيق قوانينها السابقة الأصلية على غرار القانون الجزائري.

في الواقع، هذا الوضع ليس خاص بالجزائر فقط، بل هو موقف العالم العربي في مجموعه والذي شهد هو الآخر ظاهرة الاستعمار.

مصر، كانت رائدة العالم العربي، سعت بمجرد استقلالها إلى تأكيد سيادتها في ميدان القانون مع تحديث منظومتها القانونية، قد استهدت بالنموذج الغربي سواء من حيث الشكل، عن طريق اعتماد أسلوب التقنين (la codification) أو الموضوع، في حين رأى كبار رجال القانون العرب أنّ تلك المبادرة أدّت إلى ظهور تقاليد قانونية عربية أصيل.

أدّت في سياق آخر علاقات التعاون المتبادلة بين الدول في مختلف المجالات إلى ظهور تكتلات جهوية ودولية. الجزائر على غرار دول العالم، تنتمي إلى عدة مجتمعات، مغاربية، عربية، إسلامية، كما هي عضو في الاتحاد الإفريقي، منظمة الأمم المتحدة، دول حوض البحر الأبيض المتوسط، المنظمات الدولية المتخصصة؛ هذه العلاقات تقتضي لا محالة تقاربا بين المنظومات القانونية لمختلف الدول، فيتأثر بعضها ببعض، وقد يتعيّن عليها الالتزام بقرارات المجتمع الدولي في بعض المجالات، كحقوق الإنسان، حماية البيئة، مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية وغيرها، الأمر الذي انعكس على مصادر القانون للدولة.

إنّ التعاون بين الدول في المجال الاقتصادي عموما، أدّى إلى قيام نظام الاعتماد المتبادل الذي أخذت فيه كل دولة على نفسها مسؤولية المساهمة في تحقيق مصالح المجموعة الدولية.

عملت هذه المعطيات الجديدة على تغيير مفهوم السيادة الوطنية المطلقة بحيث يتم التخلي عن بعض الحقوق السيادية وفقا لما يتطلبه الصالح العام الدولي. إن هذا التطور الناتج عن إحياء دور المجتمع الدولي

وانفتاح الدول على بعضها البعض لم يمنع من بروز الشريعة الإسلامية أيضا كنظام قانوني، على الصعيد الوطني والدولي.

تعتبر الشريعة الإسلامية عنصر من عناصر هوية المجتمع الجزائري، وكذا الدول الإسلامية التي استمرت في تطبيقها على الأقل في مجال الأحوال الشخصية بالنسبة للدوّل التي كانت تحت الاستعمار أو الانتداب. لقد حاولت الدول العربية الإسلامية بعد استقلالها مثل الجزائر، مصر، سوريا وليبيا، أن تعيد للشريعة الإسلامية مكانتها كمصدر أساسي للقانون، لكن دون جدوى للأسباب السالفة الذكر.

سجلنا منذ إصدار القانون المدني الأردني سنة 1976 مجهودات حقيقية لتقنين الشريعة الإسلامية التي أصبحت المصدر الرئيسي لقوانين بعض الدول العربية الإسلامية كاليمن، السودان، الإمارات العربية المتحدة إلخ... كما انضمت جامعة الدول العربية لذلك عن طريق مشروع توحيد التشريعات العربية مستوحية أحكامها من الشريعة الإسلامية بصفة مطلقة.

كما عرفت الصرافة الإسلامية نجاحا كبيرا على المستوى الدولي منذ الأزمة المالية العالمية لسنة 2008، وأصبحت تشكّل بديلا حقيقيا للنظام المصرفي في الدوّل الغربية. وقد عملت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أيوفي AAOIFI، وهي منظمة دولية غير ربحية داعمة للمؤسسات المالية الإسلامية، على إعداد ونشر قواعد خاصة للخدمات المصرفية الإسلامية المطبّقة من طرف البنوك الإسلامية المتواجدة عبر العالم.

نشير إلى جانب هذا التنظيم القانوني الخاص المستوحى من الشريعة الإسلامية، إلى دور المتعاملين الخواص في وضع اشتراطات تعاقدية–أداة رئيسية لاقتصاد السوق– في إعداد قواعد قانونية ذات طابع خاص. يتعلق الأمر بالشروط العامة للمعاملات (البيع، التأمين، النقل، اشتراك الانترنت إلخ...) والعقود النموذجية، على المستوى الوطني والدولي. كما يمكن الإشارة في مجال قانون العمل، إلى الاتفاقيات والاتفاقيات الجماعية، النظام الداخلي، العرف إلخ...

نسجّل في نفس السياق تطوّر مهم لمدونات الأخلاقيات والمواثيق المنظمة للمهنة، خاصة في مجال المهن الحرة (أطباء، محامين، موثقين، محاسبين، محافظي الحسابات، ناقلين إلخ...)، تشكّل هذه القوانين قواعد سلوك من وضع المعنيين بها أنفسهم، محدّدة بهذا الشكل حقوقهم وواجباتهم عند ممارسة نشاطهم المهني. كما نجد أيضا هذه القواعد على المستوى الدولي مثل القانون الموحّد المتعلق بالتجارة الدولية أو "ليكس ماركاتوريا" أو المصطلحات الخاصة بالتجارة الدولية، وبالتالي إعادة النظر في مسألة احتكار الدولة لإنتاج القواعد القانونية.

تلكم هي جوانب إشكالية هذا الملتقى الدولي، التي ستناقش وفق المحاور الأساسية التالية:

المحور الأول: التأثر الثقافي و مصادر القانون،

المحور الثاني : تدويل مصادر القانون،

المحور الثالث: ازدهار الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون،

المحور الرابع : خصخصة مصادر القانون.

Argumentaire :

Le droit est le reflet de la société, il en organise les relations internes et externes. Puise de l'environnement social, le droit est l'expression de la culture de la société, de ses habitudes, de son présent, son passe, de son évolution, sa décadence, ainsi que les différents aspects de la vie en société. Il est, aussi, un aspect de la souveraineté de l'Etat sur son territoire, ses ressortissants et qu'ainsi, il ne sera fait appel éventuellement aux lois étrangères - assimilées a de simples faits- que lorsque la loi nationale l'autorise et sous la condition de ne pas contredire l'ordre public. Les conventions internationales doivent quant a elles faire l'objet d'une procédure de ratification pour devenir exécutoires.

Cette conception du droit est l'objet de remise en cause, depuis quelque temps déjà et cela pour diverses raisons. Outre les considérations d'ordre sociologique, historique et civilisationnel, nous assistons a un accroissement du rôle de la Communauté internationale, a un retour de la *Chari 'a* et a l'émergence et au développement de plus en plus important de normes privées.

La promulgation du Code civil fran9ais au début du 19eme siècle qui se voulait être une rouvre mondiale, suivi a la fin du meme siecle par le Code civil Allemand « BGB » ont eu une grande influence sur le droit civil notamment des pays du Monde arabe, de l'Afrique et de l'Amérique du sud. Cette influence qui traduit en fait, la suprématie et l'hégémonie de la civilisation européenne a été également favorisée par la décadence du Monde musulman et l'expansion du phénomène de la colonisation. Il s'en suivi, notamment, un phénomène d'acculturation juridique d'une grande portée. En effet, l'accession des pays anciennement colonises a l'indépendance ne leur a pas permis pour autant de revenir au droit antérieur, considère comme droit authentique, tel est l'exemple du Droit Algérien.

En fait, cette situation n'est pas spécifique a l'Algérie, qui n'a fait en réalité que suivre la démarche adoptée par le Monde arabe, qui avait connu lui aussi le phénomène du colonialisme. L'Egypte, pays leader du Monde arabe, avait, des son accession a l'indépendance affirme sa souveraineté dans le domaine du droit tout en modernisant son système juridique. Pour se faire, elle a eu recours au droit occidental, tant pour les aspects de forme (codification) que de fond, alors que de grands juristes du Monde arabe voyaient dans cette démarche l'émergence d'une tradition juridique arabe.

Par ailleurs, les liens de coopération tisses entre les différents Etats dans tous les domaines de la vie ont donne lieu a l'apparition d'entités régionales et internationales. L'Algérie, a l'instar des autres pays, est membre de diverses communautés, maghrébine, arabe, musulmane, et fait également partie de l'Union africaine, des Nations unies, des pays de la Méditerranée, des organisations internationales spécialisées. Cette diversité des relations requiert un rapprochement des différentes législations qui s'influencent mutuellement et les pays se voient imposer, parfois, l'adhésion aux recommandations de la communauté internationale dans certaines matières a l'instar, des droits de l'homme, la protection de l'environnement, la lutte contre le crime transnational etc. et d'ou un impact sur les sources du droit.

La coopération entre les Etats, en matière économique généralement, est également a l'origine de la mise en place d'un système d'interdépendance dans lequel chaque pays s'est engage a contribuer aux intérêts de la communauté internationale. Ce nouveau contexte a eu un impact sur le concept de souveraineté nationale, voire même la remise en cause de certains droits souverains, compte tenu des exigences internationales. On est passe du concept de souveraineté absolue a un nouveau contenu de souveraineté, servant les intérêts de la communauté internationale.

Cette évolution suite a la redynamisation du rôle de la Communauté internationale et l'ouverture des pays les uns sur les autres n'a pas empêche, la *Charia'a* en tant que systeme juridique de revenir également sur le devant de la scène aussi bien nationale qu'internationale.

Faut-il rappeler tout d'abord, que la *Charia'a* est un élément de l'identité non seulement de la société algérienne mais également de tous les pays musulmans. En tant que tel, *la Charia'a* n'a jamais été exclue totalement du système juridique des pays musulmans ; elle a continue a s'appliquer tout au moins en matière de statut personnel pour les pays qui ont été l'objet de colonisation ou de protectorat. Il est vrai aussi, qu'âpres leur accession a l'indépendance, les pays arabo-musulmans a l'instar de l'Algérie, l'Egypte, la Syrie, la Libye ont tente de restituer a la *Charia'a* son rôle de source principale de leur législation, mais sans grand succès pour les considérations citées précédemment.

Nous assistons, cependant, depuis la promulgation du Code civil jordanien en 1976 a un réel effort de codification de la *Charia'a* qui est redevenue la source principale du droit de certains pays arabo-musulmans tel le Yemen, le Soudan ; les Emirats arabes unies etc. La Ligue arabe s'est jointe également a cet effort dans le cadre de son projet d'unification des législations des pays arabes qui devait s'inspirer exclusivement de la *Charia'a.*

Enfin, sur le plan international, la finance islamique connait un grand succès depuis la crise mondiale de 2008 et semble constituer une réelle alternative pour les pays occidentaux. Faut-il souligner a cet égard les efforts déployés par l'Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (AAOIFI) -organisation internationale- qui a mis en place une règlementation privée du secteur bancaire islamique, appliquée par les banques islamiques implantées a travers le monde.

A cote de cette réglementation privée inspirée par la *Chari'a,* il convient de souligner également l'apport des contractants par le biais des stipulations contractuelles - instrument principal de l'économie du marche -dans l'élaboration des règles juridiques d'ordre prive. Il s'agit principalement des conditions générales des différentes transactions (vente, assurance, transport, abonnement internet...etc.) et des contrats types, aussi bien au plan national qu'international. Il peut être cite également au titre du droit du travail, les conventions collectives, les accords collectifs d'entreprise ; règlement intérieur, usages etc.

Nous enregistrons, dans le même ordre d'idées, un développements important de codes de déontologie, et d'éthique notamment dans le domaine des professions libérales (médecine, barreau, , notariat, comptabilité, fiscalité, transport, etc.).Ces codes énoncent des règles de conduite établies par les concernes eux-mêmes, définissant ainsi, leurs droits et leurs devoirs dans l'exercice de leurs activités professionnelles. Nous retrouvons ces règles particulières également au niveau international a l'instar des principes *Unidroit* relatifs au contrat du commerce international ou la *lex mercatoria,* ou encore les termes du commerce international etc. Ces nouvelles exigences sont a l'origine de la remise en cause du monopole de l'Etat en matière de production des règles de droit.

Tels sont les termes de la problématique de ce colloque international, qui sera débattue a travers les quatre axes suivants :

Premier axe : influence culturelle et sources de droit

Deuxième axe : internationalisation des sources de droit

Troisième axe : épanouissement de la *Charia'a* en tant que source de droit

Quatrième axe : privatisation des sources de droit.

أثر استزراع القوانين الأجنبية على الثقافة القانونية الوطنية

The Effect of Cultivating Foreign Laws on The National Legal Culture

شهيدة قادة[1] ،أستاذ التعليم العالي

[1]كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة، تلمسان، (الجزائر) prchehidakada@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/10/05 تاريخ القبول:2021/10/19 تاريخ النشر: نوفمبر 2021

الملخص:

الثقافة القانونية ركن نبيل في أي نظام قانوني، فهي تعبر عن نظرة مُنَظِّرِي ومُطَبِّقِي عائلة قانونية لمدلول القانون ومصادره وطرق تدريسه والتفكير فيه وتنظيمه وممارسته من لدن مهني القانون. ورغم هذه الأهمية، فإنّهَا ظلّت في نظر المقارنيين الوضعين غير معنية بتقييم أثر سفر القوانين الأجنبية. وهو مقترب تحاول الدراسة إضعافه وتبديد مزاعمه، بالتدليل على الحاجة لمراقبة ما يرتبه استزراع القوانين الأجنبية على الثقافة القانونية الوطنية، من خلال تأصيل وتوصيف هذا المفعول الذي يبدو وأنه أكثر دلالة ممّا يحدث للقواعد الوضعية. لنعرّج بعد ذلك على كيفِ هذا التأثير، بالوقوف على ما يُحدثه هذا التلقي من تغير للوسط المنهجي الأكاديمي، ومن تحوّل لممارسات مهنيي القانون.

كل ذلك يمر عبر استدعاء استمدادات الإرث الطويل للنظم القانونية المقارنة ومن دون تمييز بينها، خدمة للبشرية جمعاء.

الكلمات المفتاحية: الاستزراع القانوني– الثقافة القانونية–القانون الوضعي– التلقّيات– تثاقف المهن القانونية – نبلاء الرداء والمهن القانونية الحرة.

Abstract:

Legal culture is a noble pillar of any legal system. It expresses the viewpoint of legal theorists and practitioners of the meaning of law, its sources, methods of teaching, thinking about it, organizing it, and practicing it by legal professionals. Despite this importance, it remained in the eyes of the two comparative figures not concerned with assessing the impact of foreign laws travelling. It is an approach that study tries to dispel its claims, by demonstrating the need to monitor what entails the cultivation of foreign laws on the national legal culture, by establishing and describing this effect, which seems to be more indicative than what happens to man-made rules. Let us then look at how this effect is, by looking at what this reception brings about in terms of a change in the academic curriculum and a shift in the practices of legal professionals.

All this passes by calling supplies of the long legacy of comparative legal systems, without discrimination between them, to serve all humanity.

Keywords: Cultivating of law- positive law – legal culture- reception- The nobles of dress and the liberal professions.

المؤلف المرسل: شهيدة قادة، الإيميل المهني: prchehidakada@gmail.com

مقدمة:

تاريخ القانون هو في حقيقة الأمر إرث طويل من سيرورات التلقي والاستعارة من أنظمة قانونية مُصَدِّرَة، تلبية للرغبة الملحة للمجتمعات في الإصلاح والتطور. وقد أغرت –ظاهرة سَفَر القوانين– المُقَارِنين، فحرّكت فيهم الرغبة في مراقبة وتحليل الأثر المترتب عن حدوثها. فكان أن اتجه اهتمامهمُ صوبَ مايُحدِثهُ الاستزراع القانوني من أثر في الدائرة الضيقة للقانون، مفسّرين حدوثه بعملية " تلقّي مجموعة القواعد القانونية المستدعاة من نظام قانوني مؤثِّر إلى آخرَ مُستزرَعة فيه، طوعا أو كرها"[1]. وقد تبدى هذا الموقف جليا بمناسبة رصدهم لظاهرة الرّوْمَنَة التي عرفتها أوروبا سابقا، وحتى مع قدوم الأمركة بتأثيراتها على القانون الأوروبي راهنًا، ضاربين بذلك صفحا عن مكوِّن قانوني لا يقل مفعولا وقيمةً، وذي صلة بالأركان النبيلة لأي نظام قانوني. ونعني بذلك دائرة الثقافة القانونية الوطنية مع ما تتضمنه من فُهُومَاتٍ مشتركةٍ تراكمت بمرور الأزمان، يتقاسمها مُنَظِّرُو القانون وممارسُوهُ في حيّز قانوني معين. ولقد أفضت هذه الحصرية –غير المبرَّرة– إلى تقييم مُجْتَزَأ ومحدود لظاهرة الاستزراع. لينبري على إثر ذلك توجه قانوني –هو آخذ في الظهور– يسلّم بضرورة تلمس آثار هذه الظاهرة على القانون الوضعي، ولكنه يقدح بعدم كفايته لتقييم حقيقة مفعول الاستزراع على النظام القانوني المستقبِل لينبعث نقاش القانونيين المقارنين مجددا حول المسألة في تسعينيات القرن الفائت. ومن يومها لا تكف فكرة الثقافة القانونية عن لفت انتباه الدارسين خاصة في زاوية إعادة تشكيل النظرة إلى القانون ومصادره وتشغيله وممارسته بفعل موجة الانتقالات القانونية العالمية المتعاقبة.

لقد تظافرت أسباب عدة لاختيار هذا الموضوع، لعرضه على طاولة البحث: فهو بادئة يمثل زاوية مُغْفَلَة عندنا، والمعلومات المتوفرة بشأنه سريعة وغير معمقة، علاوة على كونه مسرحا لأُغْلوطات ومظنّات علمية، نراها في أمسّ الحاجة إلى التصحيح والتصويب العلمي، كما بدا مؤخرا أنه مسار بحثي جديد وواعد، كفيل بفكّ انسدادات القانون المقارن. وهو قبل هذا وذاك يلامس فكرة المصادر من حيث إعادة زيارتها والتنبيه إلى ما يكتنفها من تحول وتبدّل، وهذه نقطة نرى أنها شديدة الصلة بإشكالية مؤتمركم الأبرك.

لقد آثرنا وسم البحث بِـ: **أثر** استزراع القوانين الأجنبية على الثقافة الوطنية، مركزين على تأثير هذه الظاهرة، والوقوف على ما تحدثه من أثر في تصحيح نظرتنا لماهية القانون ومصادره الحقيقية ومكوّناته – فيما يتجاوز القواعد التقنية –، وآليات تشغيله من خلال البحث في حقيقة تأثير ظاهرة سفر القوانين على الثقافة القانونية الوطنية وتجلّياتها.

ستكون المعالجة من خلال محورين: الأول نؤكد فيه على الحاجة إلى مقاربة ثنائية لتفسير تأثير الاستزراع على الأنظمة القانونية، أما المحور الثاني سنخصصه لتثاقف المهن القانونية. هذا ولقد اعتمدنا على الجمع بين المنهج التاريخي والتحليلي، الذي راعينا من خلاله عدم ربط دراستنا بسياق زمني ومكاني محدد، بل حاولنا استدعاءَ صحيحِ تاريخِ القانون بكل صفحاته المضيئة، ومن دون التفرقة بين العـائلات

القانونية المقارنة خدمة للإنسانية ومصالح شعوب المعمورة.

المبحث الأول: الحاجة إلى مقاربة ثنائية لتفسير تأثير الاستزراع على الأنظمة القانونية.

عبثًا حاول المناهضون الفكرة الاستزراع القانوني باستبعادها بمقولة أن القانون عاكس لقيم وثقافة أمة من الأمم، ويُستعصى على نقله إلى دولة أخرى[2]. هذا الحكم قد يجد له بعض الصحة في قليل المناسبات والسياقات التاريخية، ولكن الجزم بإطلاقتيه هو أمر لم يتم التدليل عليه "وإلى يومنا هذا" بشكل كاف. بل أنه وعلى النقيض من ذلك، فإن تاريخ القانون يقدم لنا أمثلة من سيرورات التلقي والاستعارة من أنظمة قانونية مصدرة، تلبية لرغبة المجتمعات المستقبلة في التطور والإصلاح[3].

لقد أغرت ظاهرة الاستزراع المقارنين، وحركت فيهم الرغبة في مراقبة وتحليل الأثر المترتب عن حدوثها، فكان أن توقف تركيزهم هذا عندما تلحقه بالقانون الوضعي المتلقي (القواعد التقنية) من أثر، ضاربين صفحا عن مكون قانوني لا يقل مفعولاً وقيمة، ذي أثر له صلة بما يحيط بتلك القواعد من فهومات ومؤسسات قانونية، ويحدد معناها (الثقافة القانونية)[4]. وقد أفضت هذه الحصرية إلى تقييم محدود ومتجزئ للظاهرة لتتبري على إثر ذلك مساهمات قانونية جادة تغذيها مدارس عدة[5]، ملفتة النظر إلى ما أحدثه الأثر الطويل من تلقيات من إخصاب وتبدل للقانون بمفهومه الواسع (الجانب المنهجي والمؤسساتي)، داعيين إلى بلورة مسار بحثي مقارن بديل، يجنح إلى مقترب مركب يعرف بتصور القاعدة التقنية للقانون والثقافة القانونية[6]، ويسلم بضرورة تلمّس أثار الاستزراع على القانون الوضعي، وفي الآن نفسه يقدح بعدم كفايته لتقيم مفعوله على النظام القانوني المستقبل برمته، بمقولة أن القانون يتعدى نطاقه القواعد التقنية، لينسحب أيضا على مجموع الفهومات والقيم والتصورات النظرية المسبقة لمنظريه ومطبقيه.

هذا ومع إدراكنا لمشقة ملاحقة هذا المسار البحثي المستحدث، فإننا بادرنا بداءة بإضعاف حجج أطروحة الاكتفاء بدراسة الأثر الذي يحدثه الاستزراع على القانون الوضعي (المطلب الأول). مؤكدين على ضرورة الالتفات – وبشكل جدي– إلى مفعوله على الثقافة والتقاليد القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دفع أطروحة الاكتفاء بدراسة أثر الاستزراع على القانون الوضعي.

لطالما ارتبطت عملية مراقبة وتقييم أثر الاستزراع القانوني – في النظام القانوني المتلقى – بالقواعد القانونية بمدلولها التقني، أي تلك التي يولدها المشرع الوطني، وتعكف المحاكم على تطبيقها، وقد كان لهذا الطرح – وإلى وقت قريب – وجاهة وقبول. أما اليوم فلم تعد مبرراته قادرة على الصمود أمام سهام النقد التي تطاله، فلا التصور الضيق للقانون ولا حتى حصرية التشريع كمصدر بات محل قبول وإقرار (الفرع الأول)، وتبددت مزاعم خروج الثقافة عن دائرة القانون، وصححت أغلوطة استئثار التشريع بالنقل (الفرع الثاني)، ناهيك عن كون القانون المقارن – منذ مدة – أعاد توجيه مساره وأهدافه صوب التبدلات الحاصلة للقانون "بمفهومه الواسع" المستزرع فيه، بما فيها الأثر الحاصل على المفاعيل المنهجية، والممارساتيه في الثقافية الوطنية المتلقية (الفرع الثالث)

الفرع الأول: ضرورة إعادة النظر في المدلول الشكلي للقانون ومصادره.

اعتقد المقارنون إلى عهد قريب، أن الاستزراع القانوني يرتبط أثره بالدائرة الضيقة للقانون (المفهوم الشكلي)، أي مجموعة القواعد القانونية من نظام قانوني مؤثر إلى آخر مستزرع فيه طوعا أو كرها، وهو ما يحلو لواطسن التعبير عنه نافلة "بالزرع القانوني لنظام على آخر"[7]. وفي عقيدتهم، فإن محل التلقي يجب أن ينصرف فقط إلى النصوص التشريعية، فألفيناهم يرددون سياقات (سلطة النص القانوني)، والقوة المعيارية للنص[8]، وأحيانا أخرى تردد ألسنتهم ما منطوقه "القانون الصحيح"[9]، "التشريع المصدر الأوحد للقانون"[10]، مبررين منحاهم هذا بالقول أنه لا يعتبر قانونا إلا ما صدر عن دولة معبرًا عنه بإرادة التشريع العاكس لإرادة الأمة السيدة، والتي أكسبته هالة السيادة والتفرد على باقي المصادر[11]. كل ذلك دفعهم لحصر رقابتهم لظاهرة الرومنة على التبدلات التي طالت القانون الأوروبي على مستوى قواعده الوضعية، وذات المسلك طبع تقييمهم لحالتي الأوربية التي مست القانون الأمريكي في بداية القرن العشرين، والأمركة التي تغزوا القانون القاري منذ مطلع القرن الحالي[12]. وإذا كان سالف التصور وجد له أنصار كُثر سابقا، فهو اليوم محلاً لنقد لاذع كونه بات –بحدوده تلك– غير رحب بما يكفي لاستيعاب المدلول الحقيقي لفكرة القانون، وعلى قدر مشين من السطحية والضيق، فالقانون لا يتوقف بالضرورة عند حرف وشكل القاعدة القانونية أو نصها، وإنما يتضمن بديهيا مكونات ثقافية تدخل في تكوينه وبلورة قواعده (المصادر)، وتحديد معناه[13]. علاوة على أن العصر الذهبي للتشريع وحصريته يبدو أنه قد ولى، ولا يمكن معاودة السيادة التشريعية التي كانت له من قبل[14]. فكل الدلائل تقطع اليوم، بأنه بات محصلة تشاور وتعاون بين القوى الخلاّقة للقانون (مشرع، قضاء، فقه)، وأن حالات تنامي القواعد الناعمة(SOFT LAW) لا تتوقف عن الزيادة، ناهيك عن مزاحمة المصادر –ما فوق وطنية– لسيادة القانون الوطني[15].

الفرع الثاني: تبديد مزاعم خروج الثقافة القانونية عن دائرة القانون واستئثار التشريع بالقابلية للنقل

إن المشاكل التي تعترض أمة من الأمم، لها ما يماثلها لدى أمة أخرى في زمان ومكان ما، وهو ما يشجع في "عديد المناسبات "المشرعين الوطنيين على النقل والاستعارة من التشريعات الأجنبية والاهتداء بها. والتاريخ القانوني في هذا الصدد حافل بالانتقالات القانونية العالمية[16] المغذية للإصلاحات التشريعية. وقد ألفينا جهوزية تامة للقانون المكتوب للنقل والتلقي في عديد المواطن والأمكنة (التقنين المدني فرنسا نموذجا). وفي هذا المقام فإن أنصار المدرسة الوضعية الأحادية دأبوا على التعبير عن قناعتهم الراسخة بالتفاوت البيّن بين مكوّن الثقافة القانونية العصي على التحديد والنقل، وقواعد القانون التقنية المسافرة[17]، ولعلها أحكام ومواقف تبدو حاليا صادمة وعارية عن الموثوقية العلمية. هي يقينا تعكس واقعا ولي، أما اليوم فهي بالقطع، تتجافى مع سيرورت التحول الحاصلة. صحيح يجب الإقرار ببعض الاختلاف الفقهي حول مدلول الثقافة القانونية، وهذا أمر جد طبيعي لمفهوم متعدد الأبعاد والمصادر، وافد على الحقل القانوني. ويكفينا في المحطة الزمنية الحالية، وجود قدر مشترك "من التوافق" تتشكل من حوله الفكرة، يعبر عن "الفهومات المشتركة التي يتقاسمها مُنظّري القانون وممارسة في عائلة

قانونية ما"[18]، ولم يمنع هذا كله –ومنذ العقد الأخير من القرن العشرين–، من مشاهدة التقاطعات والتلقيات الحاصلة بين الثقافات القانونية المقارنة، بل تنافسها وتزاحمها من أجل تحقيق السبق والجاذبية.

الفرع الثالث: دفع مظنة اقتصار القانون المقارن على ترقب أثر تلقيات التشريعات الأجنبية.

ينظر إلى القانون المقارن منذ تأسيسه أنه أداة تقدم القانون الوضعي وتطويره، ولأنه نشأ في أحضان عائلة القانون المدني (المكتوب المقنن)، راح أوائل المقارنيين يسخّرون جهودهم لتتبع مختلف ومؤتلف أحكام هذه النصوص وكيفيات تلاقحها، وخاصة ما كان وافدا من التشريعات الرائدة في المجالات المرغوبة للأخذ منها[19]. وكان لسان حالهم يردد دوما ما نصه (قوانين الدول هي المصدر الأوحد لقواعد القانون التي يشوبها نقص)، ليتأسّى عالم التجارة والأعمال بهذا المنحى مرغبًا بعد ذلك الدول في إنشاء معاهد لدراسة التشريعات الأجنبية، وبنصرة من جمعيات التشريع المقارن التي راحت تسعى لتجميع هذه القوانين، على أمل استزراع بعض الحلول الناجعة فيها، لتلقيها في أنظمة تشكو النقص وفق جهد محمود، ولكنه انتقائي أخرج بعض الأنظمة القانونية (العائلة الإسلامية، عائلة الشرف الأدنى) من دائرة سيرورة التلقي والنقل[20].

استفاق المقارنون بعد ذلك على واقع جديد مع نهاية القرن الفائت وبداية القرن الحالي، يحمل في طياته عديد الأزمات (مالية، صحية، بيئية)، فتستدعى مختلف مشارب العائلات القانونية بحثا عن حلول لتلك الانتكاسات، وحينها تيقن المقارنون أن التشبث بأهداب النصوص التقنية للقوانين غير كاف لوحدة، وأنه مطلوب الرجوع للسياق والخلفيات الاجتماعية والثقافية التي نشأت فيها قاعدة القانون، والتقاليد التي أثرتها وخصبتها، لتجاوز الانسداد الذي عرفه القانون المقارن، وذلك بإقحام مُكوّن الثقافة القانونية في مسارات محاكاة وتلقيات الأنظمة القانونية من بعضها البعض، لتتبعها وتقيمها.

المطلب الثاني: ضرورة دراسة تأثير الاستزراع على الثقافة القانونية.

تبين لنا من عرض المطلب السابق، أن تقيم ومراقبة الاستزراع بترقب أثاره على القواعد التقنية للقانون غير كاف، وأنه من الضروري بمكان رصد مفعوله على الثقافة القانونية، خاصة بعدما تم دفع مظنة عدم التحديد عنها، واكتسبت في السنوات الأخيرة مكانه في النقاشات المتأخرة حول ظاهرة الاستزراع القانوني، وبشأنها التامّ المقارنون الثقافيون، وأكاديميي علم الاجتماع القانوني منبهين إلى مفعولها في إدراك المدلول الحقيقي للقانون وتدريسه وطرائق ممارسته وتشغيله، لتتفتق عن ذلك أطروحة المقاربة المزدوجة للقانون، معلنة عن تصور جديد للقانون هو آخذ في الظهور والتنامي (الفرع الأول)، يتجاوز في حدوده منشأه القريب والرسمي، ليتغذى من رصيد إستمدادات العادات والتقاليد القانونية والمسلكيات الممارستية الراسخة (الفرع الثاني)، ومنبها إلى حقيقة وتأثيره على الثقافة القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مدلول جديد للقانون أخذ في الظهور والتنمي.

إن الانشغال الصريح بالعلاقة بين القانون والثقافة شكّل منعطفا حقيقيا لدى أكاديمي علم الاجتماع القانوني والمقارنون الثقافيون، الذين أكّدوا على أن قواعد القانون الوضعي لوحدها غير كافية للكشف عن المعنى الحقيقي للقانون، وأننا في أمس الحاجة إلى تدقيقات أعمق لفهمه وإدراك مدلوله[21]، ليتشكل من

حولها، تصور بديل، للقانون، مركب يعرف بـ"مقترب القاعدة التقنية للقانون والثقافة"[22]. وجديده في مجال الاستزراع القانوني، هو ترقب التأثر الحاصل في دائرة أوسع للقانون المتلقي، تتجاوز القواعد الوضعية لتطاول الإطار العام الذي تعمل فيه هذه القواعد ضمن مدرك –متوافق نشأته– يعكس فهم المقتربين للقانون، والممارسين له في حيز عائلي قانوني معين، وتبدو فكرة الثقافة القانونية في مقامنا هذا، أداة واعدة لتصحيح نظرتنا الشكلية للقانون المنتقدة، والسير به إلى وعاء أرحب لا بتوقف البتة عند محض القواعد التقنية، وإنما ينفتح على مكونات الثقافة القانونية المساعدة على حسن فهم وتفسير القواعد القانونية، واستيعاب سيرورات إعمالها وتشغيلها[23]. وهي مساحات وأركان جد نبيلة في أي نظام قانوني، ولا يضيرها عدم التعبير عنها في القواعد التقنية للقانون.

إن هذا التصور النّاشئ قد يتّجه بنا رويدا رويدا صوب الفهم الموسع للقانون، كما يحلو لثقات الفقه الأمريكي توصيفه، والذين يعود لهم فضل السبق في التنويه بحتمية تطوير آليات دراسة رقابة وتقييم سفر وتنقل القوانين، وما نجم عنها من إعادة بعث مسارات القانون المقارن[24]. ومن الطبيعي أن يحيلنا سالف المنعطف إلى تساؤل هام، ذي صلة بفهم القانون والاقتراب منه مؤداه، هل تكفي نظرية مصادر القانون "كما ألفناها نحن اللاّتينيون" لاستيعاب هذا التحول في ماهية القانون؟ وماذا سيكون مطلوب منا عمله، إذا كان الجواب بالنفي؟ لتتألف نظرتنا المستقبلية لروافد القانون مع هذه المدلول الجديد؟ هذا ما سيحاول الفرع الاحق بسطه.

الفرع الثاني: الدعوة التصحيح نظرتنا لمصادر القانون:

فكرة مصادر القانون هي في العادة تعبر عن كل شيء يشكل أو يساعد على تشكيل ونشأة قاعدة القانون[25]. ومنذ مجيء الفقيه جيني، وهي ترتبط بالمصادر الرسمية التي يستقي منها المشرع الوطني قانونه، على أن الاكتفاء بهذا التصور لم يعد اليوم يستقيم مع واقع تراجع السيادة التشريعية للدول، في ظل مزاحمة مصادر أخرى للتنظيم، وتهدد حصرية التشريع الداخلي.

لقد انبرت في السنوات الأخيرة ورشات تصحيح، تدعو إلى تحديث وإعادة النظر في مكون مصادر القانون ووجه الحداثة في المقترب، يكمن في النقلة التي أحدثها حينما أكد على ضرورة تجاوز النظر، لمصادر القانون على أنها المصدر الرسمي والشكلي القريب لقاعدة القانون، والذهاب إلى أوسع معنى لهذا المفهوم، ليشمل أيضا مجموعة القيم غير المعبر عنها في منطوق القواعد التقنية. وفي هذا المقام، فإنه لا مندوحة من استدعاء تاريخ القانون ليخدم القانون المقارن، وهو يعالج ظاهرة الاستزراع القانوني[26].

قدم لنا المحامون المقارنون – الشغوفون بتحليل ما يحدث اليوم – شواهدا بسيرورات الماضي الكفيلة بالوصول إلى خلفيات وسياقات ظهور القاعدة القانونية، وهي لا تتوقف عند الإصدار الرسمي لها، وإنما تعود بنا إلى مَعين تشكّل الثقافة القانونية، الممثل في رصيد طرق تفكير وأنماط الفهم، عاشت ردحًا من الزمن، وتم تجربتها وتناقلتها الأجيال، تشكلت وخصبت بتؤدة، ليعبر عنها اليوم بالتقاليد والعادات القانونية، (المنهجية والممارساتيه)، وهي في الأغلب الأعم لها تماسات كبيرة بحلقات الترابط الثقافية،

وذات مفعول أكبر مما نتصور على الثقافة القانونية المتلقية[27].

صحيح أنها غير محددة الشكل، ومدخلاتها غير رسمية (جامعات مركز بحث)، ولكنها هي من نبهت المراقبون لظاهرة الاستزراع إلى أوان تغيير نظرتهم لمصادر القانون، لتكتمل لديهم عملية تقييم سفر القوانين ومداها، فلا يتوفقوا عند الإنتاج الرسمي لقاعدة القانون، ويعتدوا بالسياقات التاريخية والثقافية والاجتماعية المخالطة لنشأة القانون، (القانون من الخارج والقانون كثقافة). ومعه بات الكل يسلم اليوم بقيمة هذا المكون – غير المدرك للقانون – في النظام القانوني لأي دولة، وتفاعله وتكيفيه مع سيرورات التلقي التي لا تكف عن التأثير والاستلاب[28].

الفرع الثالث: توصيف تأثير الاستزراع على الثقافة القانونية الوطنية

لقد أدرك القانونيون الثقافيون راهنًا، بأن تصدير القانون الأجنبي له أثر محدود، وبأكثر مما تصوره القانونيون الوضيعون، وإذ ذاك أعادوا فتح النقاش من جديد حول حقيقة تقييم ظاهرة الاستزراع القانوني، بعدما تبدى لهم جليا، التكيفات والتطويعات والتبدلات التي باتت الثقافة القانونية الوطنية محلا لها. ومن المفارقات الغريبة أن ترقبهم هذا توقف عند حالات تلقى الثقافات القانونية للمدنيات الغربية، وبالضبط في فرضيات الرغبة في التراقي القانوني، ليس إلا "تثاقف بالاستيعاب"[29] لتتجدد تلك الأماني حاليا، بمناسبة تلقي القانون الأوروبي لظاهرة الأمركة وتأثيراتها، بمقولة أن القانون القاري له مؤهلات لتبيئة العولمة(Globalisation)، وبالتالي تجسيد انخراط الوافد الأميركي في المكون المحلي، ليضمن السيرورة الجيدة للتعاطي مع أمركة القانون على المستوى الأوروبي، بكف قواعده على أن تبقى كما كانت عليه قبل استزراعه[30]، ولكن هل من المعقول اختصار كل سيرورات التلقي في هذا التوصيف المثالي؟ بالقطع، ليس في كل الأحوال، فهنالك حالات جد مشينة للتثاقف القانوني القهري، حدثت، بسبب الثقافة الفرنسية (Galicisation)في المستعمرات الأفروأسوية، كانت محصلتها اجتثاث(Déculturation) الثقافة القانونية الأصيلة لهذه الشعوب، وإحلال محلها قيم وضوابط تفكير ومؤسسات لاتينية لا تمت بأي صلة للرافد الثقافي والحضاري لتلك الأمم.

إنه من الواضح أن دراسة أثر الاستزراع على الأنظمة القانونية المتلقية له، تحتاج منا إلى إطالة أمد مراقبتنا له للانطلاق من المكان الجدير بالاهتمام البالغ بالتداعيات الحاصلة –بمناسبته– في المكون الثقافي للقانون، والذي على ما يبدو هو بأكثر مفعول مما كنا نتصور[31]. صحيح أننا لا ننكر أثر القانون الوضعي في اشتغال النظام القانوني، لكن الثقافة القانونية هي الأخرى لها دور وازن في تعرفنا على أسلوب وكيفية تنظيم الممارسات القانونية (التشغيل العملي)، وبالشكل الذي يوصلنا إلى تلمس عمل الفاعلين والمؤسسات القانونية داخل ذلك النظام، علاوة على كونها بوابة فهم لسياقات ومبررات وغائيات ودلالات القاعدة القانونية الوافدة[32]. كل ذلك يتيح للمراقب القانوني لظاهرة الاستزراع الإطلاع –وبشكل جيد– على كم وكيف التبادلات الحاصلة في النظام القانوني المستقبل، خاصة وأنها تغييرات تتسم آثارها بتقعيد المفعول وإطالة الأمد، ممتدة في مفاعيلها، تطاول مجالات عدة، وفروع قانونية مختلفة، وتعتمد

على ترسبات ونفاذ تدريجي، ليس في الوسع رده ولا مقاومته، وأقصى ما يسعنا عمله حياله هو استثمار ميزاته، ومن دون إحداث تشويش لثوابت وأركان أنظمتنا القانونية[33]، وباستشراف وتوقع تأثيراته على المدى المتوسط والطويل (الزمن المفصل لترتيب مفعوله).

إنه من غير المجدي في مقامنا هذا، ردود أفعالنا الانفعالية العدائية حيال هذا المارد الملون لثقافتنا القانونية، إن ما نحتاجه هو الاعتراف بوجود نتوءات وثغرات فكرية وقانونية، في تأسيساتنا وفلسفتنا، هي من بررت ومكنت لهذا التغلغل من الحدوث، ألم ينوئنا أنصار مدرسة للتحليل الاقتصادي للقانون؟ أن زمننا هو عصر المنافسة المعيارية للثقافة القانونية[34]، فالمزاحمة تزداد، وعلينا تحضير آليات ومسارات جديدة تعيد بعث ما ركد من منطلقاتنا القانونية، ولن يتم ذلك إلا بتصحيح مناهج تعلمنا ومسارات بحوثنا لتتجاوب مع قادم الرهانات.

المبحث الثاني: مجالات التأثير

أتاح لنا عرض المبحث الأول من الدراسة، تأصيل وتوصيف ما يحدثه الاستزراع القانوني من أثر على الثقافة القانونية. وتكشّف لنا حينها أن سيرورة التلقي في هذا المجال هي بأكثر مما كنا نتصوره، بل أنها مرشحة مستقبلا لأن تكون عمليا أكثر أهمية مما سيطال القانون الوضعي بفعل هذه الظاهرة، على أن الرهان الأكبر لمراقبة وتقييم الأثر الحاصل في المكون الثقافي القانوني بفعل هذا الاستقبال، يبقى – ومن دون شكّ – هو تكميم وتحديد مدى هذا التأثير، أي مجالاته، خاصة لم ندرك صعوبة الإمساك بتمثلاته، وطول أمد ظهور ترسباته. غير أن هذه المعوقات لم تكن لتقعد المقارنون عن محاولة ربط هذا التأثير بالتبدلات الحاصلة في المحيط المؤسساتي والمهني والمنهجي. أو بمعنى أخر التركيز على التغيرات العميقة التي تحدثها القوانين الوافدة على التصور الكلاني للقانون الوطني وتدريسيه وتعليمه، وطرف التفكير فيه، وتطويره، واستزراع للغات وحركية أدبياتها (المطلب الأول). وبماله أيضا من صلة بتنظيم وأسلوب الممارسة القانونية، من تحديد لآليات اشتغال القضاء والمؤسسات العاملة في حقل العدالة، ناهيك عن الوقوف على كيفية ممارسة المهن القانونية الحرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوسط المنهجي والثقافي

إن توطين واستزراع الثقافة القانونية في نظام قانوني متلقى، يرنوا إلى تقعيدها في أبنيته ومؤسساته، وإطالة أمد البقاء فيها، وهذا يستدعى بالضرورة العمل على تغذية الشعور باستملاكها والانتماء إليها[35]. وقد كشفت لنا التلقيات السابقة والراهنة للقوانين على أهمية الوسط المنهجي والثقافي اللغوي على تكريسه التأثير وتفعيله، لما يحدثه من تبدل في تكوين العقليات القانونية، وتدريسيها وتعلميها (الفرع الأول)، وتغيير في طريقة التفكير والبحث القانوني وتطويره (الفرع الثاني)، بل حتى في سيادة لغات وأديباتها محل لغة الدولة المتلقية للقانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تغيير طريقة تدريس القانون وتعليمه.

لا يكفي استزراع القوانين الوضعية في بلد ما لتتمكن الثقافة القانونية الوافدة من التأثير، بل يقتضي

الأمر غلبة شعور قانونيو هذه الدول المستقبلة بالانتماء لهذا الرافد القانوني والثقافي، وفي هذا الصدد فإن المؤسسة الجامعية دأبت دوما، على لعب دور الجسر الذي تتوسله الثقافة الوافدة لتمرير مخرجاتها على سائر القطاعات الفاعلة في المجال التنموي[36].

يتعين علينا بالعودة إلى التاريخ القانوني لسيرورة تلقي القوانين الأجنبية الانطلاق من تاريخ 1100م زمن إعادة بعث القانون الروماني، واستقباله في أوروبا (رومنة القانون القاري) وهذا بعيد استدعاء مدونة جوستينيان وتسكينها في المحيط الأكاديمي والتعليمي هنالك، مع التركيز بقوة على التبدلات العميقة التي أحدثها في منهجية وطريقة تدريس القانون، والذي غدا مادة للدراسة، واستحدثت بشأنه طرقا تدريسية وتنظيمه، وأنشأت له أقطاب جامعية تتولى التكوين والإعداد (بلونيا، كيجاس)، وكان أن صار القانون علما أكادميا منتظما يدرس من خلال مقررات ومساقات دراسية، وكف عن أن يكون مجرد معرفة عامة مكتسبة بالممارسة والتجربة[37].

إذا تركنا القارة العجوز وراء ظهورنا، وانطلقنا مع نهاية القرن 19 وبداية القرن العشرين إلى ما وراء الأطلنطي، ألقينا تصديرًا مؤثرا للقانون القاري إلى أمريكا: بعد أن تخصب وتعقل بأوروبا، هنالك حدث تبدلا ملفتا في تدريس القانون وتعليمه بالولايات المتحدة الأمريكية، بعد أن غزت مخرجات الفقه الفرنسي (يلاتيول، دوما، ديجي، إيسمان) مدركات ومحصلات الجامعات بها، وخاصة بولاية لويزيانا. وبفضل هذا الاستمداد من الثقافة القانونية الفرنسية، تمكن المكون الثقافي المحلي من التمرد على ما جيل عليه من أصول وتقاليد أنجلو الأمريكية، وإذ ذاك توقف القانون عن أن يكون أداة لعمل القضاة والمحامين فحسب، وصير إلى كونه مادة عملية أكاديمية للتدريس، ومقررا منتظما للتكوين، وانتشرت المواد التعليمية والمقررات المدرسية الفرنسية فيما وراء الأطلنطي[38]. وفي نفس السياق الزمني وبالبلاد العربية عاش العالم العربي على وقع استقبال وازن للمدونات المدنية الفرنسية. البداية كانت مع قانون الالتزامات والعقد التونسي عام 1906، ثم تلاها صدور قانون العقود اللبناني عام 1930، وتوجت بظهور القانون المدني المصري عام 1948، مع الإشارة هنا إلى أن هذا الاستيراد القانوني كان قد سبقته استزراعا لمدرستين للقانون الفرنسي بكل من القاهرة عام 1899، وبيروت عام 1913 واللتان تعتبران مشتلة لتفريخ الثقافة القانونية اللاتينية بالمنطقة العربية، بما أمدا به الجامعات والمؤسسات القضائية، وإدارات الدولة بالنخب القانونية، كما رغبت الطلاب العرب في الرافد لفقهي اللاتيني.

يذكرنا التاريخ في هذا الصدد بالدور الرائد للأساتذة الفرنسيين الذين درسوا بالجامعات العربية كـ"منوري" Maunoury بالإسكندرية، إدوارد لامبي Edward Lambey رفيق العلامة السنهوري بجامعية القاهرة، سانتيلانو Santilliana المحامي لإيطالي في تونس، جوسراند Josserand بالجامعة اللبنانية[39]. وكان لجاذبية هؤلاء، فضل السبق للتسريع في سفر الطلاب العرب إلى فرنسا، ورغبتهم الملحة بنقل ما تلقوه إلى بلدانهم بعد العودة إليها. وإذا تركنا المنطقة العربية وسافرنا إلى أوروبا مع نهاية القرن 20 وبداية القرن21، فإننا نقف وبلاشك على ظاهرة تلقى مشهودة للقانون الأمريكي في هذه القارة، لا

تتوقف عند استزراع بعض القواعد القانونية الوضعية بتشريعاتها، وإنما تتعداها لتطال بالأساس قيم وتقاليد التدريس اللاتينية، بعد أن ذاع صيت النظام التعليمي الأمريكي هنالك وجذب إليه فضول وعقول الطلبة الفرنسيين لبرغماتية وفعاليته، في الوقت الذي يسجل امتعاض من النظام التعليمي الفرنسي[40]. وهذا ما دفع بوزارة التعليم العالي الفرنسية إلى الإفراج عن صيغة مدارس الحقوق والعلوم السياسية ذات الأصل الأمريكي، ناهيك عن الثورة الحاصلة حاليا في طرق ومفاهيم التعليم بها، لتتنامى الدعوات بالتركيز أكثر في الجامعات على دراسة الحالات العلمية، والالتفات عن موروث التصورات الدوغماتية، وزاد شغف الطلبة الأوروبيين بالشهادة المتخصصة، على النمط الأمريكي وتسابقوا للحصول على دبلوم القانون الدولي وهو ما يؤشر وبحق لتحول مستقبلي للذهنيات القانونية الأوروبية، لا تحمل من الود للثقافة القانونية اللاتنية إلا النزر القليل[41].

لا يمكننا الانتهاء من بسط هذا الفرع دون التعريج على ظاهرة جد مستحدثة ومبشرة لإعادة بعث الثقافة القانونية الإسلامية واستقبالها في المحيط الأكاديمي الأوروبي، فلقد أجبرت الأزمة المالية لعام 2008 الغرب على استزراع قوانين البنوك والصيرفة الإسلامية في منظومتها المالية، وبالموازاة لهذا التلقي، نشهد تنامي لعروض التكوين وزيادة للمساقات التعليمية في مجال التمويل البنكي الإسلامية، والتأمين التكافلي والقانون الإسلامي، قد يفسر هذا برغبة دول اللبيرايات الغربية في إغراء وجذب الحافظات النقدية الخليجية المقتدرة، ولكن بالقطع هو منعطف تاريخي لمحاولة العالم الاستثمار في التعدد الثقافي القانوني العالمي بحثا عن الحلول الأنجع للانسداد الاقتصادي والمالي والثقافي والمعاش[42].

الفرع الثاني: تطوير طريقة التفكير في القانون والبحث فيه

بعيدًا عن المفهوم التقني للقانون، فأن جوهره يعبر عن طرق للتفكير فيه، وأنماط للفهم القانوني، تروم بالأساس خلق التراكم العلمي، وتداول المعرفة القانونية واستزراعها في المواطن أخرى، غير التي نشأت فيها، حينما تستدعى الحاجة الإفادة بما لحق التفكير القانوني الإنساني من تقدم ونضج. ولا يمكن في هذا الصدد، تجاهل الأثر الذي أحدثه استقبال القانون الروماني في أوروبا في القرن 12، في جهة تحديث طرق التفكير في القانون والبحث فيه، بل والتصنيف والتنظيم واستخلاص المبادئ العامة واستنباطها. ولا ينكر أحدًا فضله على عقلنة نظريات وأفكار القانون الكنسي، ومساهمتها في انتظام العادات والتقاليد القانونية المحلية وقتها، مفضيا إلى تصور قانوني لا تيني متمايز ينطلق من قواعد القانون المدني، ويحسبانه قواعد عامة ومجردة لضبط وتهذيب السلوك يتولى القاضي تطبيقها في المنازعات المطروحة أمامه[43].

كما أنه من الإنصاف القول، أن الأندلس كانت المناسبة التاريخية لتعرف أوروبا على مناهج النظر والصناعة الفقهية للإمام مالك ابن أنس، ابتداء عن القرن التاسع الميلادي، ناهيك عن مخرجات الفكر القانوني لابن رشيد الحفيد، وتأثيرها على المسار الفكري للفقيه توماس الأكويني، بل على تحديث مفاعيل فلسفة القانون في أوروبا آنذاك، ليتجدد هذا التلاقي بين الثقافة القانونية الإسلامية ونظرتها الأوروبية إبان

الحملة الفرنسية على مصر في نهاية القرن الثامن عشر مع الاستمداد الضخم لفقهاء نابليون من كتاب شرح الدردير على متن الخليل في مادة الأحكام والعقود والالتزامات[44].

لا يتردد ثقات القانون الإنجليزي من التوكيد على الدور الإنساني الذي قدمه الفقه الإسلامي في ترقية الفكر القانوني النورماندي عبر الاستمدادات النشطة من مؤسساته القانونية، ولا أدل من ذلك، الوقف ودورها في استحداث فكرة التراست، واستعارة مفهوم الاقتراض من الشريعة الإسلامية، ولتأثرهم البالغ بنظم البحث والتدريس الملحقة بالمساجد الكبرى (مدارس القانون الإنجليزي)، ناهيك عن استعارتهم لقواعد الجدل والمناظرات ذائعة الصيت لدى علماء المسلمين، وانبهارهم بمناهج بحث فقه النوازل شديدة الشبه بفكرة دراسة الحالة (المسألة عند الفقهاء) وصولا إلى تقرير المبدأ القانوني[45]. وحاصله أن الثقافة القانونية الرومانية والإسلامية ساهمتا في إغناء القانون القاري وتخصيبه وتهذبيه وانتظامه ومنهجية فكرة.

امتدت هذه الإفادة من الثقافة الرومانية والإسلامية لاحقا إلى ما وراء الأطلنطي، إذ مع نهاية، القرن التاسع عشر، وبداية القرن 20 شهدت الولايات المتحدة الأمريكية استقبالا لافتا للأفكار القانونية القارية وازدادت الاستعارات النشطة من الفقه الفرنسي. ففي دراسة قيمة للفقيه أوليفي واندل هوملس Olivier Wandell Holmes بعنوان" **أثر** الفقه الفرنسي في الولايات المتحدة الأمريكية بين عام 1900–1950[46]، يؤكد فيها عنايته على الدور البارز لهذا الفقه في تطوير البحث القانوني هنالك، مركّزا على تهافت المجلات العلمية القانونية آنذاك على مخرجات الباحثين الفرنسيين، فهي حسبه عجّت بذكرهم وبالرجوع إلى نظرياتهم، وفهوماتهم، وتحاليلهم القانونية، فلا عجب أبدًا من ورود أسماء أساطين الفقه الفرنسي في هذه الدوريات الناشئة فكثر التأسيس على بوبوتيه – دوما Potier–Domat، وتعددت مرات ذكر الفقيه ديجي وغيرهم في تكساس وميشغن، ومدرسة كالفورنيا للقانون، ولم تتوقف روابط الزيارات العلمية بين أوروبا والعالم الجديد، وتنامت الترجمات وازدادت التضمينات والتأسيسات على خلوصات الفقه القاري. وكان من نتيجة هذا التلاقي تشكيل كينونة جديدة للفكر القانوني الأمريكي بمعزل عن الفقه الإنجليزي[47] ليحين أوان –بعد بلوغه مرحلة الرشد والفعالية– إلى تصديره إلى أوروبا مع نهاية القرن 20 وبداية القرن 21، ليشكل بذلك رافدًا وقيمة مضافة لتحديث القانون القاري، عبر مساهمته في إشاعة وبعث المعرفة القانونية المعمقة والمقارنة، بعد تلاشي مقاومة قانونيو أوروبا لهذه الثقافة الأنجلو أمريكية، بل إنّه يلاحظ تنامي تأثيرها في العاملين في حقل البحث القانون الأوروبي، الذين قلّ ولعهم بالتفكير في الأفكار المجرّدة، وباتوا اليوم أكثر إقبالا على البحث من خلال ظروف ملموسة وعملية، وإنطاقا من مشكلة قانونية محددة، وأصبحوا لا يلقون اهتماما كبيرا للحدود التقليدية الفاصلة لفروع القانون، متخلين عنها في مجالات قانون البيئة ولاستهلاك والمنافسة، كما أنهم باتوا اليوم على صلة جد طيبة بالحراك القضائي وإبداعاته أكثر من شغفهم بالإمساك بتطور الأسس النظامية والنصية[48].

كان العالم منشغلا بظاهرة أمركة القانون وتداعياتها عند ما عصفت أزمة عام 2008 الاقتصاديات الليبرالية، فهرع ساساتها ومسيريها العامون إلى استدعاء أدوات التمويل الإسلامي بعد أن تكشف لهم

صمودها أمام هذه الهزة المالية، وشهد خبراؤهم بأهليتها كنموذج مالي عالمي بديل، عادل وأخلاقي. عندها انبرت الدراسات الجادة لتلمس أنسب التخريجات والصيغ لضمان التعايش قانونيًا وماليا واقتصاديا مع هذا الرافد المالي المتمايز عن التمويل التقليدي، وازداد شغف المجلات العلمية في أوروبا بتوفير الإجابات العملية والفنية لأسئلة المتعاملين الاقتصاديين، مبددة لهواجسهم، ومبرزة للفرص الواعدة التي تتيحها عقود الائتمان المالي الإسلامي، داعية خبراء العائلة الإسلامية للمساهمة في إعادة بعث مؤسسات الفقه الإسلامية ونظرياته المالية، وتحديثها وتبسيطها في قالب علمي يستجيب لمتطلبات العصر الصيرفة العالمية ورهاناتها[49].

الفرع الثالث: عصر حركية اللغة وديناميكية أدبياتها ومفاهيمها

اللغة حقيقة واقعية اجتماعية وتاريخية، وهي وسيلة الخطاب القانوني تحمل في طياتها صيغ وهياكل تفكير، وأدبيات ومفاهيم الثقافة القانونية الوطنية وطالما كانت أداة سفرها وانتقالها من حيز سيادي إلى إقليمي آخر، مترجمة بذلك سيطرة نظام قانوني ما في حقبة زمنية معينة، أو بالصورة التي تجعل من مقولة الفقيه هاجيج Hagége (إن تصدير اللغة إلى بلد ما، هو أوكد الطرق لإنفاذ ثقافة قانونية زائرة فيها)[50] حرية بوصف حقيقة سيرورات التلقي التاريخية للقوانين الأجنبية، في البلدان المستقبلة لها.

لقد أنبأنا التاريخ بأن اللغة العربية سادت في كثير من بقاع العالم المفتوحة من طرف المسلمين، منذ القرن الثامن الميلادي إلى القرن الحادي عشر، حاملة رسالة ثقافية وفكرية من العائلة الإسلامية إلى شعوب هذه المناطق معلنة عن تصورها للارتقاء بالإنسان بضمان حقوقه وحرياته. كما أغنت الجهاز المفاهيمي العالمي بأدبياتها ومفرداتها الأصلية والمتمايزة (الوقف، الإجارة، المرابحة، الحاكمية عقود الائتمان والثقة)، والتي لا تزال إلى اليوم متداولة ومحل اهتمام من القانون المقارن[51].

استقبلت أوروبا ابتداء من القرن الثاني عشر الميلادي القانون الروماني ومؤسساته، وكانت اللغة اللاتينية هي وسيلة هذا التلقي وبزغ نجمها وسادت كلغة دراسة للقانون والبحث فيه، تستعملها النخبة العلمية، وجمهور الطلبة في القارة العجوز، خاصة بعد فتح الجامعات الكبرى بها، وحلت محل اللغات الوطنية المحلية التي تتكلمها عامة الشعوب، وحملت معها قاموسًا من المصطلحات والمفاهيم، والمبادئ القانونية التي لا زالت تعج بها تشريعات الدول وقوانين التجارة الدولة، وتدين لها هيئات والتحكيم بالعرفان Pacta sunt servenda, De lege frenda, Lex Mercatoria وغيرها من الأسس القانونية الخالدة التي ليس في وسع أحد إنكارها[52]. وهي اليوم، حتى مع عودة اللغات الوطنية للعمل، لا زالت رصيداً وزادا مفاهيميا للخطاب القانوني الأوروبي الجامع، والمنعش لمشروع أوربة القانون الآخذ في التنامي والتكريس[53] ، بيد أن اللغة ليست غنيمة تُلقي للشعوب المستقبلة لها في كل الحوال، بل على النقيض من ذلك، فإن حقبات استعمار الغرب لإفريقيا وأسيا، لتدلل على أن تغلغل ونفاذ أديباتها في ثقافة البلدان المستعمرة، هي أمارات سيادة للنظام القانوني لدولة الغزو، وعلائم لاستلاب ثقافي مشهود لنخبتها العلمية، حتى بعد استقلال هذه الدول، وأن الازدواجية اللغوية والقانونية المفتخر بها، ما هي إلا الصور المظللة

لفرنكوفونية مشينة أبدع الأستاذ رمضان بباجي في توصيفها قائلا أن الدول المغاربية لم تكن فركوفونية، بمثل ما هي عليه اليوم[54] كيف لا ونصوص قوانينها لا زالت إلى اليوم تنتج بداءة بلغة مستعمرها، وتصوراتها ومفاهيمها هي الحكم الفيصل لشائك أحكامها عند الفصل في النزاعات القضائية. يحدث هذا كله في الوقت الذي تشكو فرنسا في الآونة الأخيرة من تراجع رهيب للغتها بفعل العولمة، ولصالح اللغة الإنجليزية الماضية في الامتداد والسيطرة في المجال القانوني في أوروبا وبشكل يثر امتعاض نخبتها القانونية.

فهذا البروفسور بارنار أوري يعلن عن بالغ قلقه من برامج المؤتمرات العلمية الهادفة إلى توصيف النظام القانوني الفرنسي الأوروبي، فقط باللغة الإنجليزية[55] داخل النص. كما أنه لم يعد غريبا تهافت طلبة القارة الأوروبية على تلقي المحاضرات المتخصصة في قانون الأعمال، والقانون الدولي والمقارن حصريا بتلك اللغة، بل لا تنذر الحالات التي يسافر منها هؤلاء الطلاب إلى أمريكا، وهم مدفوعون بالرغبة في اكتشاف الوسائل الثقافية والقدرات اللغوية المبحوث عنها وهو ما يدلل على قدر الجاذبية التي تتمتع بها اللغة القانونية الأمريكية، تحرير العقود الاقتصادية الدولية يحسبانها أداة ووسيلة مثلى لتسوية النزاعات المترتبة عنها[56].

هذا ولا يمكن إسدال الستار عن هذا الفرع من دون التذكير بما أتاحه استزراع عقود الائتمان والثقة الإسلامية من إعادة بعث اللغة العربية ومفاهيمها، وتدويليها في البحوث العلمية في مجال التمويل البنكي، إذ لم يعد غريبا ورود مصطلحات "مشاركة – إجارة – أمانة – صكوك"[57] في القوانين المتخصصة وفي الدراسات الجامعية. بل حتى في عروض ومقررات التكوين المفتوحة في أوروبا وأمريكا في مجال الصيرفة والتمويل الإسلامي، كل ذلك من شأنه إشاعة استعمال اللغة العربية وتوسيع العمل بها دوليًا، وزيادة التراكم العلمي لأفكار ونظريات الفقه الإسلامي بالترجمة من اللغة العربية إلى اللغات الحية الأخرى[58].

المطلب الثاني: تثاقف المهن القانونية.

إن فهم القانون وإدراك أبعاده في أي نظام قانوني، لم يعد اليوم متوقفا على معرفة قواعده الوضعية فحسب، بل أيضا بمراقبة وتقييم كيفيات تطبيقية وممارسة من لدن الفاعلين القانونيين في ساحة العدالة، انطلاقا من تواتر مسلكياتهم المهنية، وعاداتهم العملية الرّاسخة في عمق الثقافة القانونية الوطنية. وفي هذا الصدد، فإن التواريخ القانونية المتوازية للأنظمة القضائية المقارنة، قدمت لنا شواهدًا دالة على سفر وتنقل ممارسات ومؤسسات، وطرق تفكير من المدنية الإسلامية والرومانية الجرمانية، مثلت الإلهام للجهود اللاحقة لابتناء أصول التنظيم القضائي وقواعد المعاصرة[59].

كما أن الحقبات الاستعمارية لإفريقيا وأسيا كشفت لنا –وبشكل مؤسف– عن صور لزرع جبري لهياكل ومؤسسات قضائية دخيلة أجهزت بها الدول المستعمرة على المؤسسات العدلية الوطنية القائمة قبل دخولها تلك البلاد، لتأتي العولمة برياح تغيرها فتهز القضاء العدلي هزا، وتعرضه لانفتاح غير مسبوق

يستبشر البعض بمناقبه (حوار، التنسيق، ترقية فكرة العادلة)، وفي المقابل يبدي آخرون هواجسهم من عولمة قضائية لا تبقى ولا تذر، أي خصوصية للأنظمة القضائية الوطنية[60]. وبين مد وجزر تلك الترقبات، تعيش المهن القانونية على وقع هذا التجاذب تتقاطع وتتفاعل أحيانا، وتتفاوت وتضارب في أحايين أخرى. وفي طليعتها جهاز القضاء الوطني، الذي ما فتئ، يعرف تبدلا لافتا في هيكلة ونشاطه (الفرع الأول)، لتتخرط في ركبه المهن القانونية الحرة في مسار جديد يؤشر لتخليها عن صيغة الممارسة الحرة والخاصة لهذه المهن ولصالح مقاربة تحرير سوق الخدمات القانونية، ووصمها بالسمة التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القضاء

حسب ماكس فيبر Max Weber، فإن تمايز الأنظمة القانونية المقارنة، يعود إلى تفرّد المؤسسات القضائية وبما يعني معه، أن أيّ تثاقف قضائي أو إجرائي، من شأنه إحداث تبدلاً لافتا في النظام القانوني المستقبل، وهو ما نصب القضاء دومًا لاعتباره دلالة رمزية للاستقرار والعدالة في كل المجتمعات، وعلى مر العصور[61].

هذا ويتعين علينا إدراك، أن راهن المؤسسة القضائية، هو في الأصل محصلة الاستمداد التاريخي المتلاحق من الثقافة المهنية المقارنة، أو أنه بات اليوم من غير المجدي حصرها بوقت معين ومكان محدد (العادات المهنية اللاتينو–جرمانية)، وأن مسلّمة التمرير والتناوب بين ثقافات المدنيات والمتعاقبة، هي من وجهت سيرورات التلقي. و كانت البداية مع العائلة الإسلامية، حيث يبدو التراث الكلاسيكي لمهنة القضاء باديًا للعيان، وفيه للقاضي منيف قدر، وسمو منزلة، وهو ما توثقه متن الفقه الإسلامي، فيما عرف اختصار بـ: أدب القاضي (مدونة السلوكيات الحسنة للقضاء وآدابهم)K[62] والتي دللت على أن القاضي في الشريعة الإسلامية صاحب اختصاص عام وأصيل، يمارسه بصفة مستقلة عبر نظام وظيفي منتظم ومهيكل، وبمساعدة أعوان العدالة (نواب، أمناء، شهود، عدول، حجاب)، وبجانبه ينتصب (بصفة متخصصة) فصيل آخر من القضاء محدد الاختصاص، (قضاء الجند، والجراح، والأحداث (جنايات) وقضاء الرد والبر والركب، وقضاء المظاليم)[63]. وقد استمر هذا القضاء بعدله وشموخه متدفقا منذ الوحي الإسلامي، إلى قرون لاحقة ساريا في اختصاصات إقليمية ممتدة هاديا وملهما لشعوب وحضارات عدة. هذا ولدى تحقيقها لمخطوط ابن إلي السهل (الأحكام الكبرى)، ذكرت الدكتورة نورة عبد العزيز التويجري، أن هذه الموسوعة القضائية ذائعة الصيت في القرن الثاني عشر، أرّخت لفترة زاهية للقضاء الإسلامي في الأندلس، ولخّصت – وبجدارة – على ما استقر عليه قضاتها المالكين من تخريجات قضائية، وأبانت عن صورة متفردة لأحكام جماعية تشاورية بين القضاء وأساطين الفقه الأندلسي المالكي، وأنصفت بعدلها المسلم والذمي، واستنار بها حكام لإمارات المسحية في شبه جزيرة إبيريا، وجنوب فرنسا وهذا ما وثقه بالدليل القاطع المؤرخ الكبير ليفي بروفستال في المجلد الثالث من كتابة تاريخ الأندلس[64].

على أن الاستعـارة الكبـرى من نبراس القضـاء الإسـلامي حدثت في القرن الحادي عشر ومن لدن

النورمانديين، فقد ألفيناهم سيتمدوون من قبس المعين الإسلامي فور احتلالهم لصقلية على عهد فريدريك الثاني عام 1061، ليعاودوا الاغتراف منه في أنطاكيا، وفي بيت المقدس، وينقلوا هذه التقاليد المهنية إلى شبه الجزيرة البريطانية التي احتلوها عام 1066. وإبان تكوينهم للقانون الإنجليزي وفي عجاله، نقف على محصلة هذا التثاقف الممتد، على مدار القرنين الحادي عشر والثاني عشر. فبحسب المستشرق جورج مقدسي، فإن الملك هنري الثاني (مهندس بناء القانون الإنجليزي). قد استعار دعوى "استلاب تحقيق الحيازة"« Assise Of Novel Déssisin » من الفقه المالكي، لحماية الملاك من اغتصاب أملاكهم في القرن 12. وفي مقام آخر دلّت الشواهد التاريخية على تأثر بالغ للقضاء هنالك، بقرينة البراءة، ومبدأ البينة على من أدعى، ذائعتي الصيت في القضاء الإسلامي، واللتان خلصتا المتقاضيين الإنجليز من مغبة الحرق، ولعنة السيف أثناء مطالبتهم بحقوقهم[65].

يرى من جانبه الأستاذ عبد الله أحمد المساري أنّ هيئة المحكمين الإنجليزية تستند في أصولها التاريخية إلى فكرة اللفيف المتجدرة في الفقه المالكي، والمعتمدة على مشاركة أثنى عشر شهود عدول من أهل البلدة في منصة القضاء[66]. فهذا غيض من فيض لتلقيات نيرة من عادات وممارسات قضائية إسلامية غذت النهضة الحضارية الأوروبية وأنارت ظلامها، لتنبرى بعد ذلك مساهمة المدنية الرومانية في تخصيب وتشكيل القضاء في أوروبا، بتحويلهم من متداخلين وبوقت جزئي في محاكم شعبية، إلى ممتهنيين ومشاركين بوقت كلي ضمن مؤسّسات بيروقراطية تابعة للدّولة، كما استبدلت الثقافة اللاتينية والقرارات الشفهية، بقرارات قضائية مكتوبة وجاهية معللة ومنسجمة، وأرست قواعد إثبات حديثة لتحل محل عقيدة حكم الله المعمول بها في النظام الإقطاعي والكنسي. والأهم من هذا وذلك هو تنميتها لشعور القضاء بأنهم طبقة مهنية ذات كيان، تنتظم في إطار هيكلي وتراتبي، تتقاضى رواتبها من الدولة، وتطبق قوانينها. مرسية بذلك النواة الصلبة لأصول وقواعد المرافعة والمحاكمة في القارة الأوروبية[67]، ليحين الوقت وفي منتصف قرن 19 لتصديرها إلى العالم العربي، ففي مصر وتحت عين وبصيرة بريطانيا، قامت فرنسا وابتداء من عام 1820 بإجراء تغير في تركيبة القضاء فحجمت القضاء الشرعي، ووسعت من اختصاص المحاكم المختلطة ومجالس التجار عام 1840، مطبقة القوانين الفرنسية على النزاعات المدنية والتجارية (القانون ذوي الاختصاص العام)، وجمدت القوانين الإسلامية التي كانت سارية قبل دخولها مصر، وبشكل مستفز ومفضوح لم يتردد معه اللورد كرومر (المفوض العام البريطاني في مصر) إلى توصيفه "بأن المحاكم المختلطة وقوانينها، كانت أوروبية وبشكل مشين ومثير لحفيظة المصريين"[68].

أما إذا انتقلنا إلى الجزائر المحتلة عام 1830 من قبل فرنسا، بدأ ظاهرًا أن المؤسسة القضائية الفرنسية الدخيلة مثلت الذراع الشرعي لسيطرة الإدارة على الأهالي، فهذا الحاكم العام للجزائر" جايدون" Gaydon، وفي عام 1873، لا يتوع من التأكيد على أن "العدالة تمثل اختصاصات سيادية، ومن ثم على القاضي الجزائري المسلم التنحي جانبا باحتجابه أمام سلطة القاضي الفرنسي، فنحن المسيطرون، وبإرادتنا نصنع القانون ومن يطبقه"[69]. لتأتي النخبة السياسية والقانونية بعد الاستقلال عندنا، فتستنسخ

تنظيم المحاكم وعملها من التنظيم القضائي الفرنسي، ولا يتحرج قضاتنا البتة من توسل ذات طرق التفكير القانوني الفرنسي ومصوغاته، ويغترفون من سردبان التراكم القضائي الغربي، وكأن القانون الحي لم يوجد أصلا إلا في الثقافة اللاتينومسيحية[70].

يحدث هذا في بلادنا العربية في الوقت الذي تتعرض فيه حاليا كل من فرنسا ومعها أوروبا لهجوم ثقافي لأمريكي، يسعى لاستبدال المشرع بالقضاء في عملية الإيحاء بالقانون وصنعه، بل إحداث تبدل لافت في مفاعيل الممارسة القضائية الفرنسية ابتداء من التهجين الحاصل لأدبيات القضاء، والتأويل الاجتماعي للنصوص، مرورا بتغيير الجانب الحرفي داخل الكتابة القضائية، وانتهاء بتعديل سياقات ومقتضيات التعليل القضائي[71].

هذا وإدراكا منها للتهديد الذي تمثله الثقافة الأمريكية، سعت المجموعة الأوروبية إلى رسم سياسة قضائية قارية، ذكية وفعالة تستوعب مخرجات الوافد الأطلنتيكي، ومن دون إحداث قطيعة مع الأركان النبيلة للممارسة المهنية اللاتينية. وقد اضطلعت المحكمة الأوروبية بمهمة تكريس سياستها وطنيًا، وذلك بتنمية الشعور لدى القضاء المحليين، بأنهم فاعلين ومؤثّرين في دينامكية التغير القانوني الأوروبي الحالي (الأورية). وهو ما تبدى في تنامي دور المحاكم الدستورية والأوروبية في المجالات الاقتصادية والاجتماعية بل السياسية أيضا (الحكومة عن طريق القضاء)، وكلّ ذلك لحماية الحقوق الأساسية للإنسان[72].

يقدر البعض بأنّ هذه الصحوة القارية في المجال العدلي، تبشر "حقيقة" بعملية تصحيح نوعية لثقافة المهن القانونية في أوروبا، تستهدف في المقام الأول تحقيق نجاعة الفعل القضائي ومعقوليته (تأسيا بالمقترب الأمريكي)، بالموازاة مع المطلب العدلي اللاتيني المنشأ. وهذا ما تؤكده البرفسور **ماري أن روش** بقولها "إن قلب النظام القانوني الأوروبي نجده اليوم يتحدد بأفق الدعوى القضائية وخلوصاتها، وأن التصويبات الجزئية الراهنة، منحت هذا النظام مناعة أكثر ضد تجاوزات الصناعة القضائية الأمريكية"[73].

يجب أن نقر وبكل الإنصاف بالنجاحات الكبرى التي حققها القضاء الأوروبي في مجال الممارسة القانونية (حوكمة الحياة السياسية، حماية حقوق الإنسان، مكافحة الفساد)، وهو مسار أصبح محل إعجاب واستعارة من القضاء الأمريكي، فلا يمر يوما إلاّ ونقف على استقبال جديد من لدنه للحلول القضائية الأوروبية محملة بطرق تفكر وحجج ودلائل لاتينو–جرمانية، في مجالات: الموت الرحيم، مراقبة تمويل الحملات الانتخابية، ومحاربة الجرائم المنظمة. وتبدو مفارقة عودة التأثير الأوروبي (الآخذة في البروز)، وكأنها محققة لتنبآت المستشرف كوهن بندت التي أطالقها عام 1999 متفائلا بقوله (بأن الأمريكان هم من سيقومون بتقليدنا في المستقبل).[74]

يجب أن ندرك وبكل الإخلاص، أنّ منعطف التثاقف القضائي العالمي الحالي يحمل علائم جديدة لـ"عولمة قضائية"(jurisglabalsation) سمتها الحوار المكثف بين قضاء العالم الأور–أمريكي غير المتحرج من التبعية، والاستعارة المتبادلة بين رجال العدالة الليبيرالية الغربية دون سواه من تراكمات

العملية القضائية في الخارج الأوروبي الأمريكي وكأن سادة وصناع العولمة الجديدة ليس أمامهم ما يستحق أن يتعلموه من هذا الغير الموجود في هامش السيرورة الحضارية العالمية، إلا إذا أصر وجاهد هذا الغير في إثبات أهليته وجدارته في الإسهام في التعدد القانوني والقضائي المبحوث عنه[75].

الفرع الثاني: المهن القانونية الحرة

تضطلع المهن القانونية الحرة بأدوار مؤثّرة في تشغيل الأنظمة القضائية المقارنة، فهي ترافق القضاء في مهمة حسن سير مرفق العدالة، وتسهم بمعيته في نجاعة الفعل القضائي، بل أن المقارنيين الحاليين، لا يشكون أبدا في ضلوعها في ترسيم ملامح النظام القانوني الوضعي، وتشكيل علائم الثقافة القانونية الوطنية، يدفعهم إلى ذلك ارتباط هذه الأخيرة، – وبقدر معتبر – بالنظرة العامة للمشتغلين بهذه المهن، والذين لا يكف دورهم عن التعاظم في مجال بث وسفر العادات والممارسات المهنية من حيز إقليمي إلى آخر[76]. وغني عن البيان أن أصحاب هذه المهن، يضطلعون بها، بحسابهم أعوانا للعدالة وهم مفوضون من السلطة العامة بتقديم خدمة عمومية إلى جمهور العملاء، وبصفة حرة ومستقلة. ولا يستهدفون الربح من مزاولتها، بل يتلقون بدلاً عن أتعابهم في السعي لتمثيل ومساعدة ونصح العميل[77].

هذا وقد ارتبط راهن هذه المهن وسماتها بسيرورة التحولات السياسية والاجتماعية التي مرت بها الدول، بما يعني معه الإقرار للتاريخ بدور المفسر والمبرر للمآلات الحالية لهذه المهن في اختصاص وسياق اجتماعي معين. والأمر كذلك، فإنه إذا عنّ لنا إلقاء نظرة عامة عابرة على هذه المهن في العالم العربي الإسلامي، فإن تراثها الكلاسيكي يخبرنا بأنه لا يحمل لهذا المفهوم كبير ذكر إلا ما ندر، من مثل ما ذكره القاضي ابن أبي الدم في القرن 13 في كتابه "أدب القاضي" "إن مهنة ممثلي الدفاع كانت جيدة ونشطة في عصري، وأن المحاماة في فترة معينة من تطور القضاء الإسلامي كانت مهنة في الإسلام الكلاسيكي، وإن لم تكن مهنة في مؤسسة معترف بها"[78].

على النقيض عكس من ذلك، فإن باحثون متأخرون عن عهد ابن آدم، وفي القرن 17، وعلى عهد الدولة العثمانية، أكدوا على "أن معظم الدعاوى، في هذا العصر كان يترافع بها أطراف الدعوى، أو من ينوب عنهم من الأسرة، بدلا من محاسبين مدفوعي الأجر"[79]. ليأتي الباحث المغربي عمر أزمان، وفي عام 1980 ليؤكد وبشكل قاطع أن هذا المفهوم المتعارف عليه حاليا لم تعرفه الثقافة القانونية الإسلامية الكلاسيكية. وأنها على أغلب الظن غنيمة تلقي الفكر القانوني اجتماعي الغربي في المغرب العربي وفدت في خضم استعمار فرنسا لأوطاننا المغاربية[80]. وأنا مسميات العدول والوكيل، المحتج بها، لا تعدو أن تكون ألقابا لأشخاص تابعين للقاصي الشرعي، ولا يحوزون أي استقلال مهني حياله.

أما إذا انتقلنا إلى القارة الأوروبية وجدنها تستقبل ومع نهاية العصر الوسيط الثقافة المهنية للمحامين الرومان، بمناسبة استدعاء القانون الروماني، من خلال الممارسات والعادات المرتبطة بتكيفات وتقسيمات للدعاوى المدنية، وطقوس وشكليات المرافعة أمام المحاكم، وأحكام إثبات الحقوق والادعاء بها، لتتكفل التحولات السياسية والاجتماعية والفكرية لاحقا بتخصيب سالف الرافد المهني، خاصة بعد انتشار

الديمقراطية والحريات المهنية والنقابية في أوروبا، ليتشكل على إثر ذلك رصيدا قاريا مشتركا لممارسة هذه المهن، يقوم بالأساس على ربطها بوجهاء القانون ونبلاء الرداء المهن الحرة، والذين يطّلعون بمهام اجتماعية وخاصة على قدر كبير من النبل والسمو (التمثيل، المساعدة، النصح)، ناهيك عن تنزه تنظيماتها عن التّداخل الكبير المزعج بين ما هو قضائي وما هو قانوني، وترفعها عن إغواءات التربح التجاري.

مارس هذا التصور النبيل تأثيره على ممتهني القانون الأحرار للأنظمة القضائية المقارنة ولسنين طويلة، قبل أن يترك نفسه لما يمارسه عليه التصور الأمريكي من تأثير، بفعل الديناميكية والبراغماتية اللتان ميزتا المكاتب الأمريكية المسافرة والمستوطنة لأوروبا منذ السبعينات من القرن العشرين، مرافقة للاستثمارات الأمريكية الداخلة لهذه القارة، معلنة عن استزراع ثقافة ممارسة مهنية بطرائق جديدة لم يألفها نبلاء الرِّداء في هذه القارة شديدة الإغراء والإغواء لهم من حيث العائد المادي تركز على الفعالية نحو الزبون، ولا يزعجها في شيء انفتاحها على الاختصاصات العلمية المساعدة للقانون، وتشتغل في سوق عالمية للخدمات القانونية والقضائية عابرة للحدود، ليحين الوقت بعد ذلك لهؤلاء المهنيون اللاتينيون تعميمهم تلك الطرائق الأمريكية المكتسبة بمناسبة فتحهم لمكاتب خاصة بهم في دولهم. وقد مثلت فرنسا بوابة هذا التطور الموازي، والذي بدا فيه أن المفهوم الأوروبي اللاتيني المبني على الممارسة الخاصة وكأنّه يُخلي المكان لنمط الممارسة الأمريكية ولا يتصوّرها إلا فصيلا من صناعة الخدمات يستدعي التحرير في تداولها، ويتطلب تحويلها من مسار المرافعة إلى مطلب الاستشارة الوقائية في مجال الأعمال[81].

لقد انتصرت اتفاقية الجات، ومن بعدها منظمة التجارة العالمية لهذا التصور بمقولة أنه لا يوجد ما يبرر استثناء الخدمات القانونية من مبدأ حرية التداول والمنافسة في السوق، وأن الحماية التنظيمية المزعومة، هي مبرر غير مقبول للاحتكار والريع، ولا تفضي بنا إلا لتعاظم كلفة الخدمات القانونية، وصعوبة وصول المستهلك إليها[82]. و لم تجد المجموعة الأوروبية على هذا الأساس من مناص، إلاّ التكيّف مع موجة التحرير والنجاعة الاقتصادية في هذا المجال، لذا باشرت إجراءات التخفيف من وطأة الطابع التنظيمي والحمائي، بتشجيع سفر وحركية الثقافات والممارسات المهنية الوطنية عبر الفضاء الأوروبي، وخلق التناغم بين الموجهات التنظيمية، كل ذلك يتم من خلال سيرورات التأثير في الحياة الاقتصادية، عبر موازنة مقبولة ومعقولة بين مصالح المهنيين وحق العملاء في الوصول إلى القانون.

الخاتمة:

لامست الدراسة، فكرة الثقافة القانونية، وهي زاوية جدّ مهمّة – ولكنها مغفلة في بحوثنا العربية– رغم أنّها تعرف تبدّلات من أثر استقبال القوانين المسافرة، والتي باتت تَطَال حقيقة ماهية القانون ومصادره وتدريسه وطرائق ممارسته وتشغيله عندنا. هذا ومن الواقعية الإقرار باستحالة تقديم خلوصات نهائية وقاطعة في سياق نهاية هذا البحث، ربما لأن المعالجات المقدّمة في هذا الصدد، لازالت في بَواكرها

الأولى في الفكر القانون العربي.

إن منتهى ما ترنو إليه هذه المساهمة، هو أن تكون الرؤى التي سيقت في ثنايا هذا البحث، دافعا ومحركا لبحوث قادمة، تتولى دِرَاسَتَنَا بالتصحيح والتصويب.

بيدَ أنّ هذا الواقع لا يُقعِدنا عن إبداءِ بعضِ الاستنتاجات الأولية والمؤقتة:

- إنّ تأثير تلقّيَات القوانين المسافرة على الثقافة القانونية هو ذي دلاَلة وبأثر أكبر مما كنا نعتقد، ومفعوله جد هام، يصلُ بنا إلى إعادة زيارة وتصحيح وتفقد كثيرٍ ممّا اعتبرناه أركانا نبيلةً في نُظُمنا القانونية، من مثل: مصادر القانون وماهيته وآليات تشغيله وممارسته.
- من الضرورة بما كان، القول أن سالف التحول والتبدل في مفاعيل الثقافة القانونية الوطنية –وعلى النحو السابق ذكره أعلاه– يتحقق على المدى المتوسط والطويل، لأن نفاذه يحتاج إلى أمد من الوقت للترسب والتغلغل في مفاصيل هذا المكوّن.
- من الإنصاف، التأكيد على أن راهن الثقافة القانونية الإنسانية هو محصّلة الاستمداد التاريخي المتلاحق من الثقافة القانونية النظرية والمهنية المقارنة، وأنه لم يعَد مُجدِيًا اليوم حَصرها بوقت معين ومكان محدد، بل إننا نرى أنّ مسلّمة التناوب التاريخي، هي من وجهت سيرورات التأثير والتلقي بين النظم القانونية المتعاقبة.
- نحسب أنّ التثاقف العالمي للمهن القانونية باتَ يرتسم بملامحَ وعلائمَ جديدة، ويرُومُ إلى تجاوز هيمنة الثقافة المهنية الأمريكية، بدخول المقاربة الأوروبية المنافسة، كما أنه ليس هنالك ما يمنع مستقبلا أن تنخرط كلٌّ من الثقافة القانونية الإسلامية والآسيوية في مسار استثمار التعددية القانونية والقضائية العالمية لتجاوز أزمات وانتكاسات العالم، التي لا تكاد تتوقف.

الهوامش:

1 – أحمد السيد محمود، العلاقة التبادلية بين قانون الإجراءات المدنية والتجارية والتحولات الاقتصادية (دراسة في ظل بعض القوانين الخليجية)، أعمال منشورة للملتقى الدولي حول القانون والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة قابوس، 2018، ص 101.

2– نوح عبد الله، بناء المنظومة القانونية للدول الفتية بين تقليد المستعمر والأصالة القانونية، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، ...كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان ع1، 2014، ص47.

3– عبد المنعم البدرادي، أصول القانون ... المقارن، ط2 دار النهضة العربية–القاهرة، 1993، ص 153.

4– فرانسو تريبيه، أمركة القانون، ترجمة محمد وطافة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2003، ص. 65.

5– مدرسة المسار الثقافي للقانون والمقارن، ومدرسة الدراسات النقدية للقانون لأكثر تفصيل راجع:

Catherine Haguenau, Moizard, Introduction au droit comparé, Dalloz, 2018, p,71.

6 - La conception de la règle de droit et culture juridique, Stéphane Goltzberg, Le droit comparé, Que sais-je, 2018 p.165.

7- Stephane Goltzberg, op. cit., p.71

8- Jéan Louis Bergal, Méthodologie juridique, 3éd,Thémis droit, PUF, 2018, p.186.

9-Ibid

10– وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون، المكتب الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 81.

11– مذكور أعلاه، ص 117.

12– راجع فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق ، ص159.

13– فرانسو تريبيه، أمركة القانون، ، مرجع سابق ، ص 96.

14– فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص94.

15– ماتياس ريمان، رينهارد زيمر مان، الكسفور للقانون المقارن، ترجمة عبد العزيز القاسم، وفليب ورد، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت 2010، ص.1232 .

16- Mustapha Mekki, Avant-propos de réforme du droit de la responsabilité civile, L.G.D.J, 2016, p.12.

17– راجع بحثنا المنشور في أعمال الملتقى الدولي، القانون والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة قابوس، الموسوم بأثر التحليل الاقتصادي للقانون على التشريعات اللاتينية في مجال المنافسة والاستهلاك، 2018 ، ص158.

18–كتاب اكسفورد للقانون المقارن، ترجمة محمد سراج الشبكة الغربية للأبحاث والنشر ، ص1079.

19 – عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص 158.

20– وائل حسن عبد الشافي، المرجع السابق، ص.82.

21– كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص1183.

22 – La conception de la règle de droit et culture juridique. يراجع بخوصها :

- Catherine Haguenau, Moizard, op. cit., p. 165.
23 - Isabel Hachez, et autres, Source de droit revisitées, Presse de Université Saint Louis, Paris, 2012, p.10.
24 - Catherine Haguenau, Moizard, op. cit., p.157.
25- Ibid.

26- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق ، ص57.

27 - كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص 1157.

28 - فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 97.

29- Catherine Haguenau Moizard, op.cit,p.09.

30- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 97.

31- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 107.

32- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص97.

33- محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 01، 2019، ص125.

34 - شهيدة قادة، بحث سابق ذكره، ص.145.

35- Harith Al-Dabbagh, Quelques aspects de l'imprégnation du droit obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste, revue de l'ERSUMA, N° 06, janv. 2016, p.16.
36- Harith Al-Dabbagh, op. cit., p17.
37- Josef Dainow, Le droit civil de la Louisiane, R I D C, 1954/6-1, p.20.
38- Josef Dainow, op. cit., p.21.
39- Harith Al-Dabbagh, op. cit., p.14.

40 -وذلك ما يعبر عنه بالمقولة التالية: Frensh bushing en matière juridique

41- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 107.

42- Stephan Papi, Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences pp. 689-708.
https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2014-3-page-689.htm
43- Jean Louis Bergal, op. cit., p.158.

44- بن خدة حمزة، اثر الفقه المالكي في القانون الفرنسي، العقد نموذجا، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2017 ، ص 20.

45- محمد براهام عطا الله، النظريات القانونية المقتبسة من الفقه الإسلامي في النظام الانجلوأمريكي، معهد لاتم الشيرازي الدولي للدراسات واشنطن www.siironline.org ، تاريخ الزيارة 2020/09/12.

46- P.Decoux , La voie étroite de la doctrine française aux Etats Unis: études de référence faites aux juristes francais dans les *law* reviews du Texas de la Californie et du Michigan. WWW.CLIOTHENIS.COM ,visité le 11/09/2020
47 - Ibid.

48- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 108.

49- عبد الرزاق بلعباس، التمويل الإسلامي في فرنسا، مجلة جامعة الأمير عبد العزيز الإسلامية، ج21، رقم 02 2008، ص.22.

50- Marie Fernet, La langue et le droit dans les relations commerciales internationales, Thèse de doctorat Université de Bourgogne, 2010, p.18.

51- Jean Claude Guémar, Aux sources de la jurilinguistique : texte juridique, appliquée, langue et culture, 2011/1, vol XVI, 1. p. 09

52- Marie Fernet, op. cit., p.690.

53- Marie Fernet, op. cit., p.21.

54- Ramdane Babaji, Désarroi bilingue notes sur le bilinguisme juridique en Algérie, rev,droit et société,1990/15 ,p.189.

55- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 94.

56- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص115 .

57 Sukuk, Ijara, Amanah, Moucharaka.

58-Mballo Thiam, De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France, Doctorat université de Toulon, 2013, p.09.

59- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص 799.

60-Mireille Delams-Marty, Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit, Critique internationale, Revue comparative e sciences sociales, 2005/3, n28, p.187.

61- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص.905.

62- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص.907.

63- عبد العالي أحمد عطوة، محاضرات في علم القضاء، مكتبة الألوكة، 2012، ص.131 .

64- الإعلام بنوازل الأحكام لأبي الأصبع بن أبي سهل ، تحقيق نورة محمد عبد العزيز التوبرجي، ج1، ط1، 1995، بدون دار النشر، ص.08.

65- راجع بحث الدكتور محمد برهام عطا الله، سابق الإشارة إليه، ص.08.

66- أحمد المساري ، تاريخ القضاء في الإسلام، www.elsamiry.com.

67- Nicola Picardi, Le juge naturel- principe fondamental en Europe, R.I.D.C ,1-2010, p.30.

68- Jan Goldberg, Réception du droit français sous les britanniques en Egypte un paradoxe ? Droits d'Egypte histoire et sociologie, 34/1998, p.30.

69-Michel Renard, Expériences musulmanes du droit et de la justice dans le champ religieux en Algérie coloniale, rev, d'histoire et de la justice 2005/1.n° 16, p143.

70-Ramdane Babaji, op. cit., p.191.

71- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 110.

72- Catherine Gauthier, Les professions juridiques et judiciaires dans le paysage européen. Quelle spécificité? Les cahiers de la justice, 2014/4.n°04, p.654.

73- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 224.

74- فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 189.

75- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص.883.

76- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص.883.

77- Michel Siman , La libre circulation des avocats : la réglementation de l'Union et la mise en œuvre en Slovaquie ,Doctorat, université de Strasbourg, 2012, p.15.

78 - كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص.907 .

79- كتاب اكسفورد للقانون المقارن، مرجع سابق ، ص.908.

80 - O. Aziman, La profession libérale au Maroc, R I D C, 1981-33, p 873.

81 فرانسو تريبيه، أمركة القانون، مرجع سابق، ص 98.

82- Camila Chaserant, *Sophie Harnay*, Régulation de la qualité des services juridiques et gouvernance de la profession d'avocat , Rev, int. De droit eco, 2015/3, p.334.

القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة

Arab Civil Laws Between Simulation And Originalty

فيلالي على [1]، أستاذ التعليم العالي

[1] كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدّة (الجزائر)، a.filali@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/11/08 تاريخ القبول:2021/11/10 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

سعت كل الدول العربية غداة استقلالها إلى تحديث قوانينها والرجوع في نفس الوقت إلى الأصالة، وذلك في الوقت الذي هيمنت فيه الحضارة الغربية على العالم العربي على حساب الحضارة العربية الإسلامية، التي عرفت تراجعا كبيرا. نحاول من خلال هذه المداخلة تسليط الضوء على الكيفية التي اعتمدها المشرع العربي في حلّ هذه المعادلة ذات العناصر المتناقضة: تحديث القوانين العربية على الطريقة الغربية –كون الثقافة القانونية الغربية حديثة ومهيمنة– مع الاحتفاظ في نفس الوقت بالأصالة، علما وأنّ هذه الأخيرة محلّ اختلاف (عروبة أم عروبة إسلامية) وتراجع.

الكلمات المفتاحية: قانون مدني، تقنين، حداثة، أصالة، فقه إسلامي، عروبة، الحضارة الإسلامية العربية، الإسلام دين الدولة، الشريعة الإسلامية مصدر للقوانين، القواعد الكلّية، المصطلح، المفهوم، تقنين الشريعة الإسلامية، أنظمة قانونية.

Abstract:

All Arab countries had the pursuit to modernize their laws after independence and in the same time return to originality, while the western civilization dominated the arab world at the behalf of the islamic civilization which is in decline. We will try through this introduction to highlight the method that the arab legislator used to solve this equation with contradictory elements: modernize the arab laws and somehow westernize them since the western legal culture is modern and dominant all while preserving originality though it’s in decline and it’s being debated whether it’s arabo-islamic or purely arabic.

Key words: Civil Law, Codification, modernity, originality, Islamic jurisprudence, Arabism, Arab Islamic civilization, Islam is the state religion, Islamic law is a source of laws, universal rules, term, concept, codification of Islamic law, legal systems.

المؤلف المرسل: على فيلالي ، الإيميل المهني: a.filali@univ-alger.dz

مقدمة

القانون مظهر من مظاهر السيادة الوطنية، فيما تعد اللّغة من مقومات الهوية الوطنية، هذا ما ذكّرت به العديد من البلدان العربية غداة استقلالها وتحرّرها من الاستعمار الذي حاول طمس الهوية العربية وفرض ثقافته وحضارته لا سيما في مجال القانون. **ولقد بادرت جميع الدول العربية بإعادة النظر في منظومتها التشريعية بغرض الرجوع إلى الأصالة وتحديثها في نفس الوقت، مع العلم أنّ** طموحات البلدان العربية كانت أكثر من ذلك، حيث كانت تسعى أيضا إلى **توحيد القوانين العربية، وهو المشروع الذي تبنّته جامعة الدول العربية** من خلال استحداث مجلس وزراء العدل العرب[1]. ولقد شرع –فعلا– هذا المجلس في تجسيد توحيد التشريعات العربية بداية من قمّة صنعاء، ومن بين ما تمّ إنجازه القانون المدني العربي[2].

إنّ هذا الطموح ليس بالأمر المشروع والمعقول فحسب بل يندرج أيضا ضمن ظاهرة التكتّلات الجهوية التي يفرضها العالم الحديث، فالدول العربية التي تمتدّ أقطارها من المحيط الأطلسي غربا إلى بحر العرب والخليج شمالا، تتقاسم العديد من العوامل المشتركة من لغة، ودين وحضارة وتاريخ. وهي المسائل التي تساعد حتما على توحيد منظوماتها القانونية.

سنكتفي في هذا المقام بالبحث في القوانين المدنية العربية بالنظر إلى أهمية هذا الفرع من فروع القانون، كونه يعالج العلاقات التي تقوم بين أشخاص القانون الخاص كما يعدّ أيضا شريعة عامة Droit commun.

لقد صدرت بعض هذه القوانين في ظروف متميّزة (لا سيما سياسيا)[3]، فقد صدر بعضها في مطلع القرن الماضي [4] وصدر بعضها الآخر في النصف الثاني منه[5]، وصدرت أخرى في السنوات الأخيرة[6]. لا شكّ أنّ هذا الفاصل الزمني الكبير ما بين إصدار مختلف القوانين المدنية العربية يبرّر بعض الاختلافات الناتجة عن تفاوت المحيط القانوني والسياسي وغيره الذي صدر فيه قانون كل بلد.

يبدو أنّ ظاهرة توحيد القوانين العربية بدأت تتبلور مع إصدار القانون المدني المصري الحالي[7] الذي اقتدت به العديد من القوانين المدنية العربية، كالقانون المدني السوري، والعراقي، والجزائري، والأردني، والليبي[8]. ولعلّ حجّتنا في ذلك أنّ كلّ القوانين المدنية العربية اتّبعت –على العموم– نفس الخطّة التي اعتمدها القانون المدني المصري، وهذا أمر طبيعي إذ بالإضافة إلى اشتراك البلدان العربية في التراث واللّغة والدِّين، فإنّها تسعى أيضا إلى تحقيق نفس الأهداف: حداثة وأصالة تشريعاتها.

إنّ هذا الانسجام في الجانب الشكلي لم يمنع من وجود بعض الاختلافات في جوانب أخرى، إذ يتبيّن من التصفّح الأوّلي للقوانين المدنية العربية أنّها متفاوتة فيما بينها، وقد يصل ذلك التفاوت إلى حدّ اعتبار هذه القوانين غريبة عن بعضها البعض، كالقانون المدني الجزائري مقارنة بقانون العقود والموجبات اللبناني، أو بقانون المعاملات المدنية السوداني، أو القانون المدني الأردني. فبالإضافة إلى التسميات المتميّزة (قانون مدني، قانون المعاملات المدنية، مجلّة الالتزامات والعقود، قانون الموجبات والعقود)، هناك أيضا فروقا أخرى أيضا بشأن مجالها (بعضها اكتفى بالحق الشخصي: الالتزامات والعقود في حين

استعرض بعضها الآخر الحق الشخصي والحق العيني)، وبمضمون أحكامها، لا سيما مصادرها المادّية – خاصة مكانة الشريعة الإسلامية كمصدر مادّي للقانون المدني– وحتّى بالنسبة للمصطلحات القانونية المستعملة [9]وهذا رغم صياغتها كلّها بنفس اللّغة، أي اللّغة العربية.

يعود هذا التفاوت إلى جملة من الاعتبارات يتعلّق بعضها بمضمون الأصالة على ضوء العلاقة الموجودة بين العروبة والإسلام[10] **(1)**، ويرجع بعضها الآخر إلى أسلوب تحديث القوانين العربية في ظل تراجع الحضارة العربية وطموح البلدان العربية في الالتحاق بالحضارة الغربية **(2)**، الأمر الذي جعل المشرّعون العرب يحاولون التوفيق بين حداثة الحضارة الغربية والأصالة في الحضارة العربية الإسلامية **(3)**. تلكم هي الجوانب الثلاثة التي سنتناولها في هذه المداخلة.

1– أصالة القوانين المدنية العربية في ضوء علاقة العروبة والإسلام

إذا كان المقصود بالرجوع إلى الأصالة هو سنّ تشريع نابع عن المجتمعات العربية ومطابق لمعتقداتها وتراثها وثقافتها، فإنّ البعض اختصر هذه الأصالة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وهذا ما قال به –مثلا– الرئيس الجزائري الراحل هواري بومدين عند تنصيبه للّجنة القانونية بوزارة العدل المكلّفة بإعداد تشريع جزائري وهذا بعد إلغاء التشريع الفرنسي الذي بقي ساري المفعول إلى غاية جويلية 1975[11]. وهذا ما ذكّر به أيضا أعضاء اللّجنة التي قامت بإعداد القانون المدني[12]، وهو أيضا موقف الشعب الأردني الذي رفض مشروع القانون المدني الذي اقترحته الحكومة الأردنية سنة 1952، مطالبا بسنّ تشريع مطابق للشريعة الإسلامية، فتدّخل المرحوم الملك الحُسين بن طلال، مستحدثا لجنة للقيام بذلك ولم يتم إصدار القانون المدني الأردني إلاّ سنة 1976 أي بعد أزيد من عشرين سنة وبعد اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر أساسيّ له.

أمّا الرأي الثاني فيري أنّ الأصالة تعني إعداد تشريع من قبل فقهاء عرب على ضوء تراثهم. وجاء – على سبيل المثال – في تقرير لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ المصري: " *والآن وقد استرجعت البلاد سيادتها التشريعية وأوشك أن يتقلّص آخر ظل من ظلال الامتيازات، يطيب للجنة أن تعرب عن عظيم اغتباطها بأن يكون القانون المدني الجديد* ***تعبيرا مصريا*** *خالصا عن هذه السيادة فهو يعد بعد الدستور أهم* ***تشريع وضعه المصريون أنفسهم.*** *فقد أعدّ مشروعه* ***فقيه مصري...*** *وقد أدلى* ***المصريون بالرأي فيه*** *... وهو في هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة وشيوخها للنظر في أحكامه، في ضوء علمهم وخبرتهم* ***بتقاليد البلاد...*** *وكان للأجيال القادمة أن تعتزّ به... وأنّ* ***مصر...*** *اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت،* ***بنفسها ولنفسها، هذا التقنين الجديد***"[13].وكتب المغفور له الأستاذ عبدالرزاق السنهوري وهو من تولّى إعداد مشروع القانون المدني المصري، بشأن مصادره أنّها ثلاثة وهي : " *أوّلها وأهمّها نصوص التقنين المدني القديم[14]، بعد أن هذبت، وأضيف إليها أحكام القضاء المصري طوال*

سبعين سنة... والنصوص التي اسقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد.... وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامي... وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة"[15].

هذا التفاوت بشأن موقف الدول العربية من الإسلام كعنصر من هوّيتها وأصالتها يظهر أيضا من خلال أحكام دساتيرها، إذ باستثناء دستور لبنان تعرّضت كل الدساتير العربية لهذه المسألة، فبعضها كرّس الإسلام كدين للدولة على غرار الجزائر، مصر، تونس وغيرها وبعضها الآخر لم يكتف بذلك، بل اعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي لتشريعاتها على غرار الكويت، اليمن، قطر وغيرها.

لقد انجرّ على هذا التباين في الدساتير العربية تفاوتا بشأن مكانة الشريعة الإسلامية كمصدر للقوانين المدنية العربية، فبعضها لم يعترف لها سوى بدور هامشيّ **(1.1)** في حين اعتمدها بعضها الآخر كمصدر أساسي للتشريع المدني **(2.1)**.

1.1- الدور الهامشي للشريعة الإسلامية

اكتفت بعض القوانين المدنية العربية بتكريس مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي رسمي **(1.1.1)** مع إدراج بعض أحكام الفقه الإسلامي ضمن الأحكام الأخرى للقانون المدني المستمدّة على العموم من القانون المدني الفرنسي **(2.1.1)**.

1.1.1- مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي

إنّ هذه الخطوة التي أقدمت عليها بعض القوانين المدنية العربية- تكريس مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي رسمي-، على غرار القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري[16]، واللّيبي والسوري ما هي في الحقيقة سوى ذرّ الرماد في العيون وتحويل أنظار الناس، إذ بدل من تكريس أحكام الشريعة الإسلامية أو بالأحرى الفقه الإسلامي -على الأقلّ- كمصدر احتياطي، اقتصرت هذه القوانين على مبادئ الشريعة الإسلامية، كأن يكون الأمر بمثابة شعار لا سبيل له للتطبيق ميدانيا وهذا ما أكّده الأستاذ الدكتور شفيق شحاته، حيث لاحظ أنّه خلال الفترة ما بين سنة 1949 و1965 أي أكثر من 15 سنة لم تلجأ المحاكم المصرية ولو لمرّة واحدة لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي[17]. وهذا ما قال به أيضا الأستاذ الدكتور علي بن شنب بشأن القانون الجزائري.

يرجع هذا الوضع إلى اعتماد مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي رسمي وليس بأحكامها التفصيلية، وفي ظلّ كثافة الأحكام التشريعية وتزايدها المستمرّ في جميع فروع القانون، أصبح من الصعب إن لم نقل من المستحيل العثور على فراغات تشريعية – لا سيما من حيث المبادئ- يمكن سدّها بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. ولعلّ ما يزيد هذا الأمر صعوبة هي الشروط التي يتعيّن توفّرها لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي، ومنها – على سبيل المثال- توافق مبادئ الشريعة مع المبادئ العامة للقانون الوضعي.

لا شكّ أن شرط التوافق هذا له مبرّراته، فهو يساعد على انسجام قانون الدولة ككلّ، غير أنّ تحقّقه ليس بالأمر الهيّن، بالنظر إلى خصوصيات الشريعة الإسلامية كنظام قانوني مستقلّ، فله فلسفته وتصوّره بشأن تنظيم الروابط القانونية في المجتمع، فهو يتميّز عن غيره من النظم القانونية من حيث المصطلحات والتقسيمات والمبادئ وغيرها.

إنّ تكريس مبادئ الشريعة كمصدر رسمي احتياطي في بعض القوانين المدنية كان لاعتبارات سياسية لا غير، وقد استبعدها المشرع بالنسبة لبعض فروع القانون الأخرى، على غرار القانون التجاري[18]، ناهيك عن فروع القانون التي تكتفي بالتشريع كمصدر وحيد على غرار القانون الجنائي[19]. وهكذا بقيت مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي للقانون مجرّد حبر على ورق.

2.1.1-إدراج بعض أحكام الفقه الإسلامي

أدرجت بعض القوانين العربية بعض أحكام الفقه الإسلامي ضمن أحكام القانون المدني على غرار القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري ومجلّة الالتزامات والعقود التونسية وغيرها، ومن بين هذه الأحكام تلك المتعلّقة بمجلس العقد[20]، ومرض الموت[21]، وحق الشّفعة[22]، وكذا بعض العقود كعقد المغارسة[23] وعقد المساقاة[24] وبيع المؤجل بالثمن المعجل أي السلم[25] وعقد المضاربة[26] وعقد الانزال[27] مع تحريم التعامل بالفوائد الربوية – القروض بالفائض- وكذا العقود الاحتمالية[28] .

إنّ الملاحظ بشأن عملية إدراج أحكام الفقه الإسلامي ضمن أحكام القوانين المدنية أنّها لم تكن بالمسألة البسيطة أو بدون صعوبات، ذلك بالنظر إلى استقلالية الفقه الإسلامي كنظام قانوني له مفاهيمه وخصوصياته. ولقد ترتّب عن هذا التباين عدم انسجام الأحكام المقترضة من الفقه الإسلامي مع أحكام القانون المدني الأخرى والتي تنتمي -عموما- إلى نظام القوانين المدنية فمرض الموت – مثلا- لا يمكن إلحاقه بعيوب الرضا ولا بالأهلية،[29] ولا بأيّ نظام من النظم المعروفة في القانون المدني، ذلك لكون أحكامه تسعى إلى حماية الوارث من تصرّفات المورّث، باعتبار أنّ الوارث يتمتّع بحق شخصي ويعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات المورّث، في حين أخذ القانون الوضعي بمفهوم الخلف العام الذي يستند إلى تصوّر آخر لا يعرفه الفقه الاسلامي، فالخلف العام يخلف السلف في حقوقه ويعتبر طرفا في التصرّفات التي قام بها السلف.

إنّ استحالة تعايش الأحكام المقترضة من الشريعة الإسلامية مع أحكام القانون المدني المستمدّة أساسا من القانون المدني الفرنسي – نظام القوانين المدنية- تبدو واضحة، كما يظهر ذلك -على سبيل المثال- من صياغة المادّة 408 مدني جزائري بشأن بيع المريض مرض الموت. فالبيع الذي يكون لصالح الوارث لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة، كأن يكون بيعا لملك الغير باعتبار الورثة من الغير في حين يكون البيع للغير قابلا للإبطال كأن يكون غير مصادق عليه، الأمر الذي يفهم منه أنّ الورثة أطراف في العقد. حاول المشرع التوفيق بين الفقه الإسلامي الذي يعتبر الوارث من الغير وبين أحكام

القانون الوضعي التي تعتبر الوارث خلفا عاما، إلاّ أنّ هذه المحاولة باءت بالفشل بالنظر إلى الاختلاف الواضح الموجود بينهما تصوّرا وغاية.... ويمكن تسجيل نفس الملاحظة بالنسبة للإيجاب في مجلس العقد (وهو غير ملزم)، والإيجاب في القواعد العامة (وهو ملزم)[30].

إنّ هذا التباين بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الأخرى التي تعدّ هي الأصل بالنظر إلى عددها، أدّى إلى اعتبار الأوضاع المقترضة من الفقه الإسلامي والمدرجة ضمن أحكام القانون المدني مجرّد حالات استثنائية[31]، كونها تخرج عن نطاق القواعد العامة، فأحكام بيع المريض مرض الموت وردت تحت عنوان البيوع الخاصة، ويكون الإيجاب في مجلس العقد نوعا خاصا من الإيجاب يتميّز بكونه غير ملزم ما لم يتم قبوله فورا كما يستفاد من نص المادة 108 مدني أنّ أحكام الميراث هي حالة استثنائية.

لقد حاولت بعض التشريعات المدنية تفادي هذا الوضع، على غرار القانون التونسي، حيث ينص الفصل 241 التزامات وعقود:" *الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حقا منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم.... فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين*".

2.1- الشريعة الإسلامية مصدر أساسي للقوانين المدنية العربية

خلافا للطائفة الأولى من الدساتير العربية التي اكتفت بتكريس الإسلام كدينٍ للدولة، هناك طائفة ثانية من الدساتير اعتمدت الشريعة الإسلامية كمصدر لتشريعاتها، منها الدستور القطري والكويتي، والسوداني، والعراقي والإماراتي، واليمني...[32]. ولكن لما كانت للشريعة الإسلامية خصوصيتها من حيث مصدرها (القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة، الفقه...) وكيفية تقرير أحكامها شكلا (آية قرآنية، حديث شريف، سنّة فعلية، فتاوى، مبادئ فقهية، قواعد كلّية...)، طبيعتها (حالات خاصة) وكذا مجالها وتصنيفاتها، ومصطلحاتها بالإضافة إلى المستجدّات التي لم يسبق للفقه الإسلامي تناولها، فقد نتساءل عن كيفية تعامل المشرع مع الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع أو بالأحرى مصدرا أساسيا للقوانين المدنية وهي مفاهيم غريبة عنها أي عن الشريعة الإسلامية؟ هل تكون الشريعة الإسلامية بمثابة مصدر مادّي، يستلهم منه المشرع مختلف أحكام القوانين المدنية ثمّ يتولّى صياغة تلك الأحكام وفق النموذج الفرنسي، أو بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية متّبعا في ذلك النموذج الفرنسي أو بصفة مستقلّة؟ يبدو أنّ المشرعون العرب سلكوا مسلكا وسطيا، إذ اتّبعوا النموذج الفرنسي **(1.2.1)** دون أن يهملوا في نفس الوقت مجلّة الأحكام العدلية باعتبارها أوّل تقنين للأحكام الشريعة الإسلامية **(2.2.1)**.

1.2.1- الاقتداء بالنموذج الفرنسي

إنّ إقدام المشرّعون العرب على إعداد تشريع تحت عنوان القانون المدني دليل واضح على ما يسعون إليه، طالما أنّ مفهوم *القانون المدني* غريب عن الشريعة الإسلامية في عدّة جوانب، ولعلّ هذا ما جعل بعضهم يفضّل مسميّات أخرى كقانون المعاملات المدنية على غرار المشرّع السوداني والمشرّع العماني والمشرّع الإماراتي، فالقانون المدني كما هو معروف فرع من فروع القانون الخاص له مجاله، بعدما كان يجسّد في وقت سابق القانون الخاص، وهو يعدّ أيضا بمثابة الشريعة العامة، وبهذا التصوّر فهو ينتمي إلى نظام القوانين المدنية أو النظام الروماني الجرماني. أمّا مفهوم المعاملات فهو من مفاهيم الشريعة الإسلامية وأحد تصنيفاتها، وهي تشمل عدّة مجالات منها المعاوضات المالية (المدنية والتجارية)، والمناكحات (الأحوال الشخصية)، والمخاصمات (الاجراءات)، والأمانات والتركات[33]. أمّا مفهوم المعاملات المدنية المستعمل من قبل بعض المشرّعين العرب فهو محاولة للتوفيق بين مفهوم المعاملات في الشريعة الإسلامية –حفاظا على الأصالة– ومفهوم القانون المدني في الأنظمة المدنية – سعيا إلى تحقيق الحداثة–.

2.2.1- التأثّر بمجلة الأحكام العدلية

إنّ الرجوع إلى الأصالة –أي الشريعة الإسلامية– عند إعداد القوانين المدنية العربية يقتضي الرجوع لا محالة إلى مجلّة الأحكام العدلية، كونها أوّل محاولة في العصر الحديث لتقنين الشريعة الإسلامية وفق النموذج الغربي. ونذكر في هذا الشأن أنّ إصدار مجلّة الأحكام العدلية كان شرطا من الشروط التي أملتها البلدان الغربية على الإمبراطورية العثمانية كي تستمرّ العلاقات التجارية بينهما. وتعدّ مجلّة الأحكام العدلية بمثابة قانون مدني مستمدّ من الفقه الإسلامي، فمن حيث الشكل تمّ صياغة مختلف الأحكام الفقهية في شكل مواد تحمل كل واحدة رقما تسلسليا وتمّ جمعها وترتيبها في ستّة عشر (16) كتابا، كل واحد منها مخصّص لموضوع ما– البيع، الإيجار، الكفالة، القضاء... – وكلّ موضوع تمّ تقسيمه إلى أبواب والتي بدورها تمّ تقسيمها إلى فصول. استهلّ نص المجلّة بمقدّمة تشمل مئة مادّة تضمّنت كلّ واحدة منها (باستثناء المادّة الأولى) قاعدة من القواعد الكلّية، فهي بمثابة مبادئ عامة تتصدّر الأحكام الخاصّة.

إنّ اتّباع الجانب الشكلي للقانون المدني الفرنسي لم يمس بمضمون أحكام الشريعة التي تمّ تدوينها، وحرصا على المحافظة على خصوصياتها فضّل واضعوا هذا التقنين تسمية مجلّة الأحكام العدلية بدل من القانون المدني، إذ يُراد بالمجلّة وسيلة لجميع أحكام الشريعة في حين مصطلح القانون ينصرف إلى فكرة أخرى، وهي استحداث ووضع أحكام لم تكن موجودة من قبل.

لقد حذت العديد من القوانين المدنية العربية حذو مجلّة الأحكام العدلية حيث خصّص قانون المعاملات المدنية الإماراتي –مثلا– الفصل الثاني من الباب التمهيدي، حكام عامة، بعض قواعد

الأصول الفقهية التفسيرية من المادة 29 إلى المادة 70، كما خصّص القانون المدني اليمني في كتابه الأوّل تحت عنوان الأحكام العامة للمعاملات الباب الأوّل المعنون بـ: *القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون*[34].

يبدو أنّ الأسلوب الذي اتّبعه المشرّعون العرب، لا سيما اعتماد الجانب الشكلي للقانون الفرنسي، مَردُّه ضرورة تحديث القوانين العربية.

2- تحديث القوانين المدنية العربية بتقنينها

الحداثة في مدلولها العام هي *حاجة إدخال العالم في منطق محسوب، وضبط الممارسة كي تعمل وفق خريطة سابقة على الواقع ومجاز الحداثة هو جعل الممارسة الحديثة تعمل بوصفها لغة برمجة وفق مجموعة تعليمات معيارية وتوجيهية وتاليا تحكمية..* فيكون *القانون هو مجموعة تعليمات تتجلّى من خلالها إرادة الدولة لضبط تقنين حياة المواطنين بتحديد الممنوع والمسموح القيام به*[35]. ونذكر في هذا الشأن أنّ القانون كان يتمثّل قديما في السلوكات التي اعتاد الناس عليها، في حين أصبح اليوم وسيلة لبناء مجتمع أفضل، فهي السلوكات والنماذج التي يجب اتّباعها.

لقد انشغلت وبادرت الدول العربية بتحديث قوانينها، في وقت عرفت فيه الحضارة العربية الإسلامية تراجعا كبيرا، وتزامنا مع هيمنة الحضارة الغربية على العالم العربي وفي كل المجالات. وكتب قائلا في هذا الشأن نائب رئيس اللجنة الاشتراعية بعدما ذكر ما قامت به الدول الغربية من تحديث لقوانينها: *"فخليق إذن بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية وبأقرب جاراتها أعني تركيا ومصر. فإذا طرح الشارع اللبناني من المنشآت القانونية المحلية ما أظهر الاختبار وجوب نبذه. وسمح من جهة أخرى بالتوسيع من المنشآت القانونية التي يرجى لها نمو جديد متواصل وإذا تقبل المحدثات التي تقتضيها حاجات المجتمع الحاضر من غير أن يكلم بعمله وجدان أحد فإنه يعمل عملا كبيرا لا مندوحة عنه لتعضيد البلاد في سبيل الرقي المادي وإبلاغها أوجه العظمة الأدبية"*[36].

أمّا بالنسبة لتحديث القوانين المدنية العربية فتتمثّل في فكرة تقنينها، ناهيك عن الجانب الموضوعي، حيث عرفت المجتمعات الغربية تطوّرا وتقدّما فكريا وصناعيا واقتصاديا انجرّ عنه معاملات وأوضاع ومفاهيم جديدة لم تكن معروفة من قبل[37].

ينصرف التقنين كمظهر من مظاهر الحداثة مبدئيا وبالأساس إلى الجانب الشكلي للقانون، فهو أسلوب جديد تُقدّم فيه القوانين للمخاطبين بها **(1.2)**، إلاّ أنّ الأمر لم يقف في الحقيقة عند هذا الحدّ، فالتقنين الذي كان أحد أهداف الثورة الفرنسية ساهم وساعد على إدراج إصلاحات قانونية، فلم يبق أسلوب التقنين مجرّد آلية شكلية بل يحمل في طيّاته قيم هذه الثورة، وهو الأمر الذي قد ينال من أصالة القوانين المدنية العربية **(2.2)**، ناهيك عن رفض الفقه الإسلامي لأسلوب التقنين في بداية الأمر **(3.2)**

1.2- التقنين: شكل جديد لوضع القوانين

يقول أحد الفقهاء أنّ التقنين هو *عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون ما بينها من تناقض وفيها من غموض في مدوّنة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها، بصرف النظر عمّا إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون"*[38].فالتقنين هو عملية من اختصاص المشرّع مفادها جمع مختلف الأحكام القانونية التي تنتمي إلى فرع من فروع القانون وصياغتها في نص قانوني واحد تحت تسمية "قانون، مدوّنة، مجلّة" بمعنى code وذلك بعد القيام بالتنسيق بين هذه الأحكام وتبويبها بشكل علمي يسهل الاطّلاع عليها والتمكّن منها وتداولها من قبل كل من يهمّه الأمر.

أمّا عن مزايا هذا الأسلوب الجديد فهي عديدة ومنها: تمكين المكلّفين من القوانين الاطّلاع عليها بأكثر سهولة، إذ تسمح هذه التقنية بتبسيط القانون بالنظر إلى تضخّم التشريعات والتنظيمات وتفريقها، فمنها السّارية المفعول ومنها الملغاة صراحة أو ضمنيا، كما يضمن أسلوب التقنين شفافية القوانين ويساعد في نفس الوقت على استقرار العدالة لا سيما الأحكام القضائية...الخ.

إنّ إعادة تنظيم النصوص القانونية محلّ التقنين بطريقة منهجية وجمعها في قانون واحد يقتضي لا محالة إعادة النظر في موضوع هذه النصوص، وحتّى لو تعلقّ الأمر بتقنين بقانون ثابت codification à droit constant، فمعالجة التناقضات يقتضي إبعاد بعض الحلول والتمسّك بأخرى، وقد يظهر أنّ الحلول السّارية المفعول قد تجاوزها الزمن، فلا تتلاءم مع التصوّر الجديد للمجتمع، وهو الأمر الذي يؤدّي حتما إلى وضع حلول جديدة، ومن ثمّ فإنّ عملية التقنين لم تقتصر على الجانب الشكلي للقانون، بل تنصرف أيضا إلى جوهره.

2.2- التقنين: ترجمة لقيم الثورة الفرنسية

قال المؤرّخ الفرنسي المشهور جول ميشليه Jules Michelet بشأن الثورة الفرنسية أنّها ظهور أو قدوم التشريع، وإحياء أو بعث القانون من جديد وردّ فعل العدالة، «L'avènement de la loi, la résurrection du droit, la réaction de la justice»[39] ويضيف أنّنا نحضر ميلاد قانون جديد كلّيا.

القانون بالمفهوم الحديث هو وسيلة لتغيير المجتمع، وهو تكريس لمبادئ جديدة، وقد ساعدت فكرة تقنين القانون المدني الفرنسي على إصلاح القانون الفرنسي. ولا يفوتنا في هذا الشأن التذكير بأهمّ الإصلاحات التي تمّت من خلال تقنين القانون المدني الفرنسي، لا سيما:

- تكريس الدولة العلمانية، حيث استبعد الدين الكاثوليكي -هو دين مثل أي دين آخر- وأصبحت **الحالة المدنية التي تجمع المعلومات عن الميلاد والزواج والطلاق تديرها الدولة** وليس الكنيسة، وقد نادت الثورة الفرنسية بضمان المساواة لجميع المواطنين في كل مكان في فرنسا[40].

–تحقيق توحيد الشعب الفرنسي وذلك بتوحيد القانون، والتخلّي عن الأعراف والقوانين الجهوية التي كانت سائدة،

– تحقيق التماسك الاجتماعي والمساواة أمام القانون،

– تكريس المساواة بين الجنسين، على عكس ما كانت عليه الأوضاع قبل الثورة، إذ كانت المرأة لا تتمتّع بكلّ الحقوق ولا بالأهلية الكاملة،

– تكريس حرية التجارة والصناعة، وكذا ظهور حقوق الإنسان (مقدمة للدستور 1789)،

– تكريس الحرية،[41] فلقد ترجم القانون المدني الفرنسي الفكر الفردي الليبرالي، الذي دافع عنه فلاسفة القرن السادس عشر، ولعل ما يؤكّد ذلك الخطّة التي تبنّاها التقنين المدني، إذ بعد فصل تمهيدي تناول ثلاثة كتب وهي على التوالي: الأشخاص، والأموال، ومختلف الطرق لاكتساب الملكية وأصبحت الملكية وحرية التعامل والحرية العقدية إحدى ركائز القانون المدني الفرنسي.

يمكننا القول بكلمة مختصرة أنّ المستقبل القانوني للمجتمع لم يبق قضاءً وقدرا، بل أصبح الشخص يتحكّم في مستقبله بإرادته الحرّة بعيدا عن المعتقدات الدينية. ولقد أدرجت كل هذه الأفكار ضمن أحكام القانون المدني الفرنسي.

لا شكّ أنّ تحديث القوانين العربية سيتناول أيضا أوضاع، وعلاقات، ومعاملات لم تكن معروفة من قبل، فهل سيكتفي المشرّع العربي بنقل القوانين الغربية مضمونا واصطلاحا أو سيبدع بالبحث في حلول تتماشى وماضيه ومصطلحات تثري اللغة القانونية العربية؟

كان التقنين ضمن المشاريع التي تسعى الثورة الفرنسة إلى تحقيقها، الأمر الذي جعل القوانين المدنية العربية باتّباعها الطريقة الغربية تُكرّس بطريقة غير مباشرة بعض القيم الغربية، وتبتعد في نفس الوقت عن الأصالة العربية، ويبدو أن المشرّعين العرب قد لجأوا إلى بعض الأساليب التي سمحت بتفوّق الحداثة على الأصالة.

3.2– موقف الفقهاء من تقنين الشريعة الإسلامية

يُراد بتقنين الفقه الإسلامي تطبيق التقنين على الأحكام الفقهية المأخوذة من المذهب الواحد، والتقنين كما سبق ذكره فهو:"... *جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلّقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى مواد (ذات أرقام متسلسلة). ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس.*"[42]

كانت مسألة تقنين الشريعة مسألة خلافية بين الفقهاء المسلمين، فمنهم المعترضون على ذلك، لا سيما علماء الحجاز مستدلّين بعدّة حجج منها – أنّ التقنين لم يكن معمولا به في عهد الرسول صلّى الله عليه وسلّم ولا في عهد الخلفاء الراشدين، ولا من بعدهم من طرف السلف الصالح – وأنّ إلزام القاضي برأي معيّن محدّد مسبقا يحول دون تمكينه من الاطّلاع على الآراء الفقهية الأخرى وترجيح أقربها إلى

الصواب، فالتقنين هو في الحقيقة تخلٍّ عن كل الفقه فالقاضي مُطالب بقول الحق تحقيقا للعدل والإنصاف، ومن ثمّ لا يمكن إلزامه بحكم قد لا يقتنع به[43] أمّا بالنسبة للمسائل الخلافية بين العلماء في مسألة ما، فإنّ المقنن غير مؤهّل لترجيح أحد الآراء .

أمّا مؤيدو فكرة تقنين الشريعة الإسلامية، فيعتبرونها ضرورة ملحّة [44]، كونها تمكّن المكلّف من علمه واطّلاعه مسبقا على النظام الذي يسري على سلوكاته، وهذا المبدأ مكرّس في كلّ الشرائع، كما يساعد التقنين على توحيد الاجتهاد القضائي في البلد الواحد، وسهولة مراجعة الأحكام، وضبط الأحكام الشرعية واعتماد الرأي الأصح في المسائل الخلافية بين الفقهاء[45]، كما تلبّي فكرة التقنين ما يقتضيه العصر الحديث من سرعة في فضّ النزاعات، لاسيما في ظلّ التعقيدات التي طرأت على العديد من المعاملات. وأيّا كان الأمر فتقنين الشريعة الإسلامية أصبح اليوم محلّ الإجماع، وقد بادرت الجامعة العربية إلى توحيد الأنظمة القانونية العربية على أساس الشريعة الإسلامية[46].

3- القوانين المدنية العربية: تعايش حداثة غربية مع أصالة عربية إسلامية

ترمز الحداثة إلى ما هو حديث، بينما يُراد بالأصالة -عادة- ما هو قديم، لكونها تتطلّب -عادة- فترة من الزمن حتّى تبرز إلى الوجود ويعلم بها الجميع، ويثير مثل هذا الأمر تساؤلا حول طبيعة العلاقة بينهما: هل هي علاقة تناقض فيستبعد التعايش بينهما، أم هي علاقة ذات طابع آخر فلا يمنع تواجدهما -الأصالة والحداثة- فلا وجود لأيّ تناقض بين الفكرتين، كأن تكون الحداثة أو العصرنة مظهرا من مظاهر الأصالة. وهناك العديد من البحوث التي تناولت علاقة الحداثة بالأصالة، ولعلّ ما يزيد الأمر تعقيدا بالنسبة لموضوعنا أي القوانين العربية، أنّ الحداثة تنتمي إلى حضارة غربية آنية، في حين تنتمي الأصالة إلى الحضارة العربية الإسلامية التي عرفت تراجعا كبيرا. ويبدو بالنظر إلى عامل التعقيد هذا، ناهيك عن الاعتبارات التي سبق ذكرها، أنّ حلّ المعادلة أمر صعب المنال، وهذا ما تؤكّده الصيغ النهائية للقوانين المدنية العربية، فبعضها لم يكن سوى محاكاة للقانون المدني الفرنسي **(1.3)** في حين كان بعضها الآخر محاولة للجمع بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الفرنسي، وهذا رغم التفاوت الكبير بينهما: تصورا وصياغة واصطلاحا **(2.3)**.

1.3- القوانين المدنية العربية: محاكاة للقانون المدني الفرنسي

لقد سبقت الإشارة ولو بطريقة غير مباشرة لهذه الفئة من القوانين العربية عند تطرّقنا إلى مكانة الفقه الإسلامي كمصدر من مصادر القوانين المدنية العربية. وأشار المغفور له عبد الرزاق السنهوري إلى قول أساتذة القانون المقارن بيار ارمنجون والبارون بوريس، نولدر مرتين وولف Pierre Arminjon, Baron Borris Nolde, Martin wolf بشأن القانون المدني المصري على:" *إن مبادئه وتكيفاته القانونية ومصطلحاته الفنية، وقواعده الأساسية هي في مجموعها ما نراه في القانون الفرنسي*"[47]. واعتقادنا أنّ هناك ظروف هيّأت لمثل هذه النتيجة، فبعضها يرجع إلى الولوع بالحضارة الغربية بصفة عامّة والقانون

الفرنسي بصفة خاصّة (**1.1.3**) ولو أنّ الاعتماد على أحكام القانون المدني الفرنسي في إعداد القوانين المدنية العربية لم يكن من قِبل حرّية الاختيار، بل كان يظهر كخيار وحيد، إن لم يكن مفروضا في بعض الحالات (**2.1.3**)، وأيّا كان الأمر، فإنّ محاكاة القانون المدني الفرنسي لم تكن ممكنة إلاّ بعد استبعاد بعض المسائل من مجال القانون المدني، سيما أحكام الأحوال الشخصية (**3.1.3**).

2.1.3- الولوع بالحضارة الغربية

يظهر ولوع بعض المجتمعات العربية بالحضارة الغربية من خلال إقبال طبقتها المثقّفة على الثقافة الغربية، لا سيما الفرنسية وذلك بتوافد مجموعات من الطلبة والأساتذة وغيرهم من المثقّفين على الجامعات الفرنسية في كلّ الاختصاصات من جهة، واستقبال بعثات من المثقّفين الفرنسين في البلاد العربية من جهة أخرى، والسماح لها بفتح مدارس عليا وكليات فرنسية تابعة للجامعات الفرنسية وتسييرها وتأطيرها في كلّ من مصر ولبنان سيما في مجال الحقوق.

لقد كان الإقبال على هذه الكليات كبيرا، خاصّة من قبل الطلبة اللبنانيين والسوريين والمصريين، ممّا ساعد كثيرا على انتشار الثقافة الفرنسية في البلاد العربية، فأصبحت بمثابة ثقافة وطنية. ولقد شجّع الجمود الذي عرفته بعض المعالم العربية الكبرى على غرار جامع الأزهر، الذي لم يتأقلم مع المتطلّبات الجديدة للمجتمع على توطين الثقافة الفرنسية. ولعلّ ما يُترجم حقّا انبهار بعض المجتمعات العربية بالثقافة الفرنسية العبارات التي جاءت في تقرير نائب رئيس اللجنة الاستشارية موجّه إلى حضرة وزير العدلية في جمهورية لبنان، بشأن إعداد قانون الموجبات والعقود اللبناني. وبعدما استشهد مُحرّر هذا التقرير بما قامت به معظم الأمم من وضع قوانينها في قوالب جديدة كفرنسا وسويسرا وبولونيا وإيطاليا وغيرها، مشيرا في نفس الوقت إلى مشروع قانون الموجبات والعقود المشترك لفرنسا وإيطاليا الذي أطلق عليه تسمية *"المشروع الدولي"* كونه " *ثمرة مباحث أكبر رجال القانون من الفرنسيين والإيطاليين سحابة عشرة سنوات*، كتب قائلا *فخليق إذن بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية وبأقرب جارتها أعني تركيا ومصر...*". وأضاف بشأن عمل اللجنة الاشتراعية أنّه اقتصر "*على صوغ المشروع في صيغته النهائية*، باعتبار أنّ المشروع الأصلي وضعه *الميسيو روبرس (وهو الآن قاضي في محكمة السين)*، وقد تمّ إرسال هذا المشروع إلى *الميسيو جوسران كبير أساتذة كلية الحقوق في ليون. وبعض تلك النصوص صدر عن ممثل الدولة المنتدبة... والبعض الآخر وضعه الشارع اللبناني ... وأن اللجنة الاشتراعية لم يدر في خلدها قط أن تنتقد المشروع الذي وضع تحت رعاية العلامة الكبير والحجة الذي يرجع إليه في الحق المدني الفرنسي ذي الشخصية البارزة في عالم القانون الأستاذ جوسران...*"[48]

2.1.3-القانون المدني الفرنسي: خيار وحيد مفروض

إنّ انتشار الثقافة القانونية الفرنسية على النحو السالف الذكر إلى جانب انتشار الاستعمار الفرنسي بطرق مختلفة في البلاد العربية، والذي كان يسعى إلى طمس الثقافة الوطنية سيما الشريعة

الإسلامية، وفرض ثقافته وقناعاته ساعد على بروز ظاهرة التأثّر بالثقافة القانونية. لقد تلقّى رجال القانون في البلاد العربية في تكوينهم الثقافة القانونية الفرنسية، ومارسوا نشاطاتهم طيلة حياتهم بالاستناد إلى تلك الثقافة، بحيث أصبح الكثير من المواطنين العرب يعتقدون أنّها ثقافتهم الوطنية. ولعلّ ما ساعد على هذه القناعة تراجع الثقافة القانونية العربية الإسلامية إن صحّ التعبير. وقد كان هناك تفاوت كبير بين الذين كانوا يرغبون في استبعاد الثقافة الفرنسية والعمل على تطوير أو تحديث الشريعة الإسلامية بشأن تصوّرهم لذلك. نذكر على سبيل المثال إعداد القانون المدني الجزائري الذي تمّ من قبل محترفي القانون، إلاّ أنّ أغلبهم كان متشبّعا بالثقافة القانونية الفرنسية.

أمّا بشأن إعداد مجلّة الالتزامات والعقود التونسية فقد تمّ في الوقت الذي كانت فيه تونس تحت الحماية الفرنسية ونفس الشيء بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي[49]. فلقد تمّ إعداد مجلّة الالتزامات والعقود التونسية بموجب اتّفاقية المرسى بين باي تونس والمقيم العام الفرنسي المؤرّخة في 8 حزيران 1883، حيث ينصّ الفصل الأوّل على ما يلي:" *لما كان الباي أن يسهل للحكومة الفرنساوية إتمام حمايتها تكفل بإجراء الإصلاحات الإدارية والعدلية التي ترى الحكومة المشار اليها فائدة في إجرائها*"[50]. كما تمّ أيضا إعداد قانون الالتزامات والعقود المغربي بموجب معاهدة فاس 30 مارس 1912، وقد ورد في فصلها الأول:" *إن دولة الجمهورية الفرنسية وجلالة السلطان قد اتفقا على تأسيس نظام جديد بالمغرب مشتمل على الإصلاحات الإدارية والعدلية والتعليمية والاقتصادية والمالية والعسكرية التي ترى الدولة الفرنسية إدخالها نافعا بالإيالة المغربية، وهذا النظام يكون يحترم حرمة السلطان وشرفه العارم وكذلك الحالة الدينية وتأسيساتها والشعائر الإسلامية وخصوصا تأسيس الأحباس كما يكون هذا النظام محتويا على تنظيم مخزن شريف مضبوط...*"[51].

لقد تمّ إعداد هذين القانونين برغبة من الدولة الحامية –فرنسا– وذلك بغرض تمكين المستوطنين الغربيين من العيش في ظلّ قواعد قانونية اعتادوا عليها كالقانون الفرنسي، وتجنيبهم الصعوبات المترتّبة على القوانين المحلّية باعتبارها غير مقنّنة، وغامضة ومتناقضة ومبهمة. وأمّا عن مصدر أحكام القانون الجديد، فيرجع في إعدادها إلى القانون المدني الفرنسي ما لم تكن مخالفة للشريعة الإسلامية مع مراعاة المعتقدات المحلّية. واسندت مهمّة إعداد مجلّة الالتزامات والعقود التونسية إلى لجنة يترأّسها المحامي والمبرّز في الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية الإيطالي الجنسية والتونسي المولد " دافيد سانتيلانا David Santillana."[52]على أن يحرّر النص باللّغة الفرنسية، وإن دلّ ذلك على شيء فإنّما يدلّ على أنّ مجلّة الالتزامات مقتبسة أساسا من القانون الفرنسي، وكذا بعض أحكام القانون الألماني والسويسري أمّا قانون الالتزامات المغربي فهو صورة طبق الأصل للمجلّة التونسية.

نذكر في الأخير أنّه على غرار هذين القانونين، تمّ أيضا تحرير النسخة الأصلية لقانون الالتزامات والعقود اللبناني[53]، وكذا النسخة الأصلية للقانون المدني المصري[54] والقانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية[55]، ولا شكّ أنّ مردّ ذلك هو الاستئناس بالقانون المدني الفرنسي.

3.1.3- تشتيت القانون المدني

إنّه من المعروف أنّ القانون المدني ينظّم علاقات الفرد من حيث المال –أو ما يعرف بالحق الشخصي أو الالتزامات والحق العيني– وعلاقات الفرد مع عائلته أي الأحوال الشخصية، مع العلم أنّ هناك تفاوتا كبيرا بين الأمرين، كون هذا النوع من العلاقات يطغى عليه الطابع التقني، بينما النوع الثاني أي الأحوال الشخصية هي أكثر ارتباطا بثقافة وحضارة ومعتقدات البلد، فهي تتميّز من بلد إلى آخر وحتى من منطقة إلى أخرى في نفس البلد، بالإضافة إلى ذلك فالشريعة الإسلامية تناولت هذه الجوانب بالتفصيل سواء ما تعلّق بالزواج أو الطلاق أو الميراث، الأمر الذي لم يسمح للمشرع العربي من إعادة النظر فيها، وعليه تمّ إخراج مسألة الأحوال الشخصية من القانون المدني –كما تمّ إخراج في وقت سابق القانون التجاري وقانون العمل– غير أنّ الأمر لا يقتصر على هذا الفصل المادّي بل صاحبه استقلالية قانون الأسرة، بمعنى أنّ القانون المدني لم يعد بمثابة الشريعة العامة، كما استبعد بعض المشرّعون العرب أيضا الحقوق العينية كالقانون اللبناني، والتونسي والمغربي. ولعلّ هذا ما جعل بعض المشرّعين يستبعدون تسمية القانون المدني ويفضّلون تسمية الالتزامات والعقود.

بعد استبعاد الأحوال الشخصية من القانون المدني وفي بعض الأحيان الحقوق العينية، لم يبق سوى أحكام العقود والالتزامات أي ما يسمّى بالمعاملات، فالمعروف أنّ الشريعة الإسلامية لم تنظّم هذه المسائل بطريقة دقيقة على عكس مسائل الأحوال الشخصية، فاكتفى الشرع ببعض المحظورات على غرار التعامل بالربا، ممّا جعل المعنيّين بالمعاملات يتمتّعون بحرّية كبيرة في تنظيم معاملاتهم. وهذا ما شجّع المشرع العربي على نقل أحكام القانون المدني الفرنسي لا سيما تلك التي لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية. تلكم هي حجّة المغفور له الأستاذ السنهوري الذي يقول: *"كما ساعد العقم الذي شهدته الحضارة العربية الإسلامية على هذه المحاكاة شكلا ومضمونا"*.

3.3- القوانين المدنية العربية: جمع بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الفرنسي

حاولت الفئة الثانية من القوانين المدنية العربية أن تجمع في نفس النص أحكام منقولة حرفيا من الفقه الإسلامي وأخرى مستمدّة من القانون المدني المصري (المقتبس من القانون المدني الفرنسي على وجه الخصوص) دون أن تطغى إحداها على الأخرى. والحقيقة أنّ مثل هذا المزيج أثار عدّة صعوبات باعتبار التفاوت الكبير بين الأسلوب الذي اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن صياغة القواعد الفقهية والأسلوب المعتمد في صياغة الأحكام القانونية (**1.3.3**)، بالإضافة إلى التفاوت في تصوّر كلّ منهما (**2.3.3**) وفي مصطلحاتهما (**3.3.3**).

1.3.3- التفاوت في صياغة الأحكام

تتميّز قواعد الفقه الاسلامي من حيث صياغتها باستعمالها عبارات موجزة مجسّدة في ألفاظ قليلة، غير أنّها تستوعب جزئيات كثيرة وتنصرف إلى فروع متعدّدة ومختلفة في مواضعها[56]، ومع هذا فهي متّحدة في معانيها، وإن دلّ ذلك على شيء فإنّه يدلّ على وحدة المنطق والانسجام الكامل الذي يميّز الفقه الإسلامي. فالكلمات المستعملة -مثلا- في صياغة قاعدة *لا ضرر ولا ضرار* تعدّ على أصابع اليد الواحدة، وهو نفس المنهج المتّبع في القواعد الفقهية الأخرى، كقاعدة *يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشّد بالأخفّ*، أو قاعدة *إذا سقط الأصل سقط الفرع*، أو تلك التي تقضي بأنّ *المعروف عرفا كالمشروط شرطا* وغيرها.

إنّ قلّة الألفاظ المستعملة في صياغة القاعدة الفقهية لم تمنع من انصرافها أو تطبيقها إلى مسائل عديدة تنتمي إلى أبواب مختلفة، فقاعدة *لا ضرر ولا ضرار* تشمل -على سبيل المثال- ثلاثة عشر بابا من أبواب الفقه منها: الرّد بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري، الحجر بأنواعه، الشفعة، القصاص، الكفارات، ضمان التلف، فسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار، قتال المشركين...الخ[57]. ولعلّ الملاحظ في هذا الشأن أنّ القواعد الفقهية متفاوتة بعض الشيء فيما بينها من حيث شمولها واتّساع مجالها، الأمر الذي كان وراء تقسيمها إلى ثلاثة أنواع كما يلي: القواعد الخمس الكبرى[58] (قواعد يرجع إليها في عامّة المسائل الفقهية ويندرج تحتها العديد من القواعد الفقهية الفرعية)[59]، فالقواعد الكلّية (تشمل فروع فقهية كثيرة وأبواب عدّة)، وأخيرا الضوابط الفقهية وهي قواعد تتعلّق بمسائل تنحسر في باب واحد[60].

تتميّز القواعد الفقهية أيضا من حيث طريقة استخلاصها، فالعديد منها مستخرج من المسائل الجزئية، إذ توصّل الباحثون إلى الكثير منها باستقراء المسائل الجزئية التي تركها أئمّة المذاهب الأربعة[61].

لا شكّ أنّ أحكام القانون هي أيضا قواعد قانونية عامّة ومجرّدة، إلاّ أنّ صياغتها تتميّز كثيرا عن صياغة القواعد الفقهية، ومردّ ذلك كيفية استخلاص أو وضع الحكم القانوني، إذ ينطلق المشرّع من فرضية محدّدة وتصاغ صياغة دقيقة وواضحة وصريحة وسهلة الفهم، وتعالج مسألة معيّنة في فرع معيّن من فروع القانون.

إنّ تحقيق هذه الغاية يكون من خلال صياغة توضّح كلّ جوانب الفرضية، من حيث شروطها (الموضوعية والشكلية) والجزاء، وسلطة القاضي، والاستثناءات عند الحاجة وغيرها، وذلك رفعا لكلّ لبس.

لا شكّ أنّ صياغة الأحكام القانونية تقتضي الاختصار على أن يكون هذا الأخير مانعا لأيّ غموض، ويبدو أنّ التفاوت بين الصياغتين (القواعد الفقهية والأحكام القانونية) واضحا. ويكفينا القيام في هذا الشأن بمقارنة بسيطة بين المواد 4، 62، 63، 64 و65 من القانون الأردني (وهي قواعد فقهية) والمواد 5، 68، 70، 71 و71 من نفس القانون (وهي أحكام من القانون الوضعي).

لقد أثار تقسيم القواعد الفقهية صعوبة في ترتيبها ضمن أحكام القوانين المدنية العربية، فبعضها على غرار القانون المدني اليمني أورد القواعد الفقهية في الباب الأول، تحت عنوان القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون من الكتاب الأول الأحكام العامة في المعاملات، كأن تكون مبادئ عامة تسري على كل المسائل التي هي من اختصاص القانون المدني[62]. أمّا المشرع الأردني فقام بتوزيع القواعد الفقهية على مختلف أبواب القانون المدني وفصوله، كأن تكون بمثابة مبادئ عامة لكلّ موضوع تناوله النصّ القانوني[63].

2.3.1- تفاوت بين مفاهيم الفقه ومفاهيم القانون

انشغلت القوانين المدنية العربية – على العموم- بأربع مواضيع أساسية خصّصت لكلّ منها باب أو كتاب أو فصل، تتعلّق على التوالي بالأحكام العامة (تطبيق القانون مكانا، زمانا، الشخصية القانونية والحقوق الملازمة لها، استعمال الحق...)، الحق الشخصي (الالتزامات- العقد، المسؤولية، وشبه العقود- والعقود الخاصة – البيع، الإيجار، الوديعة، الشركة...)، الحق العيني (الملكية والحقوق العينية الأخرى)، وأخيرا الحقوق العينية التبعية أي التأمينات العينية.

يرجع هذا التقسيم إلى القانون المدني الفرنسي، وقد سبق أن تبنّاه القانون المدني المصري ثمّ أخذت به كل القوانين المدنية العربية، وذلك في إطار ما يسمّى بتحديث القوانين العربية كما سبق شرحه آنفا. لا شكّ أنّ الاختلاف بين القوانين الوضعية وقواعد الفقه الإسلامي لا ينحصر في هذا الجانب فحسب، بل يمتّد أيضا إلى الجانب الموضوعي وذلك بالنظر إلى عدّة اعتبارات منها الحضارية والاجتماعية والاقتصادية، والعقائدية والسياسية والفلسفية وغيرها. غير أنّه وأيا كانت الاختلافات فلا شكّ أنّ هناك مسائل مشتركة مردّها تقاسم بني البشر سلوكات معيّنة في حياتهم الاجتماعية من تبادلات اقتصادية (بيع، شراء، إيجار، إعارة ...) وتكوين أسرة وغيرها. والملاحظ بهذا الشأن أنّ قواعد الفقه الإسلامي انشغلت بهذه المسائل فنظّمتها، على غرار مختلف القوانين الوضعية، الأمر الذي يجعلنا نبحث عن كيفية التوفيق بينهما. ولعلّ من أهمّ المواضيع التي لفتت انتباهنا موضوعي العقد والمسؤولية، حيث كانا محلّ تنظيم دقيق في الفقه الإسلامي وكذا القوانين الوضعية، سيما القانون المدني الفرنسي وبعده القانون المدني المصري.

العقد هو أحد وسائل التعامل بين الأفراد في المجتمع من أجل تلبية حاجاتهم، ويبدو أنّه لا يوجد -مبدئيا- فرق جوهري بين مفهوم العقد في الفقه الإسلامي حيث عرّفته المادة 103 من مجلّة الأحكام العدلية على أنّه:" *ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله*". ومفهوم العقد في القوانين الوضعية، كونه: " *اتفاق ارادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه*"[64]، فهو اتّفاق يتمّ بين شخصين عن طريق إيجاب صادر من أحدهما وقبول صادر من الطرف الآخر، تستحدث بموجبه حقوق وواجبات على عاتق ولفائدة المعنيّين أو أحدهما[65]. ومردّ هذه الرؤية المشتركة هو الحرّية العقدية التي

تبنّاها كلّ من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية[66]، بالإضافة إلى أنّ العملية العقدية تندرج ضمن المعاملات وليس العبادات، ومن ثمّ فهي لا تقتصر على المسلم دون غيره.

لا ينحصر هذا التصوّر الموحّد لمفهوم العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية على كيفية إنشائه –اقتران الإيجاب بالقبول– بل يشمل أيضا عناصر أخرى منها أركان العقد، وآثار العقد التي تقتصر على العاقدين. ولمّا كان الأمر على هذا النحو فقد نتساءل عن المغزى من الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، علما وأن التفاوت في صياغة كلّ منهما كما سبق الذكر قد تؤثّر على انسجام النص شكلا؟

إنّ توافق أحكام القفه الإسلامي والقانون الوضعي هو في الحقيقية توافق سطحي، وذلك بالنظر إلى الاختلافات الأساسية بينهما، ومنها أنّه:

– لا توجد في الفقه الإسلامي نظرية عامة للعقد مثلما هو الأمر بالنسبة للقوانين الوضعية، فالفقه الإسلامي يتناول كل عقد على حده، كما يظهر من مختلف كتب الفقه وكذا مجلّة الأحكام العدلية التي لم تتضمّن أحكاما عامة تدير كل العقود، بل خصّصت لكلّ عقد كتابا، (الكتاب الأول: البيع من المادة 101 إلى 403، الكتاب الثاني: الإيجار من المادة 404 إلى المادة 611، ثم عقد الكفالة (الكتاب الثالث من المادة 612 إلى 672، ثم عقد الحوالة، فعقد الرهن..... وتناول كلّ كتاب جميع المسائل المتعلّقة بالعقد، حيث تكرّرت –مثلا– مسألة الإيجاب والقبول في كلّ العقود[67],

–لا تخلو أحكام المعاملات من الجانب الروحي، ويقول في هذا الشأن أبو زهرة: "*من يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنّها قوانين مجرّدة، ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح، لأن الفهم المستقيم قام على رد الفروع على أصولها والنتائج إلى مقدماتها، والأحكام إلى غايتها، والآراء إلى مقاصد قائليها*."[68] فالصبغة الدّينية في الفقه الإسلامي يقول مصطفى أحمد الزرقاء :" *من حيث استمداده ومصادره الأساسية، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه، لم تكن لتمنعه أن يبني أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والأعراف السليمة، وأن يؤسّس وضعا قضائيا مدنيا يبنى أحكامه على الظاهر المحض كما تبنى سائر القوانين لوضعية ولكن تلك الصبغة الدينية فيه أقاضت على أوضاعه المدنية هبة واحتراما، وأورثتنا سلطانا على النفوس كان به الفقه الإسلامي شريعة مدنية ووازعا أخلاقيا في وقت معا، لما فيه من قدسية المصدر القرآني الآمر، والزاجر الديني الباطن إلى جانب القضاء الظاهر*"[69].

أمّا في الجانب التقني أو الفني فإنّ مفهوم العقد في الفقه الإسلامي ينصرف إلى "... *الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق*، ومن ثمّ لا يعدّ عقدا الاتّفاق الحاصل بين الطرفين الذي لم يستوف الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد، أمّا في تصوّر القانون الوضعي فهو الاتّفاق ذاته وعليه يعدّ

العقد الباطل عقدا. ويقول في هذا الشأن مصطفى أحمد الزرقاء العبرة في: "*التعريف القانوني*" بواقعة مادّية أي الاتفاق في حد ذاته، بينما التعريف الشرعي يستند إلى "*الواقعة الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري*"[70].

– يظهر بعد مراجعة أحكام القانون المدني الأردني المتعلّقة بالعقد –بعضها منقول من الفقه الإسلامي وبعضها من القانون المدني المصري–[71] وأنّ أحكام العقد في الفقه الإسلامي متميّزة تميّزا واضحا عن أحكام العقد في القانون المدني المصري، ومن ذلك تلك المتعلّقة بإلزامية الإيجاب، فهي مرتبطة بالصيغة وبمجلس العقد، وبإلزامية العقد في حدّ ذاته بالنظر إلى مختلف الخيارات التي قد يتمسّك بها المتعاقدين وبالجزاء الذي قد يلحق العقد – البطلان، الفاسد، غير اللزوم وغيرها.

يثير بدوره موضوع المسؤولية أيضا نفس الملاحظات لنفس الاعتبارات، فالغرض من موضوع المسؤولية هو جبر الضرر الذي لحق بالغير، وهي نفس الفكرة التي عالجها الفقه الإسلامي في مجال الضمان، مع العلم أنّ هناك فروقا هامّة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، فهذه الأخيرة لا تميّز – مثلا– بين الضرر المادّي والضرر الجسماني في حين أنّ الفصل بين الأمرين جوهري في الفقه الإسلامي، كون الأوّل يعالج عن طريق الضمان والثاني من خلال ما يسمّى بالدِّية التي تخضع لأحكام خاصة، هذا من جهة،, ونرى من جهة أخرى أنّ هناك فرق جوهري بين المفهومين، فالضمان هو : "*عبارة عن غرامة التالف* "[72] أو :"*رد مثل الهالك إذا كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا*"[73] أو هو: "*التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير*" . ولمّا كان الضمان *بدل مال وليس جزاء فعل*، فيلزم الصبي والمجنون ومن نحوهما بالضمان[74]. أمّا نظام المسؤولية المدنية فيستند في تصوّره الأصلي إلى معاقبة الفاعل عن السلوك الخاطئ، فلا مسؤولية إن لم يرتكب المسؤول خطأ، ولا يتحقّق ذلك ما لم يكن يتمتّع بالأهلية الكاملة، فلا يسأل الصبي ولا المجنون.... وانجرّ عن هذا الاختلاف في التصوّر بين مفهوم الضمان ومفهوم المسؤولية تفاوت في أحكامهما، ولا نرى فائدة من هذا الجمع طالما أنّ أحكام الفقه الإسلامي تتناول كلّ المسائل التي يتناولها نظام المسؤولية المدنية.

3.3.1– تباين المصطلحات

تختلف الأنظمة القانونية عن بعضها البعض من حيث المصطلحات كون القوانين مرتبطة ببيئات اجتماعية مختلفة، فيصعب في بعض الأحيان نقلها من نظام قانوني إلى آخر. لقد أسلفنا القول أنّ العبرة في الفقه الإسلامي بالضمان في حين أنّ القوانين الغربية والقوانين العربية التي حذت حذوها اعتمدت مصطلح المسؤولية، ورغم التقارب الموجود بين هذين المصطلحين فلا يمكن استبدال أحدهما بالآخر بالنظر إلى الفوارق الموجودة بينهما. كما سبق وأن بيّنا[75] ينصرف العقد في الفقه الإسلامي إلى *الواقعة الشرعية* بينما ينصرف في القانون الغربي إلى *الواقعة المادية*، ومن ثم ليس هناك تكافؤ بين المصطلحين رغم التشابه الكبير بينها.

قد يستند الاختلاف بين مصطلحات الفقه الإسلامي ومصطلحات القانون الغربي إلى تصوّر كل منهما، على غرار مصطلح الوارث، وهو من يخلف السلف في ذمّته المالية فيكتسب حقوقه ويتحمّل واجباته، ويعدّ طرفا في التصرّفات التي قام بها السلف، ويسمّى بالخلف العام في الفقه الغربي، أمّا الوارث في الفقه الإسلامي فيستند إلى تصوّر آخر فهو أحد أقرباء الميّت الذي يحقّ له شرعا أخذ نصيب معيّن من تركته، فهو لا يخلف السلف، بل يعتبر من الغير بالنسبة للمورّث، فالجمع في نفس الحكم بين مصطلحات ذات دلالات مختلفة على غرار المادة 106 مدني أردني [76] يثير التناقض وقد يحول دون إمكانية تطبيق هذا النص[77].

يترتّب أيضا على هذا الاختلاف في التصوّر تفاوت كبير في المصطلحات من حيث وجودها، فالفقه الإسلامي كرّس –على سبيل المثال– مصطلحات العقد غير اللاّزم والعقد الموقوف، والعقد الفاسد، وخيار الرؤية، وخيار التعين، وخيار العيب، في حين أنّ مثل هذه المصطلحات غير موجودة في القوانين الغربية. صحيح مبدئيا أنّه لا إشكال في ذلك، غير أنّه بالرجوع إلى أحكام أخرى في نفس القانون والتي تمّ نقلها حرفيا من القانون الأجنبي قد تثير مشكلة انسجام النص القانوني برمّته، لأنّ النقل الحرفي للنص الأجنبي يكون حتما بغرض المحافظة على المعنى الأصلي للحكم المنقول. تناول مثلا المشرع الأردني الغلط باعتباره عيب في الرضا [78]في المواد من 151 إلى 156، مع العلم أنّ المادتين 155 و156 هي نقل حرفي للمادتين 123–124 مدني مصري، أمّا المادة 154 فهي أيضا نقل حرفي للمادة 122 مدني مصري باستثناء الجزاء. والملاحظ أنّ المشرع الأردني يقضي في المادة 152 بما يلي:"*إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل* ***بطل*** *العقد*"، ويسمح في المادة الموالية لها:

"*للعاقد* ***فسخ*** *العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه*"، وبموجب المادة 154 "*للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون وتوفرت شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين (151 و153) ما لم يقضي القانون بغير ذلك.*" فالمشرع الأردني أشار في النص الأول –المادة 154– إلى بطلان العقد بسبب الغلط، بينما أشار في المادتين المواليتين إلى الفسخ كأن يكون الفسخ والبطلان مترادفان أمّا المشرع المصري فيرتّب على الغلط قابلية العقد للإبطال، الأمر الذي يثير التناقض في فهم النص في القانون الأردني: الفسخ أو الإبطال، فإذا رجعنا إلى مصدر النص وهو القانون المصري فهو لا يقصد بالفسخ الإبطال، وأمّا بالرجوع للفقه الإسلامي مصدر النص الذي اعتمد عليه القانون الأردني فقد يراد به الفسخ في الفقه الإسلامي.

قد يترتّب عند الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام من القانون الوضعي (القانون المدني المصري)، سيما من خلال النقل الحرفي للنصوص غموض في المصطلحات، كأن يكون لنفس المصطلح دلالات مختلفة كونها مقترضة من أنظمة قانونية مختلفة على غرار مصطلح الفسخ. فالمادة 246 مدني أردني –

على سبيل المثال– المقتبسة من المادة 157 مدني مصري تقضي بحق العاقد الدائن بفسخ العقد الملزم للجانبين إذا لم يوفِّ المتعاقد معه بما وجب عليه، فهذا الجزاء يلحق العقد الصحيح، كما تقضي المادة 153 مدني أردني بنفس الجزاء أي الفسخ بالنسبة لعقد شابه عيب في الرضا أي الغلط؟

يبدو أن المشرّعين العرب لم يولوا للمصطلحات القانونية العناية المطلوبة عند ترجمتها، علما وأنّ القوانين العربية كما سبق ذكره تأثرّت كثيرا بالقانون الفرنسي شكلا وموضوعا. والجدير بالتذكير في هذا الشأن أنّ ترجمة المصطلحات من لغة إلى أخرى تختلف تماما عن ترجمة النصوص الأدبية. فالترجمة القانونية تقتضي البحث في اللّغة القانونية الهدف عن وجود مصطلح معادل ومكافئ تماما للمصطلح المراد ترجمته في اللّغة الأصل، وقد يوجد وقد لا يوجد والحقيقة أنّ المشرع العربي لم يلتزم بهذا الأسلوب العلمي[79]، بل اقتصرت الترجمة القانونية على الترجمة الأدبية، الأمر الذي كانت سببا في وجود اختلافات كثيرة في مصطلحات القوانين العربية[80].

الخاتمة

نرى في نهاية هذه المداخلة أنّ القوانين المدنية العربية لم ترق إلى المستوى الذي يتناسب ومكانة الأمّة العربية بين الأمم، وذلك رغم الجهود المبذولة على مستويات مختلفة. لا شكّ أنّ المشرّعين العرب واجهوا صعوبات كثيرة في إعداد هذه القوانين، منها: عامل التثقّف القانوني الناتج عن هيمنة القوانين والثقافة الغربية على العالم العربي بشتّى الطرق، وتجاهل الطابع العلمي للقانون أيّا كان النظام القانوني المستند إليه، وكذا انقسام العالم العربي إلى فئتين أساسيتين بشأن مفهوم الأصالة بعضها يربطها بالدين الإسلامي وبعضها الآخر يستبعد هذا الأمر. نرى أنّ هناك أيضا حقيقة أخرى تجاهلها المشرّعون العرب، وهي أنّه لا وجود لقانون عربي أصيل بمفرداته ومصطلحاته القانونية يمكن الرجوع إليه[81]، ومردّ ذلك أنّ العالم العربي كان إلى غاية انهيار الدولة العثمانية يحتكم إلى الشريعة الإسلامية، وقبل ذلك كانت الأعراف والعادات المحلّية هي التي تحكم المجتمعات العربية، فالمفاهيم والمصطلحات القانونية الموجودة باللّغة العربية هي تلك التي كرّسها الفقه الإسلامي كنظام قانوني مستقلّ عن الأنظمة القانونية الأخرى، فالبيع مثلا يراد به في الفقه الإسلامي مبادلة مال بمال، في حين يراد به في القوانين العربية المقتبسة من القانون المدني الفرنسي عموما نقل حق ملكية أو حق مالي في مقابل ثمن نقدي. واعتقادنا أنّه بدل من تعريب القوانين الغربية، كان من الأحسن اعتمادها كمصادر مادّية فقط على أن يُصاغ الحكم القانوني صياغة أصيلة (إبداع المفاهيم والمصطلحات) بما يتوافق مع اللّغة العربية.

أمّا في حالة اعتماد الفقه الإسلامي كمصدر أساسي وحصري، فإنّ ذلك يقتضي محالة لا محالة الاستعانة بالقوانين الغربية من حيث الموضوع بالقدر الذي تسمح به مبادئ الشريعة الإسلامية دون النقل الحرفي للأحكام، الأمر الذي ينال حتما من انسجام الأحكام المختلفة مع مراعاة خصائص الشريعة لا

سيما من حيث التصنيفات والمصطلحات وغيرها[82]. لقد تبين لنا من خلال ما سبق ذكره أن اتباع الجانب الشكلي – طريقة التقنين – إلى جانب التسمية –القانون المدني– والمزج بين مصطلحات أنظمة قانونية مختلفة، لم يسمح بإعداد أحكام منسجمة وواضحة الدلالة. وإننا لا نشك في قدرات علماء المسلمين، لا سيما مع تزايد الجامعات المتخصصة في العلوم الشرعية ومراكز في ذات المجال، في إعداد أحكام قانونية حديثة وعصرية تعالج مشاكل العصر ومطابقة تماما للشريعة الإسلامية روحا وصياغة واصطلاحا.

الهوامش:

1-أنشئ هذا المجلس في سبتمبر 1982 وهو أحد المجالس الوزارية المتخصّصة العاملة في نطاق جامعة الدول العربية، ومن مهامه: ... دعم ومتابعة الجهد المشترك لتوحيد التشريعات العربية وفق أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي... وكان لهذا المجلس مكتب تنفيذي، ويعمل تحت إشرافه المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، وهو جهاز مختصّ مقرّه مدينة بيروت، ويساهم في إنجاز وتحقيق أغراض مجلس الوزراء لاسيما تهيئة المشروعات القانونية والقضائية التي تحتاج إليها الدول العربية ومنها مشروع القانون المدني العربي الموحّد. مجلس وزراء العدل العرب الرباط 1997Bing –

2- Ali Filali, Le projet de code civil arabe unifié : entre modernité et authenticité, *in* le code civil quarante ans après ! Colloque international, Alger 24-25 octobre 2016, Les Annales, numéro spécial 5/2016, pp. 137-191.

3- بعض الدول كانت تحت الحماية الفرنسية، على غرار تونس والمغرب ولبنان.

4- صدرت المجلّة التونسية للالتزامات والعقود سنة 1906، تلاها قانون الالتزامات والعقود المغربي سنة 1913 ثمّ قانون الموجبات والعقود اللبناني سنة 1932.

5- القانون المدني المصري (1949)، القانون المدني السوري (1949)، القانون العراقي (1951)، القانون المدني الليبي (1953)، القانون المدني الجزائري (1975)، القانون المدني الأردني (1976) القانون المدني الكويتي (1980) قانون المعاملات المدنية السوداني (1984) قانون المعاملات المدنية الاماراتي (1985).

6- قانون المعاملات المدنية سلطنة عمان 2013.

7- كان عبد الرزاق السنهوري يسعى في المرحلة الأولى إلى وضع القانون المدني المصري وفي مرحلة ثانية إلى وضع القوانين المدنية العربية.

8- كانت جمهورية مصر العربية لاعتبارات عدّة بمثابة البلد الرائد في العالم العربي وكان للعلاّمة المرحوم الأستاذ السنهوري ذو الجنسية المصرية ينادي بفكرة التوحيد وعصرنة القوانين العربية وتحديث دراسة الشريعة الإسلامية وغيرها، وقد شارك في إعداد العديد من القوانين المدنية العربية –العراق، سوريا، ليبيا، الأردن.

9- استعملت بعض القوانين مصطلحات الموجب، الموجب ذو الأجل المؤجّل، مفاعيل الموجب، الموجب ذي الأجل المسقط، التبعة الناجمة عن الفعل الشخصي، التابعة الناشئة عن الجوامد، أ إيفاء ما لا يجب... في حين استعملت غيرها مصطلحات الالتزام، الالتزام لأجل، آثار الالتزام، المسؤولية عن الفعل الشخصي، المسؤولية عن فعل الأشياء، والدفع غير المستحق للدلالة عن نفس المفاهيم، واستعملت بعض القوانين الأخرى مصطلحات أخرى منها اكتساب مال بلا وجه حق....

10- La confusion entre la pensée arabe et la pensée islamique écrit G. Corm « *s'est concrétisée avec l'expression contemporaine de – civilisation arabo-islamique- instituant une continuité historique artificielle entre la culture arabe et la grande* civilisation islamique classique », Pensée et politique dans le monde arabe, éd la découverte, p 42.

11- راجع أكثر تفاصيل:

Ali Filali, Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit algérien, communication, colloque international, Perpignan, 2&3 avril 2012, *in* Annales de l'Université d'Alger, Numéro spécial, 02/2012 pp. 70-115.

12- « … *L'une des préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national… Code civil dont l'inspiration devrait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques… Il s'agit beaucoup plus, en puisant dans le droit musulman… Et l'introduction de règles s'appuyant sur les pratiques en cours dans le monde musulman mais néanmoins adaptées à l'évolution sociales…* », Exposé des motifs, p.1&2, document élaboré sous le timbre du Ministère de la justice, non signé non daté, disponible à la faculté de droit d'Alger sous la référence PR/1998.

13- مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 122-123،

14-يقصد بالقانون القديم القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في 28 أكتوبر سنة 1883، والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة الصادر في 28 يونيه سنة 1875، مع العلم أنّ هذين القانونين تمّ وضعهما بعد انهيار الإمبراطورية العثمانية – واحتضان مصر للحضارة القانونية الفرنسية، وذلك من خلال التحاق طلبة وأساتذة مصريون بالجامعة الفرنسية – عدّة بعثات- وفتح ما لا يقلّ عن ستّة مدارس فرنسية أوّلها مدرسة الإدارة والألسن في عهد الخديوي إسماعيل سنة 1868، ثمّ المدرسة الفرنسية للقانون بالقاهرة سنة 1891، إلى جانب استقبال بعثات من رجال القانون الفرنسيين تولّوا إعداد العديد من التقنينات ابتداء من سنة 1870، كانت مجملها نقلا لأحكام القانون الفرنسي, راجع في هذا الشأن حركة الترجمة بمصر خلال القرن التاسع عشر، الخديوي إسماعيل،الخديوي إسماعيل | حركة الترجمة بمصر خلال القرن التاسع عشر | مؤسسة هنداوي(hindawi.org) (5.4.2021)، جذور جامعة القاهرة، جامعة القاهرة – الجامعة في مصر<-وقـائع وحقـــائق<-جذور جامعة القاهرة(cu.edu.eg) ،

Ali Filali, La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabe, Les Editions revue de droit, Université de Sherbrooke, pp. 265-307.

15- الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، الجزء الأول، دار النشر للجامعيات المصرية، 1952، ص 34.

16- المادة الأولى مدني جزائري، المادة الأولى مدني سوري، المادة الأولى مدني عراقي.

17- Chakik Chehata, Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien, R I D comparé, 1965, 17-4 pp.839-853.

18- تنص المادة الأولى مكرّر تجاري جزائري: " *يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الاقتضاء*".

19- المادة الأولى عقوبات " *لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون* ".

20- 64 مدني جزائري، 94 مدني مصري، 95 مدني سوري، 82 مدني عراقي.

21- 408 مدني جزائري، 477 مدني مصري، 445 مدني سوري.

22-794 مدني جزائري، 935 مدني مصري.

23- الفصل 1416 العقود والالتزامات التونسية.

24- الفصل 1395 العقود والالتزامات التونسية.

25-الفصل 712 – 717 العقود والالتزامات التونسية ألغيت بموجب القانون 58-1 المؤرخ في 28 جانفي 1958.

26- 1195 العقود والالتزامات التونسية.

27- 954 العقود والالتزامات التونسية.

28- الفصل 1095و 1096 العقود والالتزامات التونسية، المادة 766 و1024 موجبات والعقود اللبناني، مع أنّ هاتين المادّتين مستمدّتين من القانون التونسي (العقود والالتزامات التونسية).

29- راجع محاولات الاجتهاد القضائي الجزائري لحسم هذه المسألة:

Louisa Hanifi, La dernière maladie en droit civil Algérien, *in* Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume 33, n°4, pp. 525-540.

30- إذا كان التعبير عن الإرادة بصفة عامة يرتّب آثارا قانونية، فكيف يستثنى الإيجاب في مجلس العقد؟

صحيح أنّ هذا الحكم مقترض من الفقه الإسلامي، إلاّ أنّه لا ينسجم مع أحكام القانون المدني المتعلّقة بالتعبير عن الإرادة بصفة عامة والإيجاب بصفة خاصة.

31- Ali Filali, Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit algérien, loc. Cit.

32- راجع على التوالي المادّة الأولى، والثانية والخامسة والثانية والسابعة والثالثة من دساتير هذه الدول.

33 حاشية بن عابدين، جزء 1، ص 79.

34- راجع أيضا الفصل الثاني "المبادئ العامة " من الباب الأول " الأحكام التمهيدية" من قانون المعاملات المدنية السوداني، القواعد الأساسية لتطبيق القانون.

35- تطبيقات الحداثة القانونية في سياق عربي، مدوّنة الحقوق جامعة بيروت، عباد البطنيجي، http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/easyblog/entry/2015-09-02. (اطلاع 01.01. 2021)

36- تقرير اللجنة الاشتراعية المؤرّخ في 31 كانون الأوّل 1930، قانون الموجبات والعقود – ربع قرن من اجتهاد محكمة التمييز 1975-2000، A. Hachette انطوان، ص 9-22.

37- راجع مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط2، 2004 ج1، الفصل الحادي والعشرون "مشكلات عصرية يواجهها تطبيق الشريعة الإسلامية اليوم" ص 281 وما يليها.

38- محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ والمنهج، والتطبيق، إدارة إحياء التراث الإسلامي، 1986 ص 12,

39-Histoire de la Révolution française, introduction, première partie, Paris éd Laffont, collection bouquins, 1998 P 51. Napoléon Bonaparte disait à propos du code civil : « *Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil »*, *http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/code_napoleon/code0.htm* (vu le 2.01.2019).

40- « *Le code civil impose la laïcité la religion catholique est une religion comme les autres, l'état civil qui rassemble les informations sur la naissance, le mariage, le divorce est géré par l'Etat et non pas par l'église c'était une idée importante pour la révolution française l'égalité est garantie pour tous les citoyens partout en France* »

https://www.napoleon.org/jeunes-historiens/napodoc/texte-1804-le-code-civil-des-francais-la-meme-loi-pour-tous-et-partout/.

41-*L'esprit général du code est l'esprit individualiste libéral défendu par les philosophes du xvix le plan du code l'atteste après un titre préliminaires trois livres: les personnes, les biens, les différentes manières dont on acquiert la propriété.*

42–مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق 2004، الجزء 1 ص، 313.

43– صادق ظريفي، تقنين الفقه الإسلامي ما له وما عليه، مقال مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، 2016، ص 68–89.

44– وهبة الزحيلي، تقنن الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1987، راجع أيضا محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ – المنهج –التطبيق، دون ناشر، ط1 الدوحة، قطر 1985.

45– مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 314 وما يليها.

46– القوانين العربية الاسترشادية، راجع موقع جامعة الدول العربية، قطاع الشؤون القانونية، http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/typicalarablaws.aspx (الاطلاع 2021/02/02).

47– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، الجزء الأول، دار النشر للجامعيات المصرية، 1952، ص 77.

48– تقرير اللجنة الاشتراعية سبق ذكره.

49– ظهير 9 رمضان1331 (12 أغسطس 1913).

50–اتفاقية المرسى – ويكيبيديا(wikipedia.org) ، اتفاقية المرسى – أرابيكا(3rabica.org)

51–معاهدة فاس – ويكيبيديا(wikipedia.org)

52– راجع أكثر تفاصيل: Ali Filali, La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabes, in Les écoles de pensée en droit, Les éditions revue de droit, Université de Sherbrooke, pp. 265-307.

53– تم تحرير مشروع القانون من قبل روبرس Ropers كان قاضيا في محكمة السين Tribunal de la Seine ثمّ اطلاع عليه الأستاذ جوسرانPr Josserand، راجع تقرير اللجنة الاشتراعية، سبق ذكره.

54– تم إعداد مشروع القانون المدني من قبل عبد الرزاق السنهوري بمساعدة استاذه العميد إدوار لامبار Edouard Lambert.

55–تم اعداد المشروع القانون المدني من قبل قضاة ومحامين جزائريين متشبعين بالثقافة القانونية الفرنسية.

56 – كتب الأستاذ المشارك د. عبد الحي أبور، أكاديمية الشريعة، الجامعة العالمية الإسلامية، إسلام باد، بشأن علم القواعد : "*فهو فن عظيم، يجمع الأحكام الفرعية العديدة، والمسائل المتناثرة في عبارات وجيزة، وجمل مصقولة، وتراكيب محكمة، تضبط علم الفقه، وتنسق بين أحكامه وعلله، وتقربه للأذهان، وتجعله سهلا للحفظ، وتبعده عن النسيان ، وتساعد في تكوين الملكة الفقهية، ولذلك ظهر الاعتناء بالقواعد الفقهية واحتلت محلها من الاجلال والاحترام...*"، دراسة فقهية تطبيقية لقاعدة لا ضرار ولا ضرار، مقال، مجلة القلم 2013، ص 392–420 http://pu.edu.pk/images/journal/alqalam/PDF/3.%20Dr.%20Abdul%20Haye%20Abro-18-issue1-2013.pdf

57- راجع د. عبد الحي أبور، المرجع السابق. راجع أيضا، أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرار ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

58- القاعدة الأولى: *الأمور بمقاصدها*، القاعدة الثانية: *اليقين لا يزول بالشك*، القاعدة الثالثة: *المشقة تجلب التيسير*، القاعدة الرابعة: *الضرر يزال*، القاعدة الخامسة: *العادة محكمة*.

59- تفرع على سبيل المثال عن قاعدة المشقّة تجلب التيسير 5 قواعد هي: *الضرورات تبيح المحظورات، الضرورات تقدر بقدرها، إذا ضاق الأمر اتسع، لا واجب مع العجز، الميسور لا يسقط بالمعسور*.

60- الشيخ خالد ين حمد الزعابي، شرح منظومة القواعد الفقهية للشيخ عثمان بن سند البصري الوائلي، سلسة تفريغات شبكة بينونة، ص 2 وما يليها.

61- أ د يوسف حسين أحمد، وأ. د ابراهيم عبد الرحيم ربابعة، قواعد الفقه الكلية، ط 1، 2018-2019، ص 15 http://alwasl.ac.ae/%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF%20%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%82%D9%87.pdf.

62- خصّص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتّحدة الفصل الثاني من الباب التمهيدي الأحكام العامة المعنون: بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية / من المادة 29 إلى المادة 70 (إذا سقط الأصل سقط الفرع، الخراج بالضمان، الغرم بالغنم/ المعروف عرفا كالمشروط شرطا).

63- الفصل الرابع الحق، المواد من 62-65، قواعد الإثبات، المادتان 74-75 أهلية التعاقد المادة 120، تفسير العقود، المواد من 216-230.

64- راجع السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998 ف/ 70-80.

65- كتب مصطفى أحمد الزرقاء قائلا في هذا الشأن" *المقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أن التعريف الأول الفقهي أحكم منطقا وأدق تصورا، والثاني القانوني أوضح تصورا وتعبيرا*"، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، ط2، 2004، ج 1، ص 382.

66- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 547 وما يليها.

67- المادة 101 و102 بالنسبة للبيع والمادة 434 للإيجار والمادة 621 بالنسبة للكفالة ...

68- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996 ص1.

69- المرجع السابق، ص 277.

70- المرجع نفسه، ص 384.

71-أن نقل أحكام القانون المدني المصري حرفيا يقتضي لا محالة المحافظة على معناها في القانون المصري، ونفس الشيء النسبة لنقل أحكام الفقه الإسلامي، الأمر الذي يثير بعض الصعوبات من حيث انسجام أحكام القانون الواحد. فالإيجاب -مثلا- ملزم بالنسبة للقانون المدني المصري على خلاف أحكام الفقه الإسلامي التي تحلل الموجب من إيجاب لمجرّد انقضاء مجلس العقد.

72- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار، 71/6.

73- ابن نجيم المصري، شهاب الدين الحموي، غمر عيون البصائر شرح الأشياء والنظائر 218/3، راجع أيضا المادة 416 من مجلة الأحكام العدلية.

74- فهي شبه مسؤولية موضوعية بدون خطأ راجع:
Boris Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée, L. Rodstein, Paris, 1947.

75- يراد بالضمان أيضا في الفقه الاسلامي الكفالة.

76-المادة 206 مدني أردني "*ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...*"، راجع نفس الحكم في المادة 108 مدني جزائري، المادة 145مدني مصري، المادة 142 مدني عراقي، المادة 206 مدني يمني.

77- راجع أحمد شاعة، تنافض بين الاجتهاد العادي والاجتهاد الإداري ما الحل؟ انتقال الملكية بالوفاة نموذجا، مقال، القانون المدني بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر، عدد خاص 2016/06، ص 345-358.

78- طبقا للعنوان الوارد في القانون المدني الأردني (ب -عيوب الرضا).

79- جمال بدري، الترجمة القانونية: بحث عن تكافؤ المصطلحات، مقال، يوم دراسي المصطلح القانوني: لغة علمية وواقع قانوني، مجلة بحوث، عدد خاص، 2017، ص 66 -91.

80-رشيد لوراري، واقع المصطلح القانوني في الجزائر والبلاد العربية، مقال، يوم دراسي المصطلح القانوني: لغة علمية وواقع قانوني، مجلة بحوث، عدد خاص، 2017، ص 38-55.

81- راجع محمد كاديك، إشكاليات صناعة المصطلح القانوني في اللغة العربية، مقال، يوم دراسي " المفردات القانونية: مصطلحات أصيلة وأخرى مقترضة"، من تنظيم جامعة الجزائر 1 بالتعاون مع المجلس الأعلى للغة العربية والمجلس الإسلامي الأعلى، 23 أفريل 2019، مجلة بحوث، عدد خاص، ص 59-72. راجع أيضا عمريو جويدة، اتقان اللغة ودوره في صياغة القوانين، مقال، المراجع السابق، ص 39-58.

82- حامق ذهبية، اقتراض المصطلحات القانونية: بين الثراء والتهديد، مقال، المرجع السابق، ص 21-38.

الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي وأثره على القوانين العربية

Le Caractere Universel Du Code Civil Francais Et Son Impact Sur Les Codes Civils Arabes

خدوجة علي موسى [1]، طالب دكتورة

[1] كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، khdoudjaalimoussa377@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/10/03 تاريخ القبول:2021/11/04 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

ملخص

"حيث يوجد مجتمع، يوجد قانون"،" Ubi Societasibi jus" قاعدة رومانية قديمة، وتعني أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يسعى دائما للعيش في جماعة، والتي تستلزم وضع قانون يضبط سلوك الأفراد المنتمين إليها، ومع تطور الجماعة ونشوء الدولة تطور القانون أيضا، حيث أصبح مرتبطا بممارسة الدولة لسلطاتها الداخلية، والخارجية، ورمزا لتحقيق سيادتها، لكن الدارس لتاريخ القانون، يلاحظ أن القوانين في الحضارات القديمة، وحتى مطلع القرن 19 ظلّت حبيسة حدود أوطانها، بينما القوانين الحديثة، وعلى رأسها الفرنسية وبالتحديد قانونها المدني، عرفت انتشارا واسعا، فقد شكّل هذا الأخير، ظاهرة فريدة من نوعها امتد تأثيرها إلى مختلف دول العالم، وأثّرت على مفهوم السيّادة أيضا.

الكلمات المفتاحية: عالمية القانون المدني الفرنسي– السيّادة– القوانين المدنية العربية– القوانين المدنية الأوربية– القوانين المدنية في الدول الأمريكية– القوانين المدنية في الدول الافريقية.

Abstract:

The Roman maxim *«Ubis Societas, ibis jus », « where there is a society, there is law»*, which means that man is a social being by nature, who always strives to live in a group, which requires establishing a law that controls the behavior of the individuals who belong to it, and with the development of the group, and the emergence of the state, the law has also developed, as it has become linked to the exercise by the state of its internal and external powers, and symbol of the achievements of its sovereignty, but a student of legal history, notes that the laws in ancient civilizations, and until the beginning of the nineteenth (19) century, remained confined to the borders of their homeland, while modern laws and above all, French, and more particularly its Civil Code, was widespread, as it was the latter, a unique phenomenon, this extended its influence to various countries of the world, and also affected the concept of sovereignty.

Key words: The universality of the French Civil Code - Sovereignty - Arab civil codes - European civil codes - Civil codes of the American continents - African civil codes.

المؤلف المرسل: خدوجة علي موسى ، الإيميل المهني: khdoudjaalimoussa377@gmail.com

مقدمة

القانون وليد البيئة الاجتماعية، خاصية يتفق عليها جلّ فقهاء القانون، وبالعودة إلى هذه البيئة الاجتماعية إلى مطلع القرن التاسع عشر، فإن الحدث الأبرز فيها هو صدور القانون المدني الفرنسي [1] سنة 1804، الذين رحّبوا به واعتبروه بمثابة "دستور مدني" مقابل دستور الدولة الفرنسية [2]، غير أن الإعجاب بالقانون المدني الفرنسي، سرعان ما تخطّى حدود فرنسا وتأثرت به دول كثيرة عبر العالم، بمن فيهم الدول العربية، الأمر الذي أكسب هذا القانون طابعا عالميا، فهل صمِّم ليكون كذلك ؟

مثل هذا السؤال طرح من قبل[3]، لكن الإجابة عنه لم تكن بالمطلق، وإنما استلزمت التفرقة بين مرحلتين زمنيتين[4]: ففي الفترة الأولى، الممتدة بين سنوات 1800 و 1804، التي شهدت الأعمال التحضيرية[5]–سواء بالنسبة للمحرِّرين، أو بونابارت، أو كل المشرفين على القانون– فإن الأمر كان يتعلّق بإعداد قانون مدني للفرنسيين، وليس وضع قانون لأروبا، أو للعالم[6]، أما في المرحلة الثانية، وابتداء من سنة 1806 وما بعدها، فإن فرنسا لم تتردّد في نشر ثقافتها القانونية في العالم، إن بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، مستغلة في ذلك عوامل كثيرة.

إن من بين الأسباب الهامة التي ساهمت في انتشار القانون المدني الفرنسي على نطاق واسع، أن هذا الأخير، كان فريدا من نوعه، فقد ظلّ لمدة تشمل كل القرن التاسع عشر، النموذج القانوني الوحيد، لأولائك الذين قرّروا أو فكّروا في وضع قانون مدني في بلدان مختلفة من العالم[7].

إن عبارة "نموذج قانوني فرنسي"، *"modèle juridiquefrançais"*، تتضمن معاني كثيرة؛ في المقام الأول، نظام قانوني فرنسي، مقابل أنظمة قانونية أخرى، فهذه الأخيرة أصبحت تصنّف ضمن عائلات قانونية وفقا لمعايير مختلفة[8]، فإلى جانب النموذج القانوني الفرنسي، ظهرت أنظمة قانونية جديدة أبرزها (ألمانية، اسكندنافية، إنجليزية...إلخ)، ثانيا، نموذج قانوني فرنسي، هو معروف لدى الفقه القانوني سواء من حيث محتواه، أو حتى الدول التي تأثرت به[9]، وفي المقام الثالث، نموذج قانوني متميِّز يمكن تطويعه بسهولة، وذلك عندما يُستلم من طرف مشرع أجنبي، فهذا الأخير قد يستنسخه كما هو، أو يدخل عليه بعض التغييرات؛ إمّا بإدراج نظريات وأفكار يستوحيها من نظام قانوني آخر،كما قد يلجأ إلى حذف تلك التي تتعارض مع عاداته وتقاليده.

إن الإحاطة بطبيعة قانون مدني في بلد ما، عربيا كان أم أجنبيا، يعيدنا إلى موضوع واسع يتضمن البحث عن مصادره؛ والمقصود بمصطلح "مصدر" هنا ليس المصادر المادية للقانون المدني[10]، ولكن بمعنى الأنظمة القانونية التي تأثر بها المشرِّعين العرب، أو الأجانب، في عملية تكوين وإنشاء القانون المدني الخاص بكل دولة؛ ولا شكّ أن معرفة ذلك، له أهمية كبيرة، خاصة في عملية تفسير القواعد التي احتواها، والتي لا يجب أن تكون على ضوء القانون والقضاء الفرنسيين فقط، وإنما يجب أن تُؤخذ في الحسبان، باقي الأنظمة الأخرى التي استمد منها حتى وإن كانت تبدو قليلة، فإنها قد تغيِّر في المعنى الكثير.

عندما يصبح نموذجا ما عالميا، وفي هذه الحالة " القانون المدني الفرنسي"، فإن تفسير انتشاره عبر العالم يستدعي معرفة ما هي أهم الدول التي تأثرت به، وفيما تتجلى مظاهر هذا التأثر؟ و فيما يلي، نتطرق إلى تأثر قوانين البلدان العربية بالقانون المدني الفرنسي **(أولا)**، ثم إلى تأثر باقي الشعوب بالقانون المدني الفرنسي **(ثانيا)**.

أولا: تأثر قوانين البلدان العربية بالقانون المدني الفرنسي

بعد استرجاع سيادتها الوطنية، اتّجهت كل دولة عربية، بصفة منفردة، باستثناء المملكة العربية السعودية، إلى وضع قانون مدني لها، أو إدخال تغييرات على القوانين الموروثة، إما بتعديلها أو ترجمتها إلى اللّغة العربية، والنتيجة هي، ظهور قوانين عربية متعدِّدة، لكن مع ذلك، فإن فقهاء التشريع المقارن[11]، يصنِّفون القوانين العربية ضمن عائلة القانون المدني الفرنسي.

لقد كان استقبال القوانين العربية للقانون المدني الفرنسي بطريقتين، مباشرة وغير مباشرة؛ فبعض الدول العربية، تلقّت قانون نابليون مباشرة من فرنسا، عن طريق مساهمة أطراف فرنسية في وضع قانونها المحلِّي **(1)**، في حين ذهب هذا التدخُّل إلى أبعد الحدود مع القانون المدني المصري، الذي كان ثمرة تعاون مصري أجنبي، متعدِّد الأطراف والصوّر **(2)**، بينما كان تأثّر بعض البلدان العربية بقانون نابليون بصورة غير مباشرة، وذلك عن طريق تبنِّيها للنموذج المصري **(3)**، وحتى تلك القوانين التي يقال أنها اعتمدت نموذجا إسلاميا، فإنها لم تسلم هي أيضا من التأثر بقانون نابليون**(4)**.

1- قوانين عربية وضعت بتدخل طرف أجنبي:

هناك قوانين عربية وضعت بالأساس من طرف أجنبي، أحيانا باستشارة الطرف المحلّي أو بدونها، وهي حالة كل من تونس والمغرب؛ فمجلة الالتزامات والعقود التونسية وضعت في عهد الحماية الفرنسية على تونس **(1.1)** لاحقا، تبنّت الإدارة الفرنسية النموذج التونسي في المغرب الأقصى **(2.1)** بينما قانون الموجبات والعقود اللّبناني، حتى وإن صدر بعد استقلال هذا البلد، إلا أن مشاركة طرف فرنسي في إعداده، جعلته يتأثّر بالنموذج القانوني الفرنسي **(3.1)**.

1.1- مجلة الالتزامات والعقود التونسية:

"تعد مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المصدر الأساسي للقانون المدني في تونس، وذلك منذ صدورها سنة 1906، وتكمن أهمية هذه المجلة في تعدّد تطبيقاتها واتصالها الوثيق بجميع المعاملات وثراء مصادرها وتنوعها وتأثيرها في العديد من المشاريع الأجنبية من ذلك المدونة المغربية، والمجلة المدنية الموريتانية"[12]، هذا بعض ما جاء في تقديم مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والذي يعطي انطباعا بأن هذه الأخيرة بمثابة موروث حضاري تونسي يجب الحفاظ عليه، لكن في حقيقتها ما هي إلا ثمرة الإرادة الفرنسية، فهي وضعت في عهد الحماية الفرنسية، ولا تزال هي القانون الوضعي الساري في تونس إلى يومنا هذا.

كلّفت الإدارة الحاكمة في تونس، في سنة 1896، لجنة[13] للقيام بمهمّة إعداد مجموعة قوانين تشمل المجال "المدني، التجاري والعقوبات"، تكون صالحة لتطبيقها في الإقليم التونسي، و يعدّ*Santillana*[14]العضو البارز الذي يرجع إليه الدور الهام، في إعداد "مجلة الالتزامات والعقود التونسية" الصادرة في15 ديسمبر1906، التي ستصبح نموذجا يعمل به في المغرب[15].

2.1- ظهير الالتزامات والعقود المغربي: صنع الإرادة الفرنسية بامتياز

بمجرد بسط حمايتها على المغرب، اتّجهت الحكومة الفرنسية إلى إقامة نظام قانوني مماثل للنظام الفرنسي، ففي 24 مارس 1912، كانت القوات الفرنسية قد توغَّلت في الأراضي المغربية، ووصلت إلى مدينة فاس عاصمة المغرب آنذاك، حيث تمَّت محاصرتها من كلّ جانب وأجبر السلطان مولاي عبد الحفيظ، على توقيع معاهدة فاس، مع الوزير الفرنسي المقيم في طنجة ممثلا للحكومة الفرنسية بتاريخ 30 مارس 1912، المادة الأولى من هذه الاتفاقية تنص على أن: «**الحكومة الفرنسية وجلالة السلطان اتفقا على إنشاء نظام جديد في المغرب، يتضمن إصلاحات إدارية، قضائية، تعليمية، اقتصادية، مالية وعسكرية، وأن الحكومة الفرنسية تعتبر دخولها إلى الأراضي المغربية أمرا مفيدا جدا لهذا البلد**»[16].

في 25 ماي 1912، أي بعد مرور حوالي شهرين على توقيع معاهدة فاس، أعلن المقيم العام *"le resident general"*في المغرب الجنرال *HubertLautey* عن إعداد مجموعة من القوانين، بحيث يعتبرها من الإصلاحات الضرورية، التي لا مفرَّ منها لجعل المغرب يسير على خطِّ السِّلم الداخلي، وتحقيق التطوّر والرّقي"، فشكّلت "لجنة من الفقهاء"*ad hoc*[17]متخصصة، أوكلت لها مهمة تنظيم قطاع العدالة، من أجل إقامة دولة عصرية، ولتحقيق هذا الهدف، يتوجب وبسرعة إصدار قوانين تكون قابلة للتطبيق على الحالات الجديدة التي ترفع أمام القضاء في المحمية الجديدة، وذلك بدءا بالمواضيع المدينة، فأنشأت لجنة فرعية تتكون من ثلاثة أعضاء[18]، كلّفت بإعداد الظهير المغربي المتضمن تقنين الالتزامات والعقود.

يعدّ*Stéphane Berge*[19]العضو البارز في اللّجنة الفرعية، وذلك باعتراف من*Renault*، عضو في اللّجنة المذكورة أعلاه، الذي أكّد بأن*Berge*هو "القلم المتخصص"، *" La plume compétente"*والرجل الكفؤ، الذي كان أهلا لأخذ الدور الرئيسي في إعداد الظهير المغربي للالتزامات والعقود، وذلك بفضل خبرته التي اكتسبها من مشاركته في إعداد قانون الالتزامات والعقود التونسي، وكذا وظيفته كقاضي لمدة طويلة في تونس والجزائر[20].

إن ما يلاحظ على عملية إعداد قانون الالتزامات والعقود المغربي، هو المدّة القصيرة التي استغرقتها، فمداولات اللّجنة الفرعية المكلّفة بإعداده، دامت بضع أسابيع فقط (24 مداولة جرت من 7 ماي إلى 25 جوان 1913)[21] ، حسب ما جاء في التقرير الموجَّه إلى رئيس الجمهورية الفرنسية، ففي 12 أوت 1913 قدِّم مشروع ظهير الالتزامات والعقود بالإضافة إلى مشاريع قوانين أخرى، إلى السلطان مولاي يوسف الذي وضع عليه ختمه، وفي وقت لاحق، تمّت طباعته وأُصدر من طرف المقيم العام الفرنسي*Lyautey* في 30 أوت

1913، حيث أصبح الظهير جاهزا للتطبيق على المستوى القضائي بالمحمية الفرنسية، ونشر في الجريدة الرسمية المغربية[22] في 12 سبتمبر 1913.

اسغرقت عملية إعداد ظهير الالتزامات والعقود المغربي فترة قصيرة، وفي غياب كلّي للطرف المغربي، فهو يكاد يكون في مجمله نسخة مطابقة لنظيره التونسي، مع وجود اختلافات بسيطة بينهما تتعلّق بالجانب الشكلي، مع ذلك، يظل التشابه الكبير بين التقنيين التونسي والمغربي للالتزامات والعقود قائما، ويظهر خاصة في تبنِّيهما للتقسيم الثنائي، وذلك على الرغم من تأثرهما الكبير بالتقنين المدني الفرنسي، الذي يعدُّ المصدر الأساسي لكلّ منهما، نفس التقسيم اعتمده، تقنين الموجبات والعقود اللبناني.

3.1- قانون الموجبات والعقود اللبناني:

لقد خضع لبنان للحكم العثماني، وخلال الأربعة قرون من تواجد الإمبراطورية العثمانية (1516، 1918) كانت القواعد القانونية المطبّقة فيه، هي تلك التي يسنّها الباب العالي، غير أن الانسحاب العثماني من لبنان في سنة 1918، فتح المجال لمرحلة جديدة تمثلت في بسط الحماية الفرنسية على هذا البلد، فقد أعلن الجنرال الفرنسي في بيروت في الأول من سبتمبر سنة 1920 عن ميلاد دولة لبنان الكبرى[23]،هذا التصريح الشهير ل*Gourand* ، كان قد سبقه تعهّد السلطات الفرنسية، بموجب القرار[24] رقم 452 الصادر في 17 جوان 1919، الموقّع من طرف العقيد الفرنسي*Copin*[25] إنشاء محكمة عليا في بيروت، تقوم بوظيفة محكمة النقض، والتوقف عن إرسال القرارات إلى محكمة نقض القسطنطينية، وقبلها كانت فرنسا قد أنشأت في سنة 1913، في بيروت المدرسة الفرنسية للحقوق، غايتها تكوين جيل من الطلبة اللبنانيين، بهدف تسهيل عملية استقبال القانون الفرنسي، من طرف التشريع والقضاء اللبنانيين[26].

توازيا مع هذا البناء المؤسساتي، أخذت فرنسا على عاتقها مهمّة تحديث القانون المدني اللبناني ليحلّ محل المجلّة العثمانية، فاستدعت قضاة فرنسيين للقيام بتلك العملية؛ في البداية وفي سنة 1925 كلّف القاضي الفرنسي*M. Ropers*، بإعداد التقنين المدني اللبناني، لكن عمله استكمل وفي جزء كبير منه، من طرف الفقيه الفرنسي أيضا*"Jousserand"*[27]،وذلك ابتداء من سنة 1928، وبعد مرور سنتين، في سنة 1930 انتهى من صياغة مشروع القانون، وقدّمه إلى لجنة استشارية تتكون من قضاة لبنانيين وفرنسيين، ثم عدّل وتمِّم،وبعدها عرض على البرلمان الذي صوّت عليه، وتمّ إصداره في 3 مارس 1932، بينما أجِّلت عملية بدء نفاذه إلى غاية 11 أكتوبر 1934، ولعلّ المميِّز في قانون الموجبات والعقود اللبناني، أنه لم يتأثر بالقانون المدني الفرنسي فحسب، وإنما بالأفكار الشخصية ل "جسران" أيضا، كالتمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام[28].

لقد تأثرت مصر هي الأخرى، بقانون نابليون، لكن وعلى خلاف معظم الدول العربية التي خضعت للحكم العثماني، فإن أحكام "المجلة" العثمانية لم تطبّق في مصر، فإذا كانت الإمبراطورية العثمانية اختارت أن تُبقي القانون المدني بعيدا عن النموذج الفرنسي[29]، واستمرت في العمل بأحكام المجلة إلى غاية

إلغائها[30]، فإن حكّام مصر، وحتى في ظلِّ الوجود العثماني، اختاروا النموذج الفرنسي، وبذلك كانت التجربة المصرية مميَّزة، تأثرت بها دول عربية كثيرة، فساهمت في انتشار نموذج القانون المدني الفرنسي بطريقة غير مباشرة.

2- القانون المدني المصري: ثمرة تعاون متعددة الأطراف والصور

يعتبر القانون المدني المصري، ثمرة تعاون مصري فرنسي، بل وأوربي أيضا، شملت إنشاء مؤسسات تعليمية[31]وقضائية، تكوين طلبة وقضاة، والمساهمة في وضع القوانين، ويعود استقبال مصر للقانون المدني الفرنسي بصفة رسمية إلى سنة 1875، حيث يمكن تتبُّع مساره عبر مرحلتين زمنيتين: الأولى، ميّزها صدور قانون مدني للعمل به أمام المحاكم المختلطة، وفي وقت لاحق صدر قانون مدني آخر للعمل به أمام المحاكم الوطنية **(1.2)** هاذين القانونين في غالبيتهما شكَّلا، في مرحلة ثانية، المصدر الأساسي للقانون المدني المصري الصادر في سنة 1948، والسّاري به العمل حتى وقتنا الحالي **(2.2)**.

1.2- المرحلة الأولى: القانون المدني المصري المختلط لسنة 1875

شرعت مصر في عملية إصلاح نظامها القضائي في فترة حكم إسماعيل باشا في أواخر القرن 19، الذي وبهدف التخلّص من تعدّد الجهات القضائية، أنشأ محاكم مختلطة ليتقاضى إليها رعايا الدول الأوربية، الذين كانت المعاهدات تمنع تعاملهم مع القضاء المصري المحلِّي، وكان القضاة يعيِّنهم الخديوي، أغلبهم من الأجانب، فرنسيين بالخصوص، إيطاليين، وأقلِّية من القضاة مصريين،وبدورها، المحاكم المختلطة اعتمدت على تشريعات مختلطة، صيغت على طريقة القوانين الفرنسية، بما فيها القانون المدني المصري المختلط[32]، حيث عيّنت الحكومة المصرية المحامي الفرنسي *Maunoury*على رأس اللّجنة الدولية المكلّفة بدراسة مشاريع قوانين، التي تمّ الانتهاء منها وإصدارها في 28 جوان 1875، في شكل قوانين متفرقة، شملت مواضيع مختلفة (تجاري، مدني، بحري، عقوبات وإجراءات)[33].

أما عن القانون المدني المختلط، فقد استمدت غالبية أحكامه من القانون المدني الفرنسي، كما نقل بعض المسائل من القانون المدني الإيطالي والبلجيكي، وفي مثل ذلك العهد، فإن هاذين القانونين الأخيرين، كانا قريبين جدّا من القانون المدني الفرنسي، بحيث يصعب كثيرا التعرّف بيقين، عن الأصل الحقيقي لأية قاعدة من قواعدهما، فهما أيضا، تأثّرا بقانون نابليون، كما استمد القانون المدني المصري بعض قواعده من الشريعة الإسلامية[34].

لاحقا، تواصل الإصلاح القضائي في مصر، وبهدف التحرّر من الهيمنة، والضغوطات الخارجية، قرّرت الحكومة المصرية، إقامة محاكم وطنية تختص بالنظر في المسائل التي تهمّ المواطنين المصريين، وكان هذا الإصلاح، قد عمّم بموجب مرسوم صادر في 14 جوان 1883، الذي منح للمحاكم الوطنية قوانين وطنية، وهي مجرّد تسمية رسمية، لأنها استنسخت من القوانين المختلطة[35]، وبالتالي فإن النموذج الفرنسي قد لعب دورا واضحا، وأثّر بدرجة كبيرة على العملية التشريعية في مصر، هذا ما أكَّده الأستاذ شفيق شحاتة في تصريح له

في سنة 1950، حيث قال: «لا أحد ينكر بأن القانون المدني المصري المختلط والوطني، اللّذان طبّقا أمام المحاكم المختلطة والوطنية، قد تمّ نسخهما عن القانون المدني الفرنسي، ما عدا بعض التعديلات الطفيفة، التي شملت بعض المسائل استمدّت من القضاء الفرنسي، أو من أحكام الشريعة الإسلامية»[36].

هاذين القانونين؛ المختلط والوطني، كانا مقدمة لكي يصبح القانون المدني الفرنسي، مصدر إلهام لمحرِّري القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، فعلى ضوئهما وضع هذا الأخير، والساري به العمل إلى يومنا هذا.

2.2- المرحلة الثانية: قانون 1948 إلى يومنا هذا

إن القانون المدني المصري وضع في ظروف خاصة، نتيجة الامتيازات التي كانت تتمتع بها الدول الأجنبية، ولم تتخلّص منها مصر، إلاّ بعد معاهدة مونتيرو في سنة 1937، على أن يكون الإلغاء النهائي لهذه الامتيازات ابتداء من 15 أكتوبر 1949، لكن ثمن هذا الإلغاء تمَّ مقابل تعهُّد من الحكومة المصرية، بأن لا تكون الشريعة الإسلامية أساسا للتشريع، وأن تضع في القوانين ما من شأنه أن يكون مطابقا للشرائع الحديثة[37]؛ففي هذا الجو السياسي الذي كان فيه وضع مصر ضعيفا، قام الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بوضع مشروع القانون المدني المصري.

شرعت مصر في إصلاح منظومتها القانونية من جديد، منذ ثلاثينيات القرن الماضي، والذي شمل إعادة صياغة القانون المدني المصري بصفة كلِّية، من طرف تلميذ إدوارد لامبير *Edouard Lambert*، عبد الرزاق السنهوري، لجان عديدة أنشأت للقيام بهذا الغرض، غير أن اللّجنة التي اعتُمِدت في الأخير، لم تتضمن إلاّ عضوين اثنين هما: إدوارد لامبير، وعبد الرزاق السنهوري؛ الأول، لم يتمكن من الاستمرار في البقاء لمدة أطول في مصر، مع ذلك، فقد ساهم في تحرير العنوان التمهيدي لمشروع القانون، وبعض المواد المتعلقة خصوصا بعقود: البيع، التأمين والشركة، بينما الجزء الأكبر من مشروع القانون المدني المصري، تمّ وضعه من طرف عبد الرزاق السنهوري، بمساعدة بعض القضاة ورجال القانون البارزين، وفي 21 نوفمبر 1954 تم الانتهاء من وضع مشروع القانون، الذي قدّم إلى البرلمان[38]، الذي عقدعدّة جلسات لمناقشته، استمرت عامين ونصف، وفي الأخير صدر القانون المدني المصري في 16 جويلية 1948، بينما أجّل تاريخ بدء نفاذه إلى غاية 15 أكتوبر 1949، وهو تاريخ الإلغاء النهائي للمحاكم المختلطة في مصر[39].

لقد ظلّ القانون المدني المصري لسنة 1948 وفيّا للتقنية القانونية الفرنسية،سواء من حيث شكله،أو مفاهيمه الأساسية، ولا يبدو ذلك غريبا، فهو جاء على أنقاذ تجربة دامت حوالي 75 سنة، التي كانت قد بدأت سنة 1883، بدورها، لجنة تشريعية من مجلس الشيوخ الفرنسي، كانت قد لاحظت في تقرير لها: «أن القانون المدني المصري لسنة 1948، لم ينحرف عن الأساس الذي بني عليه القانونين السابقين (المختلط والوطني) المتأثران بالقانون المدني الفرنسي؛ بعض التعديلات التي جاء بها القانون الجديد، استمدت من القوانين المقارنة، من الشريعة الإسلامية، ومن قضاء المحاكم المصرية»[40].

يعتبر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري مهندس القانون المدني، كما كان من دعاة عصرنة الشريعة، والتشريع ككل، وهو إنجاز يتِم بالضرورة، عن طريق تقليد القوانين العصرية الغربية والفرنسية بالخصوص، وذلك من حيث الشكل، الأمر الذي جعله يختار مصطلحات مستمدة من قانون نابليون، ويتبع تقسيماته، والتصنيفات التي جاء بها، وكذا طريقة تحرير مواد التقنين، ...إلخ، من جهتهم، القضاة المصريين كانوا متشبِّعين بالثقافة القانونية الفرنسية، فقد تعوّدوا على استعمال هذه المفاهيم، بالتالي فقد كان من الملائم جدا لهم، اللّجوء إلى القانون المدني الفرنسي للاستلهام من أفكاره، لدرجة أن النّسخة الأصلية لقانون المدني المصري حرِّرت باللّغة الفرنسية[41].

أما فيما يخص الموضوع، توجد بعض الحلول اقترضت من القانون المدني السويسري، وخاصة من مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات، وكذا بعض المواد المأخوذة من الشريعة الإسلامية[42]، لكنها تظلّ مجرّد استثناءات، ليس لها تأثير على التوجُّه الأصلي للقانون المدني المصري، بالتالي يجب أن يؤخذ بها كما هي، دون التوسُّع في تفسيرها[43].

موجة التغريب سرعان ما انتشرت إلى دول عربية أخرى، إذ شرعت الواحدة تلو الأخرى، في وضع قانونها المدني، متَّخذةً من القانون المدني المصري، نموذجا لها.

3- تأثر قوانين عربية بالقانون المدني المصري:

إن أول ما شرعت فيه غالبية الدول العربية غداة استقلالها، وذلك بعد حرب خاضتها ضد المستعمر، هو بناء مؤسساتها القانونية، وبسط سيادتها على سياستها التشريعية وعصرنة قوانينها، هو الحال بالنسبة لكل من سوريا، ليبيا، الجزائر...إلخ، وبخصوص التفكير في وضع قانون مدني، رأت هذه الدول في القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، النموذج الأمثل لها؛ سوريا، كانت أولى الدول العربية التي استلهمت التجربة المصرية بالكامل، هذا البلد، الذي خضع للحكم العثماني، لم يعرف قانونا آخر غير ذلك الذي وضعته الإمبراطورية "مجلة الأحكام العدلية" على وجه الخصوص، لكن بعد استرجاع سوريا لسيادتها، ساد الاقتناع بأن الزمن قد تجاوزها،بالتالي يجب أن تترك مكانها إلى تشريع جديد[44]، وكان الدفع الحاسم لعملية الإصلاح، على يد أسعد كوراني، وزير العدل، بدعم من حكومة حسني زين في 30 مارس 1949، فرغبة منها في تجنُّب المرور بالجلسات البرلمانية، وما قد يترتب عنها من خلافات، تبنّت الحكومة السورية أغلب ما تضمنه القانون المدني المصري، وأصدرت القانون المدني السوري في 18 ماي 1949، الذي بدأ في السريان في 15 جوان 1949، أي حتى قبل بدء نفاذ نظيره المصري[45].

لقد سايرت ليبيا بدورها، الحركة التشريعية، وتبنّت بصورة كلِّية وواضحة، القانون المدني المصري لسنة 1948، وذلك ابتداء من سنة 1961 هذا التوجُّه الجديد الذي اعتمدته ليبيا، دُعِّم أيضا، على مستوى كلّيات الحقوق، التي أبرمت اتفاقيات تعاون، لاستقبال أساتذة لتدريس مادة القانون فيها، خاصة من سوريا،والذين كانوا قد تكونوا بدورهم في فرنسا، أما الكويت، فقد أصدرت قانونها المدني في سنة

1963، الذي حُرِّر من طرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، حتى وإن كان من الناحية الشكلية قد تضمن القانون التجاري والمدني، فإن هذا الأخير يحتوي على نظرية عامة للالتزامات، أعادت حرفيا، قواعد القانون المدني المصري؛ الشكل تغيّر، لكن المحتوى بقي.

لقد كانت التجربة الجزائرية مع القانون المدني الفرنسي مميّزة، فهي تعود إلى السنوات الأولى للاحتلال الفرنسي، واستمرت إلى ما بعد الاستقلال؛ فبعد سقوط الخلافة العثمانية[46]، وقعت الجزائر ضحية للاحتلال الفرنسي سنة 1830 الذي حاول، منذ الوهلة الأولى، طمس الهوية الجزائرية بمختلف الوسائل القمعية، فاستبعد الشريعة الإسلامية من مجال التطبيق – والتي كانت تحكم كل مناحي الحياة– وجلب قوانينه الغريبة عن تقاليد المجتمع الجزائري، وحارب اللّغة العربية وأحلّ محلها، لغته الفرنسية المجهولة عند عامة الشعب الجزائري آنذاك[47].

أعلنت فرنسا في عام 1834، بأن قانونها المدني سيطبَّق بأكمله[48] في الجزائر،معتبرة إياها«مقاطعة فرنسية»[49]، وبهذا التصرّف، أصبحت الجزائر خاضعة بصفة كلّية للسيادة الفرنسية[50]؛ من حيث المبدأ، إلحاق الجزائر بفرنسا، يترتب عنه خضوع المواطنين الجزائريين وأموالهم لنفس النظام القانوني السائد في فرنسا، لكن هذا التصور لم يحدث، فالقانون المدني الفرنسي أقصى الجزائريين من تطبيقاته، وبقي هؤلاء يخضعون في أحوالهم الشخصية، إلى الأعراف السائدة في البلاد وإلى قواعد الشريعة الإسلامية[51].

لقد اهتمت فرنسا بنشر ثقافتها القانونية في الجزائر، حيث أنشأت مدرسة الحقوق[52]، جلبت إليها العديد من أساتذة الحقوق[53]، ساهموا في تكوين قضاة جزائريين، الذين تثقفوا وأعادوا نشر الفكر القانوني الفرنسي، غير أن سياسة التمييز التي اتبعتها الإدارة الفرنسية، انعكس أثرها على كلّية الحقوق، فهذه الأخيرة، ظلّت تقريبا، موصدة في وجه الطلبة المحليِّين الرّاغبين في مواصلة دراسات عليا، ونتيجة هذا الإقصاء، أنه في سنة 1951، لم يكن هناك إلاّ سبعة (7) جزائريين يشغلون منصب قاضي[54].

لقد كانت الجزائر بعد الاستقلال، بحاجة حقيقية إلى منظومة قانونية تُسيِّر وفقها أمور الدولة، وذلك بسرعة ودون أي تأخير، وأمام حالة الضرورة التي وجدت نفسها فيها، أصدرت السلطات العمومية القانون الشهير رقم (62–157) في 31 ديسمبر 1962 ، الذي يقضي بالتمديد، إلى إشعار آخر، العمل بالقوانين الفرنسية السّارية المفعول، ما لم تمس بالسيادة الوطنية، وعليه كان التقنين المدني الفرنسي – حتى وإن لم يلبِّي كل احتياجات البلاد الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية– بمثابة القانون المدني الجزائري، إلى غاية 26 ديسمبر 1975، تاريخ صدور القانون المدني الجزائري، مع تطبيقه بأثر رجعي من 5 جويلية 1975، يصدق القول، بأن الجزائر عرفت ظاهرة استقبال، وليس مجرّد تأثر بسيط بالقانون الفرنسي[55]، فثقل الإرث القانوني الاستعماري، جعل عملية إصدار القوانين الجزائرية يمر عبر مسار طويل، استبعدت فيه فكرة، الانفصال التام عن القانون الفرنسي.

لقد كانت الذكرى العاشرة للاستقلال، مناسبة كبيرة للمناداة بضرورة جزأرة القانون، وفاء للمنهج الاشتراكي الذي اختارته السلطات الجزائرية آنذاك، من إحداث القطيعة مع القانون الفرنسي، وكانت نتيجة ذلك، صدور الأمر رقم 73-29 المؤرخ في 5 جويلية 1973 الذي يلغي قانون 31 ديسمبر 1962 ابتداء من 5 جويلية 1975، ففي ظل هذه الظروف[56]، جرى التحضير لإصدار القانون المدني، وقد تكلّفت بذلك، مجموعة من محترفي القانون، هم قضاة من وزارة العدل المتأثرين بالثقافة الفرنسية، تمّ اختيارهم تبعا لكفاءاتهم العلمية والعملية، بغض النظر عن التزامهم السياسي[57].

يلاحظ، أن الهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه، والمسطَّر في وثيقة "عرض أسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني"[58]، الذي "يجبأن يستمد من قيمنا العربية-الإسلامية، ومن الإسهامات الإيجابية للعالم المعاصر الذي يتطور فيها مجتمعنا"، قد كان أقل طموحًا، فهو لم يتمكّن من إحداث ثورة تشريعية، وإنّما اكتفى فقط، بوضع أداة قانونية بيد القاضي، هذا ما أكدته نصوص القانون المدني، الذي بقي محتفظا من حيث الشكل، المصطلحات، الموضوع، والمبادئ، بقانون نابليون، باستثناء بعض النصوص،بينما اقتصر نصيب الشريعة الإسلامية على بعض الأحكام الخاصة، التي لم تتكيّف مع المبادئ العامة للقانون المدني، فبقيت مجرّد حالات استثنائية[59].

4- تأثر القوانين العربية ذات التوجّه الإسلامي بالتقنين المدني الفرنسي:

قوانين عربية اجتهد مشرِّعوها في الاعتماد على الشريعة الإسلامية لسنِّها، المحاولة الأولى، قام بها العراق، والثانية كانت في الأردن، الذي أصبح قانونه المدني نموذجا، استلهمت منه الإمارات العربية المتحدة، اليمن، وكذلك، عند محاولة وضع مشروع القانون المدني العربي الموحَّد.

منذ عام 1534 إلى غاية نهاية الحرب العالمية الثانية، كان العراق – مثل باقي أغلب دول الشرق الأوسط- جزءا من الإمبراطورية العثمانية، بالتالي كان يخضع لقوانينها، المستمدة من حيث المبدأ من الشريعة الإسلامية، وفقا للمذهب الحنفي، وذلك فيما يتعلق بمواضيع المعاملات المالية، بينما الأحوال الشخصية، فكانت منظَّمة بقواعد خاصة، حسب الطوائف الدينية المنتشرة هناك (المسلمين -السنّة، والشيعة-، المسيحية، واليهودية)[60] ، لكن بعد سقوط الدولة العثمانية، وظهور مملكة فيصل بالعراق، صدرت بعض القوانين في موضوعات مختلفة[61]، أما موضوع الالتزامات، فظل يخضع لأحكام المجلة العثمانية[62].

لقد كانت للأستاذ عبد الرزاق السنهوري، فرصة المساهمة في إعداد القانون المدني العراقي، فهو شارك في اللّجنة الأولى والثانية المكلّفتان بتحضير مشروع القانون، في حين كان على رأس اللّجنة الثالثة، ليس مدهشا إذن، أن يترك بصماته على هذا القانون الذي لعب دورا رئيسيا في إعداداه، فالحلُّ الذي ارتآه المشرع العراقي، هو إيجاد تناعم بين أحكام القانون الإسلامي، و القواعد القانونية المقترضة من القوانين الغربية، مع ذلك، فإن الميول نحو النموذج الغربي كان واضحا، فبضغط من السنهوري، اتجهت نظرة المشرع العراقي نحو هذا الأخير، للبحث عن نموذج للإصلاح، واختار القانون المدني

الفرنسي، ولو بطريقة غير مباشرة، فالقانون المدني العراقي الصادر في 8 سبتمبر 1951، وبدأ في السريان في 9 سبتمبر 1953، تأثّر إلى حدٍّ بعيد، بالقانون المدني المصري[63].

إن خصوصية القانون المدني العراقي، تكمن في أنه أول قانون مدني عربي تبنّى، في موضوع تعويض الأضرار الجسمانية التي تلحق بالغير، التمييز الذي كرّسته الشريعة الإسلامية بين الضرر المادي والضرر الجسماني[64]، كذلك مختلف الحالات التي تندرج في هذا الموضوع[65].

لقد شكَّل القانون المدني الأردني الصادر سنة 1976، أول نموذج لجيل ثالث من القوانين العربية، والذي يرى مؤلفوه، أنه استلهم من الشريعة الإسلامية،هذا القانون الذي بدأ التحضير له سنة 1954، لم ير النور إلاّ في سنة 1976، ودخل حيِّز النفاذ في 1 جانفي1977، هذه المدّة تفسَّر بمدى التناقضات التي حاول المشرع الأردني تفاديها، فيما يخص المصادر التي سوف يعتمد عليها مشروع القانون[66].

لقد أعاد القانون المدني الأردني– من حيث الشكل– نفس خطة القوانين المدنية العربية التي سبقته، المتمثلة في باب تمهيدي المعنون "أحكام عامة"، متبوعا بأربعة كتب تعالج على التوالي؛ الحقوق الشخصية، العقود المسماة، الحقوق العينية، والتأمينات العينية، أما من حيث محتوى القانون، فإنه لا مجال للشكِّ في أصالته المرتبطة أساسا، بتكامل أحكامه المستمدة من الشريعة الإسلامية، فهي تعد المصدر الأول في سنِّ التشريع، بينما اللّجوء إلى القانون المقارن، فلا يتِّم الأخذ به إلا في حالات استثنائية، وعند غياب أحكام في الشريعة الإسلامية[67]، يتعلق الأمر بمسائل ظهرت بتطور المجتمع، كتنازع القوانين[68]، العقود الإلكترونية، الدفع بالبطاقة الإلكترونية...إلخ.

ثانيا: تأثر باقي الشعوب بالقانون المدني الفرنسي

تأثّرت دول أوربية عديدة بالقانون المدني الفرنسي،ولعلّ من بين الأسباب التي ساهمت في انتشار هذا الأخير، هو الغزو الاستعماري الذي تعرضت له هذه الدول على يد نابليون، وفي بعض الأحيان، الإعجاب بالثقافة الفرنسية، لعب دورا في شيوع قانونها المدني **(1)**، كما كان الاحتلال العسكري لمناطق شاسعة من القارة الإفريقية، مناسبة لفرنسا لنشر قانونها المدني هناك **(2)**، بينما اختارت دول في القارة الأمريكية، خاصة تلك التي كانت مستعمرات اسبانية، النموذج الفرنسي لوضع قانونها المدني **(3)**.

1– تأثر الدول الأوربية بالقانون المدني الفرنسي:

إن انتشار قانون نابليون في أوربا، كان كبيرا في القرن 19؛ يتعلّق الأمر ببلدان أدمجت بصفة مباشرة في الإمبراطورية الفرنسية، مثل بلجيكا، هولندا، الشمال الغربي من ألمانيا، في عدة مقاطعات من سويسرا، الجزء الأكبر من إيطاليا، كذلك بولونيا، وبالتالي طبِّق فيها قانون نابليون لسنة 1804 دون أي تغيير، وتمّ الاحتفاظ بهذا النص في مجمله، أو في جزء منه، حتى بعد نهاية الوجود الفرنسي فيها[69].

لقد كانت بلجيكا مهيَّئة لاستقبال قانون نابليون ، وذلك بحكم خضوعها للحكم الفرنسي[70]، حيث طبِّق فيها هذا القانون منذ سنة 1804، والذي ظلَّت محتفظة به فيما بعد، أما هولندا التي كانت تحت

حكم لويس *Louis* شقيق نابليون، فطبِّق فيها قانون هذا الأخير، منذ سنة 1809 في نسخة معدَّلة، وبعد مراسلة[71] نابليون لأخيه، أُعيد تطبيقه في نسخته الأصلية، في سنة 1810، حيث ضُمَّت هولندا إلى الإمبراطورية الفرنسية، بعد أن تنازل عنها "لويس" لأخيه[72].

أما بالنسبة لإيطاليا، فلم تختلف وضعيتها كثيرا عن بلجيكا، فقانون نابليون طبِّق هناك، وبصفة طبيعية، بعد ترجمته إلى اللّغة الإيطالية، في المقاطعات التي كان نابليون يحتلها ويضمّها إلى مملكته؛ هو الحال بالنسبة لسردينيا التي وصلها سنة 1802، في جمهورية جينوة سنة 1805، في توسكانا سنة 1808، وفي مملكة نابولي سنة 1809، وبعد انهزام نابليون، استمر تطبيق قانونه المدني لسنوات عديدة، في بعض الولايات الايطالية المرمَّمة على غرار، جينوة، باليرمو، ونابولي، ثم تمّ إصدار أربعة قوانين مدنية في المناطق التالية: قانون مدني في كل من باليرمو، وصقلية، قانون ألبرتان *Albertin*في جينوة، وقانون في شرق مودان*Modène*، لاحقا، كانت هذه القوانين، المصدر الرئيسي للقانون المدني الإيطالي الموحَّد الصادر في سنة 1865[73].

لقد احتل نابليون جزء كبير من الأراضي الألمانية،وبالنتيجة طبَّق فيها قانونه المدني، الذي تمّ على عدة مراحل: فمنذ سنة 1810 بالنسبة للمناطق الواقعة غرب نهر الرّاين،التي انتقلت إلى السيادة الفرنسية بموجب اتفاقية "لونيفيل"*Lunéville*، كما خضعت مناطق أخرى لقانونه المدني مثل فراكفورت، وهامبورغ، هي حالة سويسرا أيضا، التي خضعت إلى قانون نابليون، وذلك في جنيف، ومقاطعة "بيرن" التي كانت قد ألحقت بالجمهورية الفرنسية في وقت سابق[74].

أحيانا، الغزو الفكري والإعجاب بالثقافة الفرنسية ولمثلها العليا، لعب دورا في انتشار قانون نابليون، فبعد انتصار الثورة الفرنسية لعام 1789، صارت نموذجا يحتذى به، خاصة أولائك الذين يكافحون من أجل استقلال، أو بناء أوطانهم، بلدان عديدة تبنَّت القانون المدني الفرنسي، كمثال عنها وفي أوربا، رومانيا التي ومع بداية القرن 19، كانت وجهة الطلاب هناك، سواء للدراسة أو استكمالها، هي باريس،وعندما تطلّب الأمر إنشاء نظام قانوني يتوافق مع التوجهات الجديدة، ساهم الطلاب الذين درسوا القانون في فرنسا في إعداد القانون المدني الروماني، ويبدو أن تأثرهم بهذا الأخير كان كبيرا، لدرجة أن القانون المدني الروماني الصادر سنة 1864، والذي تمّ إعداده في ظرف شهرين فقط، يعتبر إعادة أو استنساخ للقانون المدني الفرنسي، بعد أن تمّت ترجمة هذا الأخير، إلى اللّغة الرومانية[75].

2- تأثر الدول الإفريقية بالقانون المدني الفرنسي:

لقد تشكّلت الإمبراطورية الاستعمارية الفرنسية، على اثر احتلالها لمناطق شاسعة من القارة الإفريقية، فحملت معها إلى هناك قانونها المدني، مستبعدة منه، خصوصيات السكان المحليِّين.

إن تطبيق القانون المدني الفرنسي في المستعمرات الإفريقية الفرنسية، بدأ منذ القرن 19؛ حيث طبِّق في المارتينيك، غويانا، وفي السينغال لكنه تضمن هذه المرّة، نصوصا اقصائية تميّز بين العرق

الأبيض والعرق الزنجي، إفريقيا السوداء هي أيضا وصلها تقنين نابليون (غينيا في سنة 1892، مدغشقر في سنة 1896، الكونغو في سنة 1903، مجموع إفريقيا الغربية الفرنسية(AOF)، إفريقيا الاستوائية (AEF)، وفي الكامرون والطوغو بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، حيث انتقلتا من السيطرة الألمانية، إلى الهيمنة الفرنسية[76].

القانون المدني الفرنسي، كان له تأثيرا معتبرا على قوانين الدول الإفريقية، هو حال الكونغو – جمهورية الكونغو الديموقراطية حاليا– فمنذ سنة 1895، جلبت بلجيكا معها إلى هذا البلد قانونها المدني، الذي كانت قد ورثته عن الإمبراطورية الفرنسية، بينما النظام القانوني الكونغولي القديم الشفهي القائم أساسا على الأعراف والعادات المحلِّية، استبعد واستبدل بقانون مدني تمّ نسخه عن النموذج الفرنسي[77].

يلاحظ أن تأثير القانون المدني الفرنسي على الدول الإفريقية، قد استمر رغم استقلال هذه البلدان عن فرنسا، فأول مشكل وجدت نفسها أمامه غداة استقلالها هو: هل ستستمر أو تنفصل عن النظام القانوني الموروث عن الاستعمار؟ والجواب كان الاستمرار فيه، مع إدخال بعض التعديلات التي تناسب اقتناعات كل دولة، مع ذلك، يلاحظ أيضا، أن بعض القوانين المدنية الإفريقية التي صدرت حديثا، جاءت متأثرة بالقانون المدني الفرنسي، على غرار قانون السيشل الصادر سنة 1975، وقانون جزر موريس الصادر سنة 2000[78].

3– تأثر الدول الأمريكية بالقانون المدني الفرنسي:

لقد تجاوز تأثير قانون نابليون المجال الأوربي، ليصل إلى القارة الأمريكية ؛ففي أمريكا الاتينية، وجزر الكرايبي، أمثلة عديدة عن دول كانت مستعمرات اسبانية، وبعد أن انتزعت استقلالها، ابتعدت عن القوة المستعمرة، واتجهت نحو فرنسا، فتبنّت قانونها المدني مانحة إيّاه مكانة خاصة، لاقتناعهم بأنه يتوافق مع الأفكار الديموقراطية، الحرّية، العدالة، والمساواة، التي حاربوا من أجلها لاسترجاع سيادتهم الوطنية، من جهتها أمريكا الشمالية، وبالتحديد إقليم الكيبيك التابع لكندا، تأثر أيضا بقانون نابليون.

لقد أصدرت بوليفيا قانونها المدني في سنة 1831، والذي يعد ترجمة بسيطة لنظيره الفرنسي، دول أخرى أيضا بادرت إلى إصدار قانونها المدني، الذي لم يسلم من تأثير القانون المدني الفرنسي والذي يمكن ملاحظته على مستويات مختلفة، من حيث الشكل والموضوع؛ الشيلي مع "قانون بيلوت"*Le Code Bellot*الصادر سنة 1855، والذي كان مصدر إلهام للقانون المدني لكل من الإكوادور، وكولومبيا، اللّذين دخلا في السريان في سنتي 1861 و 1887 على التوالي[79]، وكذا للقانون المدني الأرجنتيني *Le Code Vélez*الصادر سنة 1869، وبدأ في السريان في 1 جانفي 1871، والذي تبنّته البراغواي في سنة 1889[80].

لقد ظلّ القانون المدني والتجاري الأرجنتيني الجديد الصادر سنة 2014، وفيا للقانون المدني الفرنسي[81]، فقد تضمّن في جانبه المدني؛ باب تمهيدي تضمن (القانون، التشريع، ممارسة الحقوق والأموال)، وستة (6) كتب أخرى: الكتاب الأول يحمل عنوان "مبادئ عامة" يتضمن (الأشخاص الطبيعية، الأشخاص المعنوية، الأموال، الأفعال، والتصرفات القانونية)، الكتاب الثاني ينظِّم العلاقات

العائلية، الكتاب الثالث، جاء تحت عنوان "الحقوق الشخصية" ويتضمّن (الالتزامات بصفة عامة، العقود المدنية والتجارية – أدرج فيه أيضا قانون المستهلك–والقيم المنقولة)، الكتاب الرابع تضمّن الحقوق العينية، الكتاب الخامس، نظَّم انتقال الحقوق بسبب الموت، والكتاب السادس نظَّم المعايير العامة للحقوق الشخصية، الحقوق العينية (التقادم، حقوق الامتياز، القانون الدولي الخاص)[82].

دول في جزر بحر الكاريبي، تأثرت بالقانون المدني الفرنسي، هو حال هاييتي وجمهورية الدومينيكان؛ كانت هاييتي تخضع للسيادة الفرنسية، وبعد نضال طويل منح شارل العاشر، حكومة هاييتي الاستقلال في عام 1825، ملزما إيّاها بدفع تعويضات تصل إلى 150 مليون فرنك، لصالح الملاك السابقين، في هذا الجو السياسي، أصدرت هاييتي قانونها المدني سنة 1825، ودخل حيِّز النفاذ ابتداء من 1 ماي 1826، قسم كبير منه، استلهم من القانون المدني الفرنسي[83]. في عام 1845، وبعد انفصالها عن هاييتي، سارعت جمهورية الدومينيكان إلى استبعاد كل ما له علاقة بهايتي، بما في ذلك قانونها المدني، وتبنّت قانون نابليون في نسخته الأصلية[84]، بحجة أن " النموذج الأصلي، أفضل من نقل نسخة مقلّدة عن الغير"[85].

استقبل إقليم الكيبيك التابع لكندا، قانون نابليون، بشكل واسع ولمدة طويلة، وذلك راجع إلى تواجد مجموعة سكانية معتبرة من الفرنسيين هناك، ظلّوا متمسكِّين بالثقافة الفرنسية، كما عرف هذا الإقليم في القرن (19) حركة تشريعية كبيرة، شملت إصدار القانون المدني الكيبيكي في سنة 1866، اتخذ من قانون نابليون نموذجا له[86].

خاتمة

يتبيّن لنا في الأخير، أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، أثّر على قوانين دول عربية، أوربية، أمريكية، وإفريقية، وهي بلدان تنتمي لقارات مختلفة، تجمعها بفرنسا، وفيما بينها، علاقات اقتصادية، سياسية، وثقافية، فهل يمكن النظر إلى القانون المدني الفرنسي، على أنه خطر يهدِّد سيادة هذه البلدان؟ الإجابة تستدعي بعض التريُّث، بحيث يجب الأخذ في الحسبان، معطيات ومتغيرات كثيرة؛ ربما مع الوجود الاستعماري، أو حتى الإعجاب بالثقافة الفرنسية، صحيح أن فرض القانون المدني الفرنسي على شعوب هذه البلدان، أو تبنِّيه عن طواعية واختيار من طرف البعض، كان بمثابة خطر يهدّد هويتهم وانتمائهم الحضاري، لكن بعد استرجاع الدول المستعمرة لسيادتها الوطنية، وتصاعد النزعة الإصلاحية، بضرورة إعادة صياغة القانون المدني، بما يتوافق والسيادة الوطنية، فالأكيد أن سياسة الإصلاح ستكون وفق المرجعية التاريخية، الثقافية، والدينية لكل دولة، وبالتالي، سوف تتّجه الأنظار إلى مختلف الأنظمة القانونية، التي باتت تنافس النظام القانوني الفرنسي، على غرار النظام الأنجلو–أمريكي، الألماني، والشريعة الإسلامية باعتبارها، نظام قانوني متكامل، وذلك بالنسبة للدول العربية التي تشهد، بين الحين والآخر، حركة إصلاح تدعو إلى العودة إلى هذا النظام، واتِّخاذه مصدرا أساسيا للتشريع.

الهوامش

1- "القانون المدني للفرنسيين" هو الاسم الذي أطلق عليه عند صدوره، ثم أخذ اسم "قانون نابليون" بموجب القانون الصادر بتاريخ 22 أوت 1807.

2- Yves Gaudemet, Le Code civil : constitution civil de la France, in 1804-2004- le Code civil. Un passe. Un présent. Un avenir, Dalloz, Paris, 2004.

3- Sylvain Soleil, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », Revue Histoire de la Justice, n° 19, 2009, pp. 225-241, www.google.fr/, vu le 24/02/ 2020, à 18 :30.

4- Ibid.

5- استغرقت الأعمال التحضيرية التي جرت بمجلس الدولة الفرنسي لمناقشة مشروع القانون المدني الفرنسي الذي تقدم به *Portalis*، الفترة الممتدة من 17 جويلية 1801 إلى مارس 1804، ترأس نابليون شخصيا 57 جلسة من أصل 102 جلسة، أي أكثر من نصف عدد الجلسات، هذا ما جعله، في وقت لاحق، يطلق اسم "قانون نابليون" بدلا عن القانون المدني، وتنبّأ بأن هذا الأخير هو الذي سوف يخلّده أبد الدهر، وليس انتصاراته في المعارك العديدة التي خاضها،

V. Leila Saada « Les interventions de Napoléon Bonaparte au conseil d'Etat sur les questions familiales », Napolenica, la Revue, n° 14, juillet 2012, p. 27, www.google.fr/, vu le 31/01/2020 à 17 :21.

6- Sylvain Soleil, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique…», op. cit., p. 234 : « …En bref, pour les rédacteurs comme pour Bonaparte, comme tous promoteurs de code, il s'agit de la genèse du Code civil des français, et non d'un Code pour l'Europe et le monde ».

7 - MichelGrimaldi, « L'exportation du Code civil », Revue « Pouvoirs », n° 107, 2003, p. 84, http://www.caim.info/, vu le 22/01/2020 à 17 :04.

8- Jean Goldberge, « Réception du droit français sous les britanniques en Egypte : un paradoxe ? », Revue Egypte/ Monde arabe : histoire et sociologie, 31 déc, 1998, p.1, http://journals.opendition.org/ema/1493, vu le 28/02/2020 à 07 :24: « Les comparatistes recourent à divers types de catégories pour classer les systèmes juridiques en ce qu'ils appellent des familles de droit (…) ils ont ainsi répertorié sept familles de systèmes juridiques : française, germanique, scandinave, anglaise, russe, islamiques et hindoue, aux quelles Zweigertet Kötz, ajoutèrent « Les systèmes de l'extrême – orient ».

9- Ibid, « La famille de droit français comprent de nos jours une variété d'Etats, (…) les membres actuels sont la Belgique, le Lexembourg, Haïti, l'Italie, L'Espagne, le Portugal, les Pays-Bas, les pays d'Amérique latine, le Québec, les anciennes colonies françaises et Belges en Afrique, l'Indonésie, le Maghreb (Algérie, Tunisie, Maroc, Lybie, Mauritanie), ainsi que l'Egypte, le Liban et la Syrie ».

10- على غرار المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، المصري، السوري، العراقي، سلطنة عمان...إلخ.

11- Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », RIDC, n° 1,vol. 20, janvier-mars, 1968, pp. 77-78, www.google.fr/, vu le 28/02/2020, à 07 :21; Harith Al-Dabbagh,« Le droit comparé comme instrument de modernisation: l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient », RDUS 43, 2013, pp. 387-434, www.google.fr/, vu le 31/01/2020 à 17 :01.

12- أنظر ما جاء في تقديم مجلة الالتزامات والعقود التونسية في النسخة المحيّنة وفقا للقانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة.

13- تتكون اللجنة من قضاة فرنسيين وهم:Bernard Roy, Stéphane Berge, Anterieu, David Santillana

14- ولدDavid Santillana في سنة 1855 في تونس من أبوين تونسيين يهوديين تلقى دراساته في الحقوق في جامعة روما بإيطاليا، بالإضافة إلى معرفته العميقة بالقانون الإسلامي وتخصصه في الفقه المالكي، كان سانتيلانا قريبا من العائلة الحاكمة في تونس، متمكّن من اللغة العربية، لقد تقلّد عدة وظائف؛ مدرسا، مترجما، حيث ترجم من العربية إلى الإيطالية «مختصر خليل» وهو أحد المصادر الإسلامية التي اعتمد عليها سانتيلانا في إعداد تقنين الالتزامات والعقود التونسي.

V. Fatiha Barmaki,Le rôle de la traduction dans le transfert des connaissances juridiques: le cas des codes civils marocain et tunisien, doctorat, université de Montréal, 2017, p.144, www.google.fr/, vu le 31/01/2020 à 17 :04.

15- Ibid, p. 118.

16- L'article premier de traité de protectorat franco-marocain signé à Fès le 30 mars 1912, http://efmaroc.org/cea/pdf/dosh1.pdf vu le 9/06/2020, 11:09.

17- هو الاسم الذي أطلق على هذه اللّجنة، وذلك من طرف كل منA. Ratierو S. Pichonet، وحسب التقرير الموجَّه إلى رئيس الجمهورية الفرنسية، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46، صادرة بتاريخ 12 سبتمبر 1912، فإن اللّجنة تتكون من مستشارين، قضاة، فقهاء قانون وإداريين عينتهم الإدارة الاستعمارية.

18- تتألف اللجنة الفرعية من الأعضاء:Albert de la paradelle, GeorgeTessier و Stéphane Berge.

19- ولد Stéphane Berge في 16 نوفمبر 1852، تابع دراساته في القانون في باريس، مارس وظائف كثيرة؛ عمل في المحاماة، وساهم بكتاباته في العديد من المجلات القانونية:la revue générale de droit؛ journal de droitinternational privé؛ la gazelle du palais، تحصّلBregeعلى ترقيات عديدة، وبعودته إلى فرنسا سنة 1917 منح اسم مستشار بمحكمة النقض الفرنسية،

cité par,Fatiha Barmaki,le rôle de la traduction…, op. cit., p. 170.

20 - Ibid, pp. 169-170.

21 - Rapport de Grünbaum – Ballin sur les travaux de la commission d'organisation judiciare du protectorat français du Maroc, publié au Belletin officiel, n° 46, 12 septembre 1913, p. 3, http://www.sgg.gov.ma/Bo/Fr/, vu le 10 juin 2020, 20:18 : « …De ses délibérations qui ont occupé 24 séances, du 7 mai au 25 juin 1913… ».

22- أنشأت الجريدة الرسمية المتعلقة بالمغرب، بموجب arrêté للقائم العام الفرنسي Leautey بتاريخ 2 سبتمبر 1912.

23- Rodny Daou, « Le droit libanais au croisement des civilisations méditerranéennes », actes du colloque organisé par la faculté de droit de l'université Saint-Esprit de Kaslik, 11 mars 2016, p.6, http://www.google.com/, vu le 27/02/2020 à 14 :25.

24- Ibid, il s'agit de l'arrêté n° 452 du 17 juin 1919, signé par le colonel Copin, recueil des actes administratifs du Haut-commissariat de la république française en Syrie et au Liban, répertoire des arrêtés, 1919-1932, p. 5.

25-Ibid, p. 6, Léon Albert Maurice Copin, né le 4 juin 1878 à Reims (Marne) et décédé le 9 janvier 1978 à Paris, il fut alors chef du contrôle administratif du Haut-commissariat du gouvernement au Levant.
26- Ibid, p. 7.
27- JosserandEtienne (1841-1868) فقيه فرنسي، درس الحقوق وتحصل على شهادة الدكتوراه من جامعة ليون في سنة 1892، تعلق موضوع الأطروحة بالعقود غير المسماة والميراث بين الزوجين، ابتداء من سنة 1895 عيّن أستاذ مكلف بالدروس في مدرسة الحقوق بالجزائر، ثم في ليون، فيما بعد أصبح أستاذا للقانون المدني في كلية الحقوق بليون، ثم عيّن عميدا لها، ولم يترك وظيفته هذه إلا عندما التحق بمحكمة النقض الفرنسية في 14 جوان 1935، كتب جسران العديد من المقالات، نشرت في مجلات قانونية متخصصة، تمحورت جلّها حول نظريتين شهيرتين: المسؤولية عن المخاطر، والتعسّف في استعمال الحق، والمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية،
V. Dominique Fenouillet, « Etienne, Louis Jossernand (1868-1941), Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique, 1996, pp. 27-30, http://www.google.fr/, vu le 27/02/2020 à 14 :24.
28- المواد: من 194 إلى 201 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
29- Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », RIDC, n° 1, vol. 20, janvier-mars 1968, p.60, http://www.google.fr/, vu le : 28/02/2020, à 07:22.
30- ألغيت مجلة الأحكام العدلية في تركيا سنة 1925، لصالح تقنين مدني مستلهم من التقنين المدني السويسري، بينما البلدان التي كانت تخضع للحكم العثماني، واصلت العمل ، حتى وقت قريب، بأحكامها إلى غاية صدور تقنينها المدني ، حيث تم إلغائها: في لبنان سنة 1932، في سوريا سنة 1949، في العراق سنة 1953، وفي الأردن سنة 1983.
31 - تأسست المدرسة الخديوية للحقوق في القاهرة سنة 1868، من طرف محمد علي وأسندت إدارتها للقاضي الفرنسيVictor Vidal Pacha في حين تولى أساتذة فرنسيين مهمة التدريس فيها، كما تم إنشاء المدرسة الفرنسيةcité للحقوق بالقاهرة (1891-1951) التي كانت تحت وصاية وزارة الشؤون الخارجية الفرنسية،
par,Ali Filali, « La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabes », communication prononcée au XVe congrès Association internationale de méthodologie juridique, 11&12 octobre 2018 faculté de droit, Université de Laval, Les écoles de pensée en droit, Les éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, Canada, publié 1er trimestre 2021, p.300.
32- Ibid, p. 65 ; Harith Al- Dabbagh, « Quelques aspects de l'imprégnation du droits des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », op. cit., p. 6.
33- Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français… », op. cit., pp. 65-66.
34 - Jean Goldberge, « Réception du droit français sous les Britanniques… », op. cit., p. 1.
35 - Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français… », op. cit., p. 65.
36- Ibid, p. 66.

37- Dubois Richard, «Les nouvelles orientations de l'Egypte après les récents traités », Revue Politique Etrangère, 1937, p. 456 et s., http://www.persee.fr/doc/polit , vu le 26/05/2021 à 22 :37.
38- Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », op. cit.,pp. 66-67.
39- Ibid, p. 67.
40 - Ibid,« Le code n'a pas changé la base des obligations anciennes qui était le droit français ; les modifications qu'il a apportées ont été inspirée par le droit comparé, par le droit musulman, et par la jurisprudence des tribunaux égyptiens ».
41- Ali Filali, « La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabes », op. cit., p.305.

42- على غرار، مجلس العقد، تصرفات الصبي المميّز، بيع مرض الموت، الوقف، حق الشفعة...إلخ.

43- AliFilali, « La tradition juridique islamique … », op. cit., pp. 306, 307.

44- Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », op. cit., p. 69.
45 - Ibid, p.p. 69-70.

46- شوقي بناسي، «تأثير القانون المدني الفرنسي على القانون المدني الجزائري: الالتزامات نموذجا»، مداخلة ألقيت في إطار الملتقى الدولي «القانون المدني بعد أربعين سنة، الجزائر، 2016»، حوليات جامعة الجزائر 1، عدد 5، 2016، ص. ص. 145، 146.

47- المرجع نفسه، ص. 146.

48-Michal Grimaldi, « L'exportation du Code civil », op.cit., p.91.

49- المادة 109 من الدستور الثاني للجمهورية الفرنسية (1848).

50- Tahar Khafoune, « Système juridique en Algérie – un pluralisme normatif désordonné », Revue Internationale de Droit », n° 2, vol. 67, 2015, pp. 418, 420, http://www.persee.fr/doc/, vu le : 01/03/ 2020 à 07 :16.
51- Ibid.

52- تأسست مدرسة الحقوق بموجب القانون الصادر في 20 ديسمبر 1879، بمبادرة من Paul Bert وفي سنة 1909 أصبحت تسمى كلية الحقوق.

53- Ibid, « Enseignants dans les facultés de droit, notamment à Alger, Louis Millot, Pierre Lampué, Frederic Peltier, Emile Larcher, Jacques Robert, René-Jean Dupuy, Jacques Derrida, Henri Capitan, Claude Collot, François Borella, Michel Miaille, Jean-Robert Henry ».
54- Ibid.
55- Ibid, 414.

56- شوقي بناسي «تأثير القانون المدني الفرنسي على القانون المدني الجزائري»، مرجع سابق، ص. 149.

57- إشكالية اللّجنة العلمية المنظِّمة للملتقى الدولي «القانون المدني بعد أربعين سنة»، مرجع سابق، ص. 5.

58- توجد هذه الوثيقة بمكتبة كلية الحقوق الجزائر تحت رقم 1988 / Pr.

59-إشكالية اللجنة العالمية المنظمة للملتقى الدولي «القانون المدني بعد أربعين سنة، »، مرجع سابق، ص. ص. 6-8.

60- Harith Al-Dabbagh, «La réception du modèle juridique français par le code civil irakien », RIDC, n°2, vol. 57, p.266.

61- قانون العقوبات (1918)، القانون التجاري (1956)، طرق التنفيذ (1957).
62- Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations», op.cit., p. 71.
63- Ibid, p. 271.
64- Ali Filali, « La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabes », op.cit., p. 307.
65- المواد: 186 إلى 102 من التقنين المدني العراقي.
66- Ali Filali, « La tradition juridique islamique et les codes civils des pays arabes », op.cit., p.308.
67- ibid, p. 310.
68- المواد: من 6 إلى 29 من التقنين المدني الأردني.
69- Jean-Louis Halpérin, «Deux cents ans de rayonnement du Code civil des français ? », les Cahiers de Droit, n°1-2, vol.46,2005, pp. 232-239, http://www.google.com/, vu le 24/03/ 2021 à 17 :07.
70- Michel Grimaldi, «L'exportation du code civil », op. cit., p. 80 : «La Belgique, cédée par l'Autriche à la France en 1797 lors du traité de Campo Formio ».
71- Sylvain Soleil, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », op. cit., p. 238, dans une correspondance de Napoléon à son frère Louis, roi de Hollande, le 13 novembre 1807 , dit : « Si vous faites retoucher le Code Napoléon, ce ne sera plus le Code Napoléon (…)».
72- Michel Grimaldi, «L'exportation du code civil », op. cit., p. 80.
73- Ibid, pp. 81-86.
74- Ibid.
75- Ibid, p. 83.
76-Jean-Louis Halpérin, «Deux cents ans de rayonnement du Code civil des français ? », op. cit., p. 264.
77- BokinaBokolombe , L'influence du modèle juridique français en Afrique, l'Harmattan, Paris, 2016, p.3, www.google.com , vu le 03/05/2021 à 14 :23.
78- «Deux cents ans de rayonnement du Code civil des français ? », op. cit., p. 248.
79- Ibid.
80- M. David, «Le Code civil français et son influence en Amérique », Bulletin de la société législation comparée, RIDC, n°4, vol.2, Octobre- Décembre 1950, p. 767, www.google.fr/, vu le 07/05/2020 à 08 :28.
81- Augusto-César Belluscio, «Le Code civil et commercial argentin 2014 », RIDC, n°3, vol.67, 2015, pp. 664- 665, www.google.com/ , vu le 11/05/2021 à 12 :26.
82- Ibid.
83- André G. Cabanis et Michel Louis Martin, «Un exemple de créolisation juridique modulée : le Code civil haïtien de 1825 », RIDC, n°2, vol.48, Avril-Juin 1996, pp. 444-445, www.google.fr/, vu le 25/02/2020 à 16 :11.
84- M. David, «Le Code civil français et son influence en Amérique », op. cit., p. 768 : «Qans à la République Dominicaine, (…) ce pays connaît un code qui n'est que la traduction espagnole du code civil français ».
85-Michel Grimaldi, «L'exportation du code civil », op. cit., p. 95.
86- M. David, «Le Code civil français et son influence en Amérique», op. cit., p.768.

الضبط الاقتصادي: أيّ دور في إعداد القاعدة القانونية؟

The Economic Regulation :What Role In Preparing The Rule Of Law?

أحمد بعجي[1] ، أستاذ محاضر ب

[1] كلية الحقوق جامعة الجزائر-1- (الجزائر) a.baadji@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/09/29 تاريخ القبول:2021/11/04 تاريخ النشر: نوفمبر 2021

الملخص:

لم تعد تخضع مهمة إعداد القواعد القانونية لاحتكار الدولة عبر سلطاتها المختلفة، بل صارت تخضع لمنطق التعدّدية و المشاركة في إعداد تلك القواعد، من قبل الفاعلين في السوق، كما لم تعد مصادر القانون تتصّف بالعمومية ، و تطبّقها الدولة على جميع الأفراد، بل صارت هناك مصادر خاصة للقانون، تطبّق على مجموعة من الأشخاص داخل السوق، و على قطاع معيّن و فقط، لكن من جهة أخرى ثبت دائما وجود مواجهة مستمرة ما بين متطلّبات الضبط الاقتصادي و سلطة الدولة، وهذا على عدة مستويات، سواء في إطار الدور المؤسّساتي لسلطات الضبط الاقتصادي، التي ظهرت بأنّها مؤسّسات هجينة، ما بين الفاعلين في السوق و سلطة الدولة، فضلا عن عدم كفاية الاستجابة القوية لقانون الضبط لمقتضيات السوق، لكي تتخلّص من تأثير سيادة الدولة، و هذا ما جاء به الضبط الاقتصادي في إطار دوره في إعداد القاعدة القانونية تشكيلا و تكوينا.

الكلمات المفتاحية: الدولة، السوق، الضبط الاقتصادي، القاعدة القانونية، السيادة.

Abstract:

The task of preparing the legal rules is no longer subject to the monopoly of the state through its various authorities, but it is subject to the logic of pluralism and participation in the preparation of these rules by the actors in the market, as the sources of the law are no longer characterized by generality, applied by the state to all individuals, but there are special sources The law applies to a group of people within the market, and only to a particular sector, But on the other hand, there has always been a constant confrontation between the requirements of economic regulation and state authority, and this at several levels, This is on several levels, both in the context of the institutional role of the economic regulation authorities, which appeared to be hybrid institutions, between the actors in the market and the state authority, as well as the insufficiency of the strong response of the law of regulation to the requirementsof the market, in order to get rid of the influence of state sovereignty, and This is what economic regulation brought in the context of its role in preparing the legal in form and composition.

Keywords :

state, market, economic regulation, the rule of law, sovereignty.

المؤلف المرسل: أحمد بعجي ، الإيميل المهني a.baadji@univ-alger.d

مقدمة:

يظلّ القانون وفيا لطابعه النسبي[1]، وبذلك يقبل كل تغيير وتطوّر وتراجع وإعادة نظر من حين لآخر، وهذا ما لحق بمصادر القانون، فبعدما كانت مهمة إصدار القواعد القانونية، من صميم اختصاص الدولة، نظرا لطبيعة النظام القانوني، القائم على مبدأ الفصل ما بين السلطات[2]، المتأثّر بالتصوّر النظام اللاتيني، الذي يعتد بالتشريع كمصدر رسمي للقانون[3]، نتج عنه تحّكم الدولة في السيادة ضمن مظهرها التشريعي[4]، عبر صدور القانون من السلطة التشريعية، وتنفيذه من طرف السلطة التنفيذية.[5]

لكن بحلول الضبط الاقتصادي، تغيّر الأمر جذريا، و هذا من جراء تطوّر إيديولوجية الدولة على الصعيد الاقتصادي، فبعدما كانت تعرف بأنّها دولة متدخّلة، صارت تعرف بأنّها دولة ضابطة[6]، فأضحت تشجّع على الحرية مع فتح الأسواق على المنافسة، و التخلي عن نظام الاحتكار[7]، وفي نفس الوقت ضمان توازن المصالح في السوق[8]، فقد جسّد الضبط الاقتصادي، مقاربة تعدّدية في إنتاج القاعدة القانونية، عبر إشراك الفاعلين داخل السوق، في إعداد تلك القاعدة، متجاوزا بذلك النظرة الكلاسيكية لمصادر القانون المنحصرة في سلطة الدولة كطرف محتكر هذا من جهة[9]، ومن جهة أخرى ساهم في تنازل الدولة عن بعض اختصاصاتها للسلطات الإدارية المستقلة ، التي هي عبارة عن هيئات ذات تمثيل قانوني متنوّع، من ممثلي السلطة التنفيذية و كذا التشريعية، الأفراد، الجمعيات، المختصين، التجار، المستهلكين...الخ، بدافع عجز مؤسسات الدولة الكلاسيكية عن تحقيق الرقي و التطوّر[10]، وكذا باسم الحرية التنافسية، وضمان حقوق الأفراد، نتيجة ظهور رهانات جديدة تستوجب معالجة مختلفة، من هيئات، وموارد بشرية مؤهّلة، دفع ذلك بالسلطات العمومية، لتبني تقنيات جديدة، تشجع على الحرية داخل السوق، و الشفافية في الممارسات، هذا ما أدخلها في مواجهة مع السلطات الكلاسيكية للدولة، التي بقيت دائما في صميم عمل تلك السلطات المستقلة، وهذا ما يستدعي تقييم هذه المؤسّسات الجديدة.

من جهة أخرى، تطوّرت النظرية العامة لمصادر القانون، عبر خوصصتها، وهذا ما تعكسه قواعد القانون الوضعي، القائم على العمومية، والإلزامية[11]، وظهر ما يسمى بالقانون المرن باعتباره مصدر غير رسمي[12]، و عليه صارت هناك حركية و ديناميكية في المصدر الشكلي للقانون، وبدوره صار التشريع وسيلة فقط لتقرير القاعدة القانونية، وليس مصدرا لإنشائها، لكن في مقابل ذلك، احتفظت الدولة لنفسها بالكثير من الصلاحيات التي تجعلها تبقي سلطتها التحكّمية في قواعد السوق، بدافع ضمان المصلحة العامة.[13]

يدفعنا كل ذلك، إلى الإقرار بوجود صراع مواجهة ما بين منطق الدولة، التي تحاول به بسط سيادتها على مصادر القانون، و بين منطق السوق الذي يشجّع على التنافسية داخل السوق عبر مساهمة الجميع، كل ذلك يتبعه اختلاف قائم ما بين تصوّرات، وآليات، ومؤسّسات، وتقنيات وأهداف كل منهما، يستدعي منا إجراء مقاربة متعدّدة الأوجه، لفكرة الضبط الاقتصادي ودوره الفعلي في إعداد القاعدة القانونية، من أجل ذلك نفضّل تقسيم الموضوع إلى نقطتين مهمّتين، فنبحث عن المقاربة المؤسساتية

الملاءمة لسلطات الضبط الاقتصادي (I) ثم عن المقاربة الجدية التي جاءت بها فكرة السوق، لتزاحم بها منطق الدولة في انتاج القاعدة القانونية(II).

I- دور سلطات الضبط الاقتصادي في انشاء القاعدة القانونية: مقاربة مؤسّساتية هجينة

يصدر القانون طبقا للتصوّر اللاتيني، عن سلطة مؤهّلة تنشؤها الدولة، تسمى بالسلطة التشريعية، فكان لا يتصوّر أن يصدر قانونا من غير تلك السلطة، حفاظا على طابع السيادي للدولة، ولكن قد أعيد النظر في هذه السلطة، بحيث باتت عاجزة عن إنتاج قواعد قانونية ترقى لمهمة الضبط الاقتصادي، تساير بها متطلّبات السوق (أولا)، ولهذا تم إنشاء سلطة حيادية جديدة، تتّصف بالحياد المطلوب الذي يبعدها عن سلطة الدولة، والتخصّص الكافي الذي يقرّبها من ضمان المنافسة العادلة داخل الأسواق، إلاّ أنّ هذه هي الأخرى لم تغيّر جذريا الطابع السيادي في انتاج القاعدة القانونية(ثانيا).

أولا: ضعف وظيفة السلطة التشريعية في مجال السوق:

تقوم أغلب دول العالم في النظام الديمقراطي من الناحية المؤسساتية على سلطات ثلاث، وهي السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية و السلطة القضائية، ولكل سلطة مهامها ووظائفها، وهي كل متكامل داخل مؤسسات الدولة، و هذا ما يسمح لها بممارسة سيادتها على أوجه عديدة[14]، منها السيادة القضائية[15] ،وأيضا التنفيذية [16]،وكذا التشريعية ،ولعلّ أهمها هذه الأخيرة التي تسمح للدولة بإصدار قوانين تعبّر عن إرادتها وإرادة شعبها[17]، وعليه التساؤل، هل بقيت الدولة تصدر القوانين بناءا عن إرادتها وسيادتها؟ وهل مازالت السلطة التشريعية قادرة على إنتاج القانون ؟

فإذا نظرنا من الناحية الإيديولوجية، لم يبق الحديث اليوم عن مفهوم الدولة الرفاهية أو الدولة المتدخّلة، بل حلّت محلّها الدولة الضابطة لضمان التوازن في السوق، و أبانت من جهة أخرى عن ضعف المؤسّسة التشريعية في إصدار القوانين، وهنا وقعت الدولة أمام عدة خيارات، منها ضرورة ضبط السوق لبعث المنافسة، و بالتالي التخلّي عن فكرة الاحتكار للمرافق العمومية و فتح المنافسة، وحتمية إصدار قوانين ترعى الحاجيات الجديدة، وهذا ما فسّره الفقه، بضعف إرادة الدولة في إنتاج القوانين، الذي شكّل أهم ثورة أصابت القانون ،في مواجهة متطلّبات السوق[18] ،التي تفضّل التعاون ما بين القوى الاقتصادية للمؤسسات [19] ،عكس المنطق الاحتكاري الذي كان سائدا في مفهوم الدولة الكلاسيكية، وعليه فالنظرة الإيديولوجية هي تحدّ لمنطق الدولة .

أمّا إذا نظرنا من ناحية فعالية الإجراءات الملازمة لصدور القانون، نرى بأنّ السلطة التشريعية، لديها مجال محدّد في الدستور ، ولا يمكنها أن تشرّع خارج ذلك المجال[20]، كما أنّها محاطة بإجراءات طويلة لصدور القانون، و كيفية التصويت عليه، ومن ثم نفاذه[21] ، وهذا الأمر لا ينسجم مع ما تقتضيه مهمة ضبط السوق، وفي نفس الوقت يدعو لإنشاء هيئات جديدة تتكيّف بصورة دائمة مع وضعيات السوق.[22]

ثانيا: ظهور سلطات الضبط الاقتصادي: محاولة إعادة النظر في آليات تكوين القانون

نظرا لضعف المؤسسة التشريعية على مواكبة متطلّبات السوق التي تتطلّب الحرية أكثر، فإنّ المشرع الجزائري على غرار الكثير من الدول، قد انحرف عن تقاليده الكلاسيكية المؤسساتية، من خلال إنشاء سلطات إدارية مستقلة[23]، ترعى مهمة ضبط السوق، وهذا بناءا على حتمية، فرضتها وظيفة الضبط الاقتصادي[24]، بما تملكه من آليات جديدة للتدخّل، وترتكز على الإقناع و الدعوة، بدل الإكراه والإلزام[25] كما كرّسه الدستور الجزائري لسنة 2016، الذي شهد تحوّلا معياريا مهمّا عبر دسترة مهمة الضبط كوظيفة دستورية[26]، وكان قد سبقه التشريع في ذلك[27]، إلا أنّ ذلك الطموح و رغم توجّهاته الجديدة ، دائما ما يصطدم بنفوذ مؤسّسات الدولة في إنشاء القانون، ممّا جعل تلك السلطات عبارة عن فئة قانونية غير متكاملة البناء، نظرا من جهة لتباين صلاحياتها **(1)** ومن جهة أخرى استقلاليتها النسبية، التي تبقي دائما على سلطة الدولة**(2)**.

1/ الصلاحيات المتبايّنة لهيئات الضبط الاقتصادي: فراغ تملؤه سلطة الدولة

تبحث جميع سلطات الضبط الاقتصادي عن الفعالية في ضبط السوق، عبر مقاربة توحيدية في الصلاحيات، تختلف عن المقاربة الكلاسيكية القائمة على مبدأ الفصل ما بين السلطات، لأنّها تمارس صلاحيات تنظيمية باعتبارها مصدرا للقاعدة القانونية، عبر التوصيات و التعليمات التي تصدرها[28]، وسلطة اتخاذ قرارات فردية، كسلطة اصدار اعتماد أو رخصة من أجل دخول السوق، أو ما يعرف بالرّقابة السابقة[29]، كما تتجسّد فعالية عمل هذه الهيئات المستقلة، من خلال المشاركة الجماعية للفاعلين في السوق في وظيفتها[30]، وبالتالي البحث عن المرونة القانونية، عبر التسريع في صناعة القانون بعيدا عن المراحل المعقّدة و الطويلة[31]، وهذا ما فسّره بعض الفقه، بأنّها إيديولوجية جديدة، جاءت لتدعيم نموذج الدولة والتيكنوقراطية[32]، لأنّ وظيفة الضبط عبر هذه الهيئات لا يمكن أن تتحقّق عبر تشتيت الصلاحيات، بل يتحقّق الهدف من خلال تجميع تلك الصلاحيات لدى الهيئات، لكي تشرع وتنفّذ وتعاقب، على إثر ذلك تغيّر منطق السيادة إلى ضرورة التنازل عنها نسبيا، فرأت في هذا الشأن الأستاذة ماريان فريسو روش[33]، بأنّ هناك تصميم جديد للسلطة كبديل عن السيادة، انطلاقا من الهرم القانوني، حين تمارس السلطة من الأعلى إلى الأسفل، وبذلك تتحرّك الجهة الأولى على أساس السيادة، لكن نجد أنّ السلطة أصبحت في قلب الأداء السليم للقطاعات الخاضعة للضبط، مما سمح للفاعلين بالإفلات من تلك القاعدة، و أفقد القاعدة التي تسمح للسلطة بتولي زمام الحكم على أصحاب المصلحة، وجعلها أقل أهمية، وبالتالي تسبّبت العولمة في تقليص ذراع السلطة، ولم يعد بوسع المشرع التحدّث عن منطق السيادة، وعليه فالمسألة أضحت تتعلّق بتقسيم السلطة بين مساحات قانونية مختلفة، لأنّ ديمومة السيادة ترتبط بالقدرة على صناعة القواعد القانونية.[34]

غير أنّه لا تتمتّع كل السلطات بنفس الصلاحيات وعلى درجة واحدة، فبعضها تتمتّع بصلاحيات

تنظيمية، يسمح لها بإصدار قواعد في مجال اختصاصها بعيدا عن الوصاية أو التبعية للسلطة التنفيذية، كما هو الحال بالنسبة لمجلس النقد والقرض، أو حتى سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية، التي لديها سلطة إصدار قواعد تساهم بها في إثراء السياسة التنافسية داخل السوق، وأخرى بصلاحيات قضائية، ما يجعلها تشكّل سلطة قضائية في مجال قطاعها، وذلك بالنظر للمعيار الوظيفي المتعلّق بطبيعة اختصاصها، على غرار الفصل في النزاعات القائمة بين المتعاملين في السوق في مجال الاتصالات[35]، والكهرباء[36]، ويدعّم هذا الاختصاص بمعيار عضوي، عبر وجود قضاة ضمن تشكيلات تلك السلطات.[37]

بالنتيجة يظهر، أن لسلطات الضبط طبيعة هجينة تجعل منها استثناءا لمبدأ الفصل بين السلطات، خاصة أن بعض هذه السلطات يجمع ما بين الطابعين القضائي و الإداري كاللجنة المصرفية و مجلس المنافسة، و هذا ما يفقدها التجانس كفئة قانونية موحّدة[38]، و بالتالي فالقول بفكرة الاختصاصات المتباينة، يشير بصورة غير مباشرة، إلى بقاء عمل سلطات الدولة في المجالات التي تغيب فيها صلاحيات سلطات الضبط.

2/ سلطات الضبط الاقتصادي: تفويض مؤسّساتي نسبي

يضاف إلى تلك الصلاحيات المتباينة لسلطات الضبط الاقتصادي، مسألة استقلاليتها غير الكافية، فمن حيث الاستقلالية المؤسّساتية، يظهر بأنّ هناك استقلالية نسبية وغير فعلية، بالرغم من اعتراف المشرّع في الكثير من النصوص بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، لكن إذا نظرنا إليها في حقيقة الأمر، لوجدنا أنّ جل الأعضاء الذين يشكّلون سلطات الضبط هم من السلطة التنفيذية، عبر تواجد تلك السلطة في بعض السلطات المستقلة، من خلال تركيبتها البشرية، أو بطريقة غير مباشرة، عبر هيكلة سلطات الضبط، من خلال وجود الأمين العام و المقرّرون لدى مجلس المنافسة[39]، والمجلس الاستشاري لدى لجنة ضبط الغاز والكهرباء[40]، أو من خلال التمثيل الوزاري المباشر داخل سلطات الضبط، كمجلس المنافسة الذي ينصّ على تعيين الوزير المكلّف بالتجارة ممثلا له، و ممثّلا إضافيا لدى مجلس المنافسة[41]، يضاف إلى ذلك ارتباط التمويل المالي بميزانية الدولة[42]، وضرورة تقديم تقارير سنوية، تتضمّن حصيلة نشاطها[43]، وهذا ما يفسّر عدم فعلية الارادة السياسية من أجل تجسيد هذا التوجّه الليبرالي الجديد، القائم على تقليص مهام السلطة الإدارية التقليدية.[44]

أمّا من حيث الاستقلالية في التعيين، فالأمر لا يزال محتكرا من قبل السلطة التنفيذية، التي تملك سلطة تعيين أعضاء هيئات الضبط الاقتصادي، بمقتضى مراسيم رئاسية صادرة عن رئيس الجمهورية[45]، بالإضافة إلى ذلك اشراك البرلمانيين في عملية اختيار بعض أعضاء من سلطات الضبط[46]، ولا شك أنّ هذا لا يساعد في ضمان مبدأ الحياد و الاستقلالية، ولا يساعد في تجسيد الوظيفة الإنشائية للقانون من قبل سلطات الضبط.

لعلّ هذا ما يفسّر، بأنّ السلطات الإدارية المستقلة ليست سلطات متجانسة، وليس لها نظاما

نموذجيا لا في تشكيلتها ولا في تعيينها، وبالتالي فالاستقلالية تختلف ما بين الهيئات وليست بنفس الدرجة[47]، ولذلك ينظر إليها بصورة سلبية، خاصة من جانب الموظفين والوزراء، بداعي سلبهم بعض السلطات ومنحها لسلطات مستقلة[48]، وهذا ما يجعلنا نشكّك في قدرة سلطات الضبط على إنتاج القواعد بكل حرية واحترافية بعيدا عن تأثير سلطات الدولة التقليدية، وبالتالي تشكيل مصادر خاصة لإنتاج القانون بعيدا عن النظرية الكلاسيكية في مصادر القانون اللصيقة بفكرة سيادة الدولة.

II/ السوق فاعل مهم في تكوين القاعدة القانونية: مقاربة واقعية غير كافية

لا يخفى بأنّ وظيفة سلطات الضبط الاقتصادي جاءت لمهمة ضبط السوق، من خلال الاهتمام بالحاجيات المستجدة داخل المجتمع، و ذلك بأنجع الوسائل الممكنة(أولا) غير أنّ ذلك لا يكفي ليؤثّر على سيادة القرار، بل دائما ما كانت الدولة بالمرصاد من خلال تدخّلها الدائم في مختلف سلطات الضبط (ثانيا) فضلا على أنّ قانون الضبط الاقتصادي لا يعدو إلاّ أن يكون مصدرا خاصا بالسوق، ولا ينصرف مجاله للجميع (ثالثا).

أولا: الضبط الاقتصادي مصدر لاهتمامات جديدة للقانون: استجابة فعلية

تستجيب مختلف سلطات الضبط الاقتصادي، لأغلب التحدّيات الاقتصادية والاجتماعية المطروحة في المجتمع، نظرا لاهتمامها بمجالات تقنية مستحدثة، فتبادر إلى تنظيمها وفق شروط المنافسة الفعلية(**1**) يساعدها في ذلك مؤهّلات بشرية مختصة في تلك المجالات الحساسة(**2**).

1/ الطابع التقني لقانون الضبط الاقتصادي: مهمّة حصرية

لقد أصبحت مضامين مختلف القوانين التي تشكّل منظومة الضبط الاقتصادي، ذو محتوى تقني واقتصادي في آن واحد، و لعلّ هذا كان أهم دافع في اعادة النظر في مصادر القانون من خلال شكلها وصياغتها وإجراءات صدورها و تكوينها، وهذا بعد أن كان القانون يسعى الى غايات تقليدية، خاصة في النظام القانوني اللاتيني، منها البحث عن العدالة و الحرية و المساواة، لكن في الوقت الحالي وجدت ضمانات جديدة، منها النظام العام الاقتصادي، البيئة، الاستهلاك و المنافسة، الحقوق الأساسية، والأمن القانوني، كما برّر هذا المضمون الجديد للقانون، من خلال فقدان السلطة السياسية مشروعية تدخّلها في بعض القطاعات الحساسة، كالمعلوماتية ، التكنولوجيا، الرقمنة، ولو جزئيا[49]، بحكم طبيعة العلوم القانونية المتغيرّة والمواكبة[50]، وهذا راجع في نظرنا، لفقدان الثّقة في مؤسّسات الدولة الكلاسيكية، لوضع بعض القواعد القانونية بصورة فعّالة، مما استدعى البحث عن الكفاءة المناسبة.

2/ إعادة النظر في شخصية المكلّفين بإعداد القانون: خطوة إيجابية

يكتمل المظهر السيادي للدولة في المجال التشريعي، عبر تكوين محتوى القانون من ممثلي الشعب في البرلمان، لكن حاليا أصبحت الكفاءة شرطا أساسيا في تكوينه، من خلال القواعد الناتجة عن سلطات الضبط الاقتصادي، التي تصدر عن إرادة الفاعلين في السوق، وهذا لعدم تناسب الطابع الكلاسيكي في تكوين القانون مع مـــهام الضبط الاقتصادي(أ) ومن جهة أخرى توافــقها مع المنطق المــهني في تكوين

القاعدة القانونية **(ب)** .

أ- التخلي عن الانتماء السياسي المطلق:

طبقا لوظائف السلطة التشريعية، فإنّ القانون يصدر عن هيأتها، و عبر مشاركة ممثلي الشعب في البرلمان في تكوينه، بينما يصدر التنظيم عن الحكومة[51]، كما أن تطبيق القانون يبقى رهين صدور المراسيم التنفيذية من جانب الحكومة، بحكم أن القانون يحدّد الخطوط العريضة، بينما الحكومة تحدّد تفاصيله، وهذا ما يؤدي إلى عدم فعالية النص القانوني، في مواجهة متطلّبات السوق، من أجل الاستجابة لها بصورة فعّالة، و إيجاد الحلول بصورة سريعة[52]، وبالتالي أصبحت الطريقة التقليدية في اصدار القرارات الإدارية الانفرادية لا تلبي الحاجيات التنظيمية في المجالات التقنية والمعقّدة.[53]

من جهة أخرى، إذا نظرنا إلى الإنتماءات المختلفة (سياسية، اقتصادية، علمية) لنواب الشعب في البرلمان، لوجدنا بالدرجة الأولى ذو انتماء سياسي لا نقاش فيه[54]، وقد رأى البعض، بأنّ القانون هو تعبير عن إرادة الأغلبية البرلمانية، و ليس عن إرادة الأمة، بحكم تدخّل الحكومة، والخلفيات السياسية للنواب فيه ، كما أنّ البرلماني يفتقد للكفاءة والتخصّص في المجالات الحسّاسة والتقنية[55]، وبذلك دخل القانون في أزمة من حيث ممثليه، ولذلك فضّل الضبط الاقتصادي مقاربة تشاركية تخصّصية في تكوين القانون.

ب- التعويل على التكوين المهني الفعلي:

انتهج الضبط الاقتصادي سياسة تشريعية جديدة، مغايرة للمنطق الكلاسيكي في تكوين القانون، بإقصاء الطابع الانفرادي للدولة من جهة، و من جهة أخرى استبدل الانتماء السياسي للأشخاص، بالتكوين المهني للأشخاص المكلّفين بإعداد القاعدة القانونية، و هذا مبرهن عليه من خلال الكفاءات المختلفة لأعضاء السلطات الادارية المستقلة، التي تضمّ مجموعة من المختصين و الخبراء[56]، الذي من شأنه أن يزيد من فعالية عمل هذه الهيئات، و يجعلها تعطي حلولا مناسبة و فعّالة، تستجيب لانشغالات المتعاملين و المستهلكين على حد سواء[57]، و هنا صارت أغلب المصادر المادية نجدها لدى الخبراء و المختصين، و صار القانون يتشكّل من ممارسات شعبية تنتج من الأسفل، بعد أن كان من الأعلى.[58]

أما إذا نظرنا للميزة التشاركية التي أتت بها السلطات الادارية المستقلة، فهي تخصّ التشكيلة الجماعية لتلك السلطات، بما يجعلها بعيدة عن سياسة الضغط الممارسة من قبل السلطة التنفيذية[59]، لأن الجماعية تظهر التعدّد في اقتراح القواعد، وكثرة وجهات النظر واختلافها، وبالتالي فالتوصّل إلى نتيجة، غالبا ما يكون عبر توافق و مناقشة ثريّة ما بين الأعضاء[60]، وهذا بعد أن كان تأسيس القانون، على أن الدولة هي مصدره الحصري الوحيد، بحيث كان النظام القانوني واحد، ومعاييره القانونية متجانسة، لكن تغيّر الأمر حين صار منشأ القانون متعدّدا، بحيث صارت هناك عولمة قانونية[61]، تساهم في تقريب الدولة من المواطنين، وتقوي الرابط ما بين المجتمع وبين الدولة[62]، وهذه هي المقاربة التعددية الجديدة للقانون.[63]

ثانيا: سلطات الضبط الاقتصادي في مواجهة الطابع السيادي للدولة: صراع دائم

طبقا للدستور فإنّ كل مؤسسات الدولة الثلاث(التشريعية، التنفيذية، القضائية) لها سند دستوري ينشئها و يحدّد وظائفها، من أجل اضفاء الشرعية على عملها، إلاّ أّن هذا الأمر لا يظهر على عمل السلطات الادارية المستقلة، لأنّها دائما تبقى تابعة لسلطة الدولة، لضعف القرارات الصادرة عن هيئات الضبط (3) كما أنّها أحيانا تتقاسم سلطاتها مع السلطة التنفيذية(2) وفي بعض الأحوال تحدّ منها(3) .

1- تقنيات قانونية مرنة في مواجهة خلفية سيادية صارمة:

استقر لدى الفكر القانوني، على أنّ أهم مصادر القانون الشكلية والرسمية هو التشريع، وتفضّل الكثير من الدول تلك الصياغة اللاتينية للقواعد القانونية[64]، لكن حاليا هناك معايير أكثر تنوّعا، جاءت بها السلطات الادارية المستقلة، من خلال التوصيات أو الاقتراحات[65]، والآراء[66]، والتقارير السنوية[67]، شكلّت في نظر الفقه منظرا جديدا للقانون[68]، كما أنّها تصدر في بعض الأحوال عن أشخاص غير مؤهلين[69]، كالشركات التي تعبّر عن رأيها، أو المخاطبين بالقاعدة القانونية[70]، وهذا ما يدلّ على تطوّر عملية إعداد القواعد القانونية، عبر ممارسة هيئات الضبط الاقتصادي لسلطاتها التنظيمية[71]، مما أظهر تداخل ما بين القواعد، عبر استعمال العقد لأجل ضبط السوق[72]، وأخيرا التمازج ما بين المصادر، عبر هذه القواعد التي لا هي صادرة عن البرلمان ولا عن الحكومة، و بالتالي خلقت ازدواجية في القواعد وتشعّب في مصادر قانون السوق[73]، من خلال سلطاتها المختلفة، سواء في حل النزاعات[74]، أو في تفسير النص الصادر عن هيآتها[75]، وهذا ما يجعلها تحتاج إلى قواعد مرنة تتكيّف وتتغيّر باستمرار مراعاة لوضعية السوق.[76]

على صعيد آخر، فإنّ التصوّر الأنجلوسكسوني قد استبعد منطق خضوع المحكوم للحاكم، ذاك ما نشهده في العديد من القوانين، كقانون البريد و الاتصالات الالكترونية، الذي لا يصدر مباشرة من إرادة الدولة بل يخضع لعملية تفاوض وتشاور مع الفاعلين في ذلك القطاع، و هذا ما يجعله قانونا نسبيا لا مطلقا[77]، نظرا للمواضيع التقنية التي تعالجها تلك القوانين، والتي تفرض على الدولة قبول منطق التفاوض حول القاعدة القانونية قبل صدورها[78]، سواء لمشاريع النصوص التشريعية أم التنظيمية[79]،وعليه صار التفاوض بدل الخضوع ميزة القانون الحديث، عبر الحوار ما بين الحكومة والمحكومين[80]، لأنّ مهمة الضبط تتطلّب السماع لآراء الخبراء في ذلك القطاع[81]، مما ساهم في تطوّر التقنية القانونية وتحويل مصدر قوة القاعدة القانونية، من كونها قاعدة ملزمة إلى ضرورة توافر التوافق[82]، وهذا هو المظهر الايجابي للنظام الأنجلوسكسوني.

غير أنّ البحث في القوّة الالزامية لبعض القواعد الصادرة عن سلطات الضبط، نجدها تصطدم بسلطة الدولة في اتخاذ القرار النهائي، لكون معظم التقنيات الصادرة عنها تخصّ المسائل التقنية، أو أنّ هذه الاستشارات ليست بالإلزامية، سواء في طلبها أو بالأخذ بها من قبل السلطة التنفيذية.[83]

2- تقاسم سلطة اتّخاذ القرار:

نظرا لكون السلطات الإدارية المستقلة تستمد شرعيتها، من قوّة التوجيهات والتوصيات الصادرة عن هيآتها، والتي تأتي بناءا على طول عملية التشاور ما بين الفعلين والمسؤولين حول تلك المواضيع المتعلقة بالقطاع[84]، و من ثمة فضمان شرعية سلطات الضبط، صارت تمر عبر الاستقلالية وأيضا الخبرة، بحكم الطابع التخصّصي الذي جاءت به سلطات الضبط، و ما يجعل شرعيتها مرتبطة بالاعتراف بالمؤهّلات والكفاءات التقنية، وليس بالمحامين والقضاة والإداريين، والموظفين.[85]

لكن ذلك، لا يخفي التبعية المفروضة عليها من قبل الدولة، التي تأتي من التدخّل المفروض من جانبها، نتيجة عدم تمتّع لكل سلطات الضبط الاقتصادي بالسلطة التنظيمية، وعليه تعود سلطة اتخاذ القرار في المجالات التي لم يعترف لها المشرّع بالاختصاص التنظيمي، للسلطة التنفيذية، وهذا مؤكّد من خلال عدة سلطات، فتؤول سلطة منح الاعتماد لممارسة نشاط التأمين سواء لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين للوزير المكلّف بالمالية[86]، وليس للجنة الإشراف على التأمينات[87]، مع أنّها السلطة الأقرب لتقدير مدى جاهزية الشخص للدخول للسوق، وهنا يظهر بقاء المظهر السيادي للدولة من خلال الإبقاء على دور السلطة التنفيذية في مراقبة الدخول المسبق للأسواق في شكل منح اعتماد أو رخصة[88]، كما لا يقتصر على سلطة اتخاذ القرار للدخول للسوق بحكم الرقابة السابقة، بل يظهر أيضا دور السلطة التنفيذية، والتي تتقاسمه مع سلطة الضبط، من خلال سلطة توقيع العقاب، وهذا ما يظهر من تقاسم لجنة الإشراف على التأمينات مع الوزير المكلّف بالمالية هذه السلطة.[89]

في هذا الشأن يلاحظ بأنّ السلطات الادارية المستقلة، تمثّل مقاربة تعدّد مراكز القرار والمسؤولية، التي لا تنحصر في يد الدولة وفقط، بل تتعداها إلى هذه الهيئات المستقلة، وعليه فإذا كانت علاقة هيئات الضبط بالمشرع هي علاقة وجود، فإنّ علاقتها مع الحكومة هي علاقة تعايش[90]، لذلك فإنشاء القاعدة القانونية بعدما كان في يد البرلمان، صار في يد سلطات الضبط، أما فيما يخصّ تنفيذ القانون فالأمر يبقى نسبيا، بحكم بقاء مركز القرار في الكثير من الأوضاع في يد الدولة، وهنا يكمن التعايش أو ربّما التنافس مستقبلا.

3- الحد من سلطة اتخاذ القرار:

تتقلّص مظاهر سلطة اتّخاذ القرار من جانب سلطات الضبط، من خلال حدّ السلطة التنفيذية من قرارتها و أنظمتها، عبر إلزامية المرور عليها لدخولها حيز التطبيق، فنرى مثلا أنّ قانون النقد والقرض يمنح لمجلسه بعض السلطات التنظيمية، لكن من جهة أخرى يحدّ من سلطته، لكون الأنظمة الصادرة عن المجلس تخضع لإجراء رقابة مسبقة من قبل وزير المالية، بحيث ترسل بعد يومين من مصادقتها من طرف المجلس إلى وزير المالية والذي له 10 أيام من أجل طلب تعديلها[91]، الأمر نفسه يظهر في قطاع الاتصالات الإلكترونية.[92]

من جهة أخرى، تأخذ سلطة الحدّ من القرار الصادر عن سلطات الضبط مظهرا آخر، من خلال

إلزامية المصادقة على القرارات و الأنظمة، وهذا عكس القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية التي تدخل حيّز التطبيق من خلال الموافقة والمصادقة عليها من قبل الوزير الأول، ونشرها في الجريدة الرسمية[93]، بينما الأنظمة الصادرة عن سلطات الضبط فتختلف قوتّها الإلزامية من سلطة لأخرى، فالأنظمة الصادرة عن مجلس النقد و القرض غير مقيّدة بإجراء التصديق عليها من قبل الوزير المكلّف بالمالية[94]، ويبقى رأي الوزير مجرّد رأي استشاري لا يتضمّن الالزام، لكن بخصوص الأنظمة الصادرة عن لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها فهي تخضع للموافقة عن طريق التنظيم، و تنشر في الجريدة الرسمية، بعد الموافقة عليها من قبل وزير المالية. [95]

كما يزداد الأمر وضوحا، حول مظاهر الحد من سلطة اتّخاذ القرار، من خلال استبعاد قراراتها و إلغائها، و حلول قرار السلطة التنفيذية محلها، في حالة صدور قرار عن مجلس المنافسة يقضي برفض الترخيص لعملية التجميع، بحيث أنّ المجلس بعد أخذه رأي كل من الوزير المكلّف بالتجارة و الوزير المكلّف بالقطاع المعني بالتجميع، يصدر مقرّر مسبّب يتضمّن إمّا الترخيص بالتجميع لعدم اضراره بالمنافسة و السوق، كما يمكن للمجلس أن يرفض منح الترخيص إذا كان من شأنه المساس بالمنافسة مثلا، لكن يمكن للسلطة التنفيذية أن تعدّل قرار المجلس الذي رفض الترخيص[96]، و هذا يدّل في نظرنا على أن سلطة اتّخاذ القرار دائما تبقى للسلطة، و بالتالي لا تزال فكرة السيادة الممركزة، و لعلّ هذا ما يظهر تقليلا من قيمة مجلس المنافسة، و ابقاءا لاستقلاليته النسبية.

ثالثا: قانون الضبط الاقتصادي: مصدر خاص لا غير

ينصرف مجال قانون الضبط الاقتصادي إلى ضبط أوضاع السوق وفقط، بما يجعل منه مصدر خاص به(1) ولعلّ ما يزيد من ضيق مجال هذا القانون، هو التوجيهات التي يتلقاها من قبل المشرع من أجل تنفيذ السياسة العامة التنافسية(2).

1- قانون الضبط الاقتصادي: مجال حصري للسوق

تأثّر القانون الجزائري كأصل عام بالقانون الفرنسي، فأخذ منه التصوّرات و القواعد، و لعلّ أهمها مصادر القانون، في مصدرها الشكلي و الرسمي، وهو التشريع، الذي يجب أن يصدر في شكل تقنين، وهذا بفعل تأثّر معظم الدول بظاهرة الاستعمار عبر امتداد أنظمتها القانونية، خاصة القانون الروماني[97]، لكن بصدد تكرسيه لفكرة الضبط الاقتصادي فقد فضّل الانحراف عن أصوله، بفعل أنّ هذه المنظومة متأتّية من الشريعة الأنجلوسكسونية ، التي تفضّل القوانين غير المكتوبة، لمرونتها، و سهولة تعديلها وتكيّفها مع الواقع[98]، لأنّه من المعلوم على خصائص القاعدة القانونية بصورة عامة، أنّها قواعد ذات تطبيق عام و مجرد ينصرف إلى مجموع أفراد المجتمع، ولا تخصّ شخصا بعينه و لا فرد بذاته[99]، لكن الأمر غير ذلك بصدد مصادر قانون الضبط الاقتصادي، التي تعدّ مصادر خاصة، وهذا بحكم عدة مبرّرات، فمن حيث الخلفيات، يرجع ذلك الى تأثير منطق التحليل الاقتصادي للقانون، الذي يستند الى مقاربة منتظمة، عبر البحث عن فعالية القواعد، لأنها تسمح بقياس الأثر الاقتصادي للقواعد ، وذلك

بالنظر إلى الغايات والأهداف[100]، فالبحث القانوني في القرن العشرين طوّر موضوع الفعالية، وفعلية القاعدة القانونية[101]، وليس فقط تطبيق القاعدة القانونية بصورة عامة ومجرّدة، بل البحث عن إيجابياتها[102]، لكون التصوّر الأنجلوسكسوني له القدرة على البحث عن الفعالية، التي تزامنت مع ظهور تفكير قانوني ذي صلة مع الاكتشاف التقني، وبالتالي صار مرجعا للدول، بما أنّه لا يصطدم بأي معوّقات من تاريخه، من شأنها أن تمنعه من التكيّف السريع مع المعطيات المستجدة، الأمر الذي ساعد في سموه على المستوى العالمي[103]، وسهّل عملية انتقاله من بلد لآخر.[104]

أمّا من حيث خصائص القاعدة القانونية، فيلاحظ حاليا اختفاء تدريجي لصفتي العمومية و التجريد في النص التشريعي، بسبب تطوّر وتعقّد الحياة الاجتماعية، بحيث صار الميل أكثر لقوانين خاصة تتعلّق بفئة محدّدة من الأشخاص[105]، و صارت هناك قوى جديدة منشأة للقانون، من خلال المصادر الشكلية ، و الانتقال من عموميتها إلى خوصصتها، عبر ظاهرة خوصصة القانون[106]، وهذا حال المصادر الخاصة لقانون السوق، الذي صار يملك مصدرين، مصادر مشتركة، وأخرى خاصة[107]، التي تعدّ مصادر غير رسمية في اللغة القانونية الحديثة، تعاكس تماما قواعد القانون الوضعي، من خلال التجريد، العمومية، الديمومة، والالزامية[108]، كما هو الحال لمجلس المنافسة، وكل سلطات الضبط القطاعي التي تلعب دورا أصليا في تكوين مصادر قانون السوق، كل بحسب قطاعه، مثلا السوق المالية (مجلس النقد و القرض، لجنة تنظيم عمليات البورصة) أو السوق المتعلّقة بالاتصالات(سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية) أو السوق المتعلّقة بحماية الحقوق الأساسية(السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي)، و أيضا تحدّد تلك القواعد الأّشخاص الموجّة إليهم تلك القواعد ، بحيث أنّها قواعد متعلّقة بالقطاع و فقط، و هذا ما يجعل منها مصادر خاصة و فقط، لا تنصرف مجالها لجميع أفراد المجتمع، بالإضافة على ذلك تلقى مزاحمة دائمة من قبل سلطات الدولة في انشاء قاعدتها الموجّهة للسوق، وهذا ما يمثّل تغيّر وتحوّل حقيقي في مصادر القانون، بينما برّرها بعض الفقه، بأنّها تشكّل أزمة القانون الحديث، أوّلها و قبل كل شيء هي أزمة برهان، أو منطق القانون، حين فقد مميّزاته، التناسق ، العمومية ، الاستقرار والثبات، وصار ينتج عبر مبادرات متعدّدة[109]، لذلك نقول بأنّ قانون الضبط الاقتصادي هو صناعة أنجلوسكسونية، في مواجهة أصالة لاتينية.

2- قانون الضبط الاقتصادي: مجال موجّه من المشرّع

يظلّ قانون الضبط الاقتصادي مصدرا خاصا لمجال السوق، لكن مع ذلك لم يتخلّص من تبعية المشرع له، لأنّ تلك السلطات المستقلة أنشأت بمقتضى القانون، وتعمل وفق توجيهات المشرع، و تساهم في بناء وإثراء السياسة التشريعية، فتتقاسم معظم سلطات الضبط الاقتصادي مع سلطات الدولة، مهمة انتاج القواعد القانونية، وذلك في الحدود المسموح لها تشريعيا، و حسب مجال عملها، ولكن ينظر لهذا الأمر من عدة نواحي:

فمن جهة، يلاحـــظ معظم الفقه، أن لسلطات الضبط الاقتـصادي نوعين من القواعد، فهناك قواعد

معطاة من المشرع[110]، وأخرى مستمدة من سلطات الضبط نفسها[111]، فأولى القواعد تتعلّق بدرجة إلزاميتها سواء صدرت في شكل نصوص تشريعية أو في شكل نصوص تنظيمية، وهي تؤكّد أو تعدّل ما صدر عن سلطات الضبط، وأما ثاني القواعد فهي صادرة عن تلك الهيئات، من خلال القواعد التقنية المتعلّقة بالقطاع، كصدور قانون أو مرسوم تنفيذي يحدّد حجم استغلال كل متعامل للهاتف النقال مساحة جغرافية معيّنة، أو يتعلّق بتحديد النوعية اللازمة من أجل استغلال الشبكة المفتوحة على الجمهور[112]، وعليه فهذا القانون أو النص التنظيمي، قد جمع الشكل، وهو القانون أو التنظيم الصادر عن السلطة التنفيذية، والموضوع الذي يؤكّد محتوى الاستشارة أو الخبرة التي قدمتها سلطة الضبط.

من جهة أخرى، ترى الأستاذة **ماريان فريسو روش**[113]، بأنّ المشرع في إطار سلطات الضبط الاقتصادي يحتفظ بمكانه، مدافعا عن المصلحة العامة داخل القطاع و خارجه[114]، و يسهر على احترام الإتفاقيات الدولية في هذا الشأن[115]، بينما سلطة الضبط مسؤولة فقط على المصلحة الجماعية للقطاع، و بالتالي فسلطات الضبط هي شكل من أشكال الحياد، لكون الضبط القطاعي هو الأقرب للقطاع و أبعد عن المشرع، لكنّه يحرص دائما على الحد من تلك السلطات ، بحيث أن ممارسة تلك السلطة التنظيمية، وجب أن تكون امتثالا لأحكام قانون البريد والاتصالات، أو قانون النقد والقرض...الخ، و ذلك بما يتماشى مع السياسة العامة للدولة، و بالتالي تبقى هذه السلطات تمارس سلطاتها امتثالا للأحكام التشريعية و التنظيمية[116]، و عليه لا توجد استقلالية تامة و كاملة، و بمعنى آخر فمسألة ضمان التوازن في السوق وضمان فعاليتها أمر متروك لسطات الضبط، بينما وضعها في سياق المنافسة فيعود للمشرع.[117]

من أجل ذلك، فالفقه يرى بأن تطوّر تلك السلطات المستقلة أصبح يثري السياسة التشريعية، لكونها في تكييف دائم لقواعد السوق[118]، وهذا ما يضفي تعدّدية في المصادر، فأحيانا تبدو كمصادر تكميلية، وأحيانا كمنافسة للمصادر الصادرة عن الدولة[119]، وهذا ما يجعل الضبط مزيجا ما بين معيارية الدولة ومعيارية السوق.

نخلص من خلال هذا الأمر إلى عدة ملاحظات، **أولا:** أنّ قانون الضبط الاقتصادي لديه مصدر تاريخي يحمل طابعا خاصا في ابتكار القواعد القانونية لا يمكن رده الى التصوّر اللاتيني، **ثانيا:** أنّ الضبط الاقتصادي عبر استعماله للعقد، فهو تنظيم قانوني خاص يحكم الفاعلين أنفسهم بعيدا عن القانون بمفهومه العام والمجرّد، **ثالثا:** اذا نظرنا لمصادر القانون يمكن القول أنّنا نتّجه تدريجيا الى خصوصية المصادر، ولعلّ أهمّها العقد والضبط.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، تبيّن لنا أنّ الضبط الاقتصادي يعطي مقاربة جديدة لمصادر القانون، انطلاقا من أنّ الدولة كانت الفاعل الوحيد في انشائه، وكانت لا تقبل مشاركة أحد الهيئات في تكوينه، فأصبحت أمام حتمية تقبّل معطيات جديدة، فرضها منطق السوق عبر سلطات الضبط الاقتصادي، التي أعادت النظر في مركز الدولة ضمن تكوين القاعدة القانونية، حين صارت متطلّبات السوق هي المتحكّم

في تلك المصادر، ما جعلها تشكّل مصدرا خاصا وموازيا للمصادر الصادرة عن الدولة، لكن هذا الأمر بقي نسبيا بحكم بقاء سلطة الدولة ضمن سلطات الضبط الاقتصادي، وهذا عبر مختلف المقاربات التي أجريناها.

لذلك نعتقد، أنّ سيادة اتخاذ القرار، لا تزال تتمسّك به الدولة، باعتبارها الضامن الأوّل لحسن سير المرافق العامة والخدمة العمومية، وعليه فالأمر يتعلّق بتقليص الفكرة المطلقة والمرور إلى النسبية، لأنّه لا يمكن القول بأنّ السيادة قد سلبت من الدولة بعدما تحكمّت فيها بصورة مطلقة، بل نقول أنّ السيادة قد امتدت نسبيا إلى سلطات الضبط الاقتصادي، بعدما أثّبت منطق السوق وجوده قوة ضمن مصادر القانون.

كما لا حظنا من جهة أخرى، بأنّ الحديث عن مفهوم السيادة يكثر بقوّة في الأنظمة القانونية ذات التوجّه الليبرالي، و منها القانون الجزائري، و لأجل ذلك كان هناك نفور و عدم تجانس قانوني واضحا ما بين المؤسسات و الهيئات الكلاسيكية للدولة مع هيئات الضبط الاقتصادي، بفعل ضبط السوق الذي يستمد مصدره من النظام الأنجلوسكسوني، و هذا ما أدخل مفهوم السيادة في أزمة، نتيجة هذا التداخل فيما بين الأنظمة.

الهوامش:

1-(.... *القانون حقيقة نسبية لا حقيقة مطلقة. يعتبر القانون واقعا حضاريا لأن القواعد القانونية المنظّمة لسلوك الأفراد في المجتمع تحدّد على أساس الظواهر الدينية، و الاجتماعية، و الثقافية، و العلمية، و الأخلاقية، و التقنية، و الأدبية، و الفنية التي يتميّز و يختص بها كل المجتمع....)* علي فيلالي، مقدمة في القانون،ط.2، موفم للنشر،2010، ص 13.

2- و هذا طبقا لأحكام الدستور الجزائري، المعدّل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1422 الموافق 30سبتمبر سنة 2020، يتعلّق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر، ج.ر العدد 82، الذي أشار إلى تنظيم السلطات، من خلال ما ورد في الباب الثالث، الفصل الأول : رئيس الجمهورية، الفصل الثاني: الحكومة، الفصل الثالث: البرلمان، الفصل الرابع: القضاء، و جاءت المادة 16 لتشير لمبدإ الفصل ما بين السلطات (*تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي، و الفصل ما بين السلطات...)*

3- تأثّر القانون الجزائري كأصل عام بالقانون الفرنسي، خاصة مصادر القانون، في مصدرها الشكلي و الرسمي، و هو التشريع، كما جاء في المادة الأولى .مدني (*يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...).*

4-مثلما جاء في المادة 114 من الدستور *(يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، و هما المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة. كل غرفة من غرفتي البرلمان لها* ***السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه***).

5- *Philippe Malaurie, Patrick Morvan ,introduction au droit, 6édition, LGDJ,2016, p64.*

6-وليد بوجملين ، الضبط الاقتصادي في الجزائر، دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2017، ص 120.

J.Chevallier, Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques, in Marie-Anne Frison-Roche, Droit et économie de la régulation. 4,(P.F.N.S.P.), 2006,p 145.

7- راجع: **عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية**، دكتوراه ، جامعة الجزائر-1-،2004، ص314.

8 - راجع: **إلهام خرشي، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة**، دكتوراه ، جامعة سطيف -2-، 2015، ص 48 و ما يليها.

***M. Hervieu**, Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon- ASSAS(PARIS II), dalloz, 2012, p.35.*

9- ***Mustapha Mekki**, **Propos introductifs sur le droit souple**, Actes du colloque « Le droit souple » organisé par l'Association Henri Capitant , DALLOZ — 2009,p.03.*

***J. Chevallier**, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique. Revue du droit public et de la science politique, LGDJ, 1998,p.07.*

10 – راجع: إلهام خرشي، نفسه، ص 58، وليد بوجملين، المرجع السابق، ص 46 و ما يليها.

11-*Philippe Malaurie, Patrick Morvan,op.cit, p64.*

12- القانون المرن يحمل طابع أخلاقي و غائي، أو أداتي، لأن القانون المرن يحاور، يتكيف، يناقش، يتفاوض، و هذا ما يصدق على مختلف التوصيات و التعليمات و الآراء الصادرة عن مختلف هيئات الضبط الاقتصادي، التي هي من جهة صادرة بناءا على تفاوض، و من جهة أخرى لا تحمل أية قوة الزامية تلزم بها وجوبا سلطات الدولة، أنظر:

Mustapha Mekki,ibid, p 01 et 02.

13- راجع: **سليماني هندون، سلطات الضبط في الإدارة الجزائرية**، دكتوراه، جامعة الجزائر -1- ،2013، ص.39

14-تنص المادة 14 من الدستور(*تمارس سيادة الدولة على مجالها البري، و مجالها الجوي، و على مياهها...).*

15- كما جاء في المادة 163 من الدستور (*القضاء سلطة مستقلة. القاضي مستقل، لا يخضع إلا للقانون.)*

16-كما نصت على ذلك المادة 112 من الدستور (يمارس الوزير الأول أو رئيس الحكومة ....، الصلاحيات الآتية: 1- يوجّه و ينسّق و يراقب عمل الحكومة، 2- يوزّع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الأحكام الدستورية....).

17-مثلما جاء في نص المادة 13 من الدستور(*تستمد الدولة مشروعيتها **و سبب وجودها من إرادة الشعب...)**، و تنص أيضا المادة 117 من الدستور(يبقى البرلمان في إطار اختصاصاته الدستورية، **وفيّا لثقة الشعب و تطلعاته)**.*

18- Rémy Libchaber, Les transformations dans les sources du droit, Numéro spécial . Le changement du droit, Revue de droit d'Assas,n°10, février 2015.p09et14.

19- مثلما نصت المادة 15(*يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا: اندمجت مؤسّستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل...). من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424، الموافق ل: 19 جويلية 2003، ج.ر العدد .43*

20-أنظر المادة 139 من الدستور.

21- و هذا ما أشارت إليه المادة 04 مدني (تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها و في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة و يشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.)

22- **J.Chevallier**, Le modèle politique du contrat ,op.cit, 2006,p145.

23- أنشأ المشرع الجزائري العديد من السلطات الإدارية المستقلة، نذكر منها: **مجلس النقد و القرض ، اللجنة المصرفية**، أنشئت بموجب القانون 10/90 المؤرخ في 14 افريل، المتعلق بالنقد و القرض، ج.ر العدد 16، الملغى بموجب الأمر رقم 11/03،المؤرخ 27 جمادى الثانية 1424، الموافق 26 اوت 2003، ج.ر العدد 52، و المتمّم بالقانون رقم 17/ 10المؤرخ20 محرم1439 ، الموافق 11 اكتوبر 2017، ج.ر العدد، **و لجنة لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها**، بموجب المرسوم التشريعي رقم 10/93، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المؤرخ 02 ذي الحجة1413،الموافق 23 ماي 1993، ج.ر العدد 34، المعدّل و المتمّم بموجب الأمر رقم 10/96، المعدّل و المتمّم بموجب القانون رقم 04/03 المؤرخ في 16 ذي الحجة 1423، الموافق 17 فيفري 2003، ج.ر العدد 32،و **مجلس المنافسة**، الذي أنشئ بموجب الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، الموافق 25 جانفي 1995، ج.ر العدد 09، الملغى بموجب الأمر رقم 03/03،المعدل و المتمّم بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر العدد 36، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في05 رمضان 2010، الموافق 15 أوت 2010، ج.ر العدد 46، و سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، التي حلت محلها **سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية**، بموجب القانون رقم 04/18 ، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية، المؤرخ في 24 شعبان 1439، الموافق 10ماي 2018 ج.ر العدد 27، الذي ألغى القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 أوت 2003، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر العدد 48، و لجنة ضبط الكهرباء و الغاز، عبر القانون رقم 01/02 يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، المؤرخ في 22 ذي القعدة 1422، الموافق 5 فيفري 2002، ج.ر العدد 08، **و سلطة ضبط الصحافة المكتوبة و سلطة ضبط السمعي البصري**، من خلال القانون العضوي رقم 05/12 يتعلق بالاعلام، المؤرخ في 18 صفر 1433، الموافق 12 جانفي 2012 ، ج.ر العدد 02،و **لجنة الإشراف على التأمينات**، التي أنشئت بموجب المادة 209 من الأمر 07/95، المؤرخ في 23 شعبان 1415، الموافق 25 يناير 1995، ،المعدّل و المتمّم بواسطة القانون رقم 04/06 المؤرّخ في 21 محرم 1427، الموافق 20 فيفري 2006، ج.ر العدد 15، **السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي**، التي أنشئت بموجب القانون 07/18، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المؤرخ في 25 رمضان 1439، الموافق 10يونيو2018، ج.ر العدد11.

24-Rachid zouaimia, réflexions sur le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendentes, revue critique de droit et sciences politique,n°2,2011,p08.

25- إلهام خرشي، المرجع السابق، ص 239. وليد بوجملين ، المرجع السابق، ص12.

26 - هذا ما كانت تنص عليه المادة 43 من الدستور قبل إلغائها سنة 2020 *(...تكفل الدولة ضبط السوق، و يحمي القانون حقوق المستهلكين...)* و قد تم استبدالها بالمادة61 (حرية التجارة و الاستثمار و المقاولة مضمونة، و تمارس في إطار القانون.) و المادة 62 (تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين، بشكل يضمن لهم الأمن و السلامة و الصحة و حقوقهم الاقتصادية.)

27 – كما جاء في إطار الأمر رقم 03/03 في المادة 3 *(...–الضبط: كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن أي هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم و ضمان توازن قوى السوق، و حرية المنافسة، و رفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول اليها و سيرها المرن، و كذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها و ذلك طبقا لأحكام هذا الأمر).*

28 –***Mustapha Mekki***, op.cit,p14.

29– ***Rachid zouaimia***,op.cit.,p 09.

30– ***Anne–Sophie Barthez, Les avis et recommandation des autorités administratives Indépendantes,*** *Actes du colloque « Le droit souple » organisé par l'Association Henri Capitant ,DALLOZ — 2009,p60.*

31–**موساوي نبيل، حياد السلطات الإدارية المستقلة**، دكتوراه، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019، ص 06.

32– Rémy Libchaber, op.ci,p15.

33– « *... L'autorité doit donc prendre le relais de la force hiérarchique, l'autorité permettant à la règle d'impressionner les parties prenantes et de rendre moins indispensable* ***une puissance séculière dont la globalisation a grandement réduit le bras Le droit peut produire ce type d'autorité mais il n'en a pas le monopole et, même dans la perspective juridique****, ce n'est plus la même autorité que celle qui s'appuie sur la force hiérarchique, fût–elle la puissance légitime de la loi... » Marie–Anne Frison–Roche, op.cit, p 156 et 157.*

34– **رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري**، دكتوراه، جامعة الجزائر–1–كلية الحقوق، 2006، ص 227.

35– مثلما تنص المادة 13 *(....9– الفصل في النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين عندما يتعلق الأمر بالتوصيل البيني و النفاذ و تقاسم المنشآت و التجوال الوطني، 10– تسوية النزاعات التي تنشا بين المتعاملين و المشتركين..)* .

36– كما جاء في القانون رقم 01/02، من خلال المادة 133(*تؤسّس لدى لجنة الضبط مصلحة تدعى" غرفة التحكيم" تتولّى الفصل في الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين ، بناء على طلب أحد الأطراف ، باستثناء الخلافات المتعلقة بالحقوق و الواجبات التعاقدية).*

37–كما جاء في القانون رقم 07/18 و نصت عليه ،المادة 23 *(تتشكّل السلطة الوطنية من: –ثلاث (3) شخصيات، من بينهم الرئيس، يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص في مجال عمل السلطة الوطنية، – ثلاثة (3) قضاة ، يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء من بين قضاة المحكمة العليا و مجلس الدولة..).*

38– بوجملين وليد ، المرجع السابق، ص72 و 73.

39– أنظر المادة 26 (*يعّين لدى مجلس المنافسة أمين عام و مقرر عام و خمسة (5) مقررين، بموجب مرسوم رئاسي).*

40 – مثلما ورد في القانون رقم 01/02 بموجب المادة 125(*تؤسّس لدى لجنة الضبط هيئة استشارية تدعى" المجلس الاستشاري". يتشكّل المجلس الاستشاري من ممثلين (2) من الدوائر الوزارية المعنية و من جميع الأطراف المعنية (المتعاملون و المستهلكون و العمال)، و ينتدب كل طرف من يمثله...)*

41– حسب ما جاء في المادة 26 الفقرة 3 من الأمر رقم 03/03.

42– أنظر على سبيل المثال: – في **ميزانية سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية**، حيث تنص المادة 28 من القانون رقم 04/18 *(تشمل موارد سلطة الضبط ما يأتي:....علاوة على ذلك ، و بمناسبة إعداد مشروع قانون المالية لكل سنة ، تقيّد عند الحاجة، الاعتمادات الاضافية و الضرورية سلطة الضبط لتمكينها من أداء مهامها، في الميزانية العامة للدولة وفق الاجراءات المعمول بها...)، أو في ميزانية* ***لجنة الاشراف على التأمينات*** *،تنص المادة 209 مكرر3 من الأمر رقم 04/06 (تتكفّل ميزانية الدولة بمصاريف تسيير لجنة الاشراف على التأمينات....).*

43– كما جاء في المادة 27 من الأمر رقم 03/03(*يرفع مجلس المنافسة تقريرا سنويا عن نشاطه الهيئة التشريعية و إلى رئيس الحكومة و إلى الوزير المكلّف بالتجارة. ينشر تقرير النشاط في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 من هذا الأمر، كما يمكن نشره كليا أو مستخرجات منه في أي وسيلة إعلامية أخرى ملاءمة)*

44– بوجملين وليد، المرجع السابق، ص .116

45 – فبخصوص، **سلطة ضبط المعطيات ذات الطابع الشخصي**، كما جاء به القانون رقم 07/18 في المادة 23 *(تتشكّل السلطة الوطنية من: –ثلاث (3) شخصيات، من بينهم الرئيس، يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص في مجال عمل السلطة الوطنية....)*، و كذلك الأمر في سلطة تعيين أعضاء *سلطة* ضبط البريد و الاتصالات الإلكترونية ، كما نصت المادة 25 من القانون رقم 04/18 *(يسّير سلطة الضبط مدير عام يعينه رئيس الجمهورية...).*

46– كما جاء على سبيل المثال، في تعيين أعضاء سلطة ضبط الصحافة المكتوبة، بموجب المادة 50 (*تتشكّل سلطة ضبط الصحافة المكتوبة من اربعة عشر (14) عضوا.... – عضوان (2) غير برلمانيين يقترحهما رئيس المجلس الشعبي الوطني، – عضوان (2) عضوان غير برلمانيين يقترحهما رئيس مجلس الأمة*)

47 جورج فوديل ، بيار دلفولفيه، القانون **الإداري** (الجزء الأول)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2001، ص345.

48.– Pierre–Alain Jeanneney, op.cit, p 46.

49 خرشي إلهام، المرجع السابق، ص 258.

50– ***Francois Terré,*** *introduction générale au droit, 10e édition, Dalloz, 2015 , p 151.* ***Philippe Malaurie, Patrick Morvan*** *,op.cit, p55.*

51– لكن حاليا، أصبحت الحكومة تشارك البرلمان في مهمته، و هو ما يعرف بمجال القانون و التنظيم في الدستور، كما جاء في المادة 142 من الدستور(*لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة*) كما تشير أيضا المادة

143 (يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون).

52- عائشة خليل، دور السلطات الادارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود، ماجستير، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016، ص.168

53- زقموط فريد، الاختصاص التنظيمي للسلطات الادارية المستقلة، دكتوراه، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2016، ص.50

54- و هذا ما يظهر بصورة غير مباشرة من أحكام المادة 117 من الدستور (*يجرّد المنتخب في المجلس الشعبي الوطني أو في مجلس الأمة ، المنتمي إلى حزب سياسي ، الذي يغيّر طوعا الانتماء الذي انتخب على أساسه، من عهدته الانتخابية بقوة القانون).*

55- رابحي أحسن، المرجع السابق، ص .231

56- أنظر على سبيل المثال: في **مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي**، تتشكّل السلطة الوطنية طبقا للقانون 07/18 و بموجب المادة 23 (.. -ثلاث (3) شخصيات، من بينهم الرئيس، يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص في مجال عمل السلطة الوطنية، ...يتم اختيار أعضاء السلطة الوطنية ، حسب **اختصاصهم القانوني و / أو التقني في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. يمكن السلطة الوطنية أن تستعين بأي شخص مؤهل، من شأنه مساعدتها في أشغالها...) ، كما يتشكّل مجلس المنافسة** طبقا المادة 24(يتكون مجلس المنافسة من اثني عشر (12) عضوا ينتمون الى الفئات التالية: 1- ستة (6) اعضاء يختارون من ضمن الشخصيات و الخبراء الحائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة و خبرة مهنية مدة ثماني (8) سنوات على الأقل في المجال القانوني و / أو الاقتصادي و التي لها مؤهلات في مجالات المنافسة و التوزيع و الاستهلاك، و في مجال الملكية الفكرية، 2- أربعة (4) أعضاء يختارون من ضمن المعنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية و الحائزين شهادة جامعية و لهم خبرة مهنية مدة خمس (5) سنوات على الاقل في مجال الانتاج و التوزيع و الحرف، و الخدمات و المهن، 3- عضوان(2) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين...)، الأمر لا يختلف بالنسبة لتشكيلة **سلطة ضبط البريد و الاتصالات الإلكترونية**، أين نصّ القانون رقم 04/18 بموجب المادة 20(يتشكّل مجلس سلطة الضبط من سبعة (7) أعضاء من بينهم رئيس، يعيّنهم رئيس الجمهورية، بناء على اقتراح من الوزير الأول، يتم اختيار الأعضاء بما فيهم الرئيس وفقا لكفاءتهم التقنية و القانونية و الاقتصادية لعهدة مدتها ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة...).

57 - عائشة خليل، المرجع السابق، ص 169.

58- *Boris Barraud,op.cit, p 06 et 19.*

59- خرشي إلهام، المرجع السابق، ص.147

60 - موساوي نبيل، المرجع السابق، ص 15 و 16.

61- **J. Chevallier**,op.cit, p 10.

62- ***M. Mekki**, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, p 20.*

63- *Francois Terré,op.cit, p 192.*

64- **سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون**، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 364.

65- كما هو الحال بالنسبة لمجلس المنافسة، بموجب المادة 34 من الأمر رقم 03/03 حين نصّت (*يتمتّع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار و الاقتراح و ابداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني ..)*

66- كما جاء في القانون رقم 07/18 من خلال المادة 25(*...8-تقديم أي اقتراح من شأنه تبسيط و تحسين الاطار التشريعي و التنظيمي لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي...).*

67- فعلى سبيل المثال: يمكن لسلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية، بموجب القانون رقم 04/18، و عبر المادة 13 (تتولّى المهام الآتية: .. ..13- إعداد و نشر التقارير و الاحصائيات الموجّهة للجمهور المتعلّقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية بصفة منتظمة، 14- إعداد و نشر تقرير سنوي يتضمن قراراتها و آرائها و توصياتها، مع احترام واجب التحفّظ حماية لخصوصية و سرية الأعمال...).

68- ***Francois Terré**,op.cit, p263.*

69- لقد أطلقت مؤخّرا وزارة التجارة عملية سبر آراء حول البنود التعسفية، بعد أن تم تنصيب القائمة الإسمية لأعضائها، و بالتالي استوجب ذلك تقديم آراء و اقتراحات من قبل الجميع، سواء المتعاملين الاقتصاديين، المستهلكين، الأساتذة الجامعيين و الطلبة، و الخبراء في هذا المجال، راجع القرار المؤرخ في 27 نوفمبر 2017، يحدّد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج.ر العدد 29، أنظر كذلك الموقع الالكتروني لوزارة التجارة: www.commerce.gov.dz

70- M ***Marie-Anne Frison-Roche**, **op.cit.**, 2004, p.155.*

71- ***Pierre-Alain Jeanneney, Le régulateur producteur de droit,** in Marie-Anne Frison-Roche, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Volume 2, Presses de Sciences Po & Dalloz, Paris, 2004, p44.*

72- أي ما بين قواعد القانون العام و قواعد القانون الخاص، و هذا ما يصدق على قوانين الضبط القطاعي، التي تحتاج لكلا الفرعيين و تستعين بكل القواعد الفعّالة من أجل بعث التنافسية في السوق، و لا يهمه في ذلك مصدر القاعدة، بل يستهدف فعالية القاعدة القانونية، كاستخدام **العقد** من أجل ضبط السوق، و تنظيم الروابط القانونية عبره داخل السوق، كما جاء في المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المعدّل و المتمّم(*دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد6 و 7و 10 و 11و 12 أعلاه).*

73- كاشتراط اعتماد أو رخصة في الشخص الذي يريد الدخول للسوق، فمثلا: للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، السلطة في منح التراخيص، كما جاء في المادة 25 من القانون رقم 07/18(*....تتمّثل مهامها في هذا الصدد، لاسيما في: - منح التراخيص و تلقي التصريحات المتعلقة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي...).*

74- كما جاء في القانون رقم 07/18 الذي منح لسلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية، الصلاحية لتوقيع العقاب و الفصل في النزاعات، بموجب المادة 13 *(....9- الفصل في النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين عندما*

يتعلق الأمر بالتوصيل البيني و النفاذ و تقاسم المنشآت و التجوال الوطني، 10- تسوية النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين و المشتركين...)

75- أنظر على سبيل المثال: ما جاء في صلاحيات مجلس المنافسة، أين مكّنتها المادة 34 من الأمر رقم 03/03 من صلاحية الاستعانة بأي شخص يمكن المساهمة في ضمان المنافسة داخل السوق*(....الفقرة3، يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى أي شخص بإمكانه تقديم معلومات له...)*

76- أنظر: القرار الصادر عن وزارة البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، المؤرخ في 18 فيفري 2016 يتضمّن الموافقة على منح تقديم الخدمة العامة للمواصلات السلكية و اللاسلكية لشركة "اتصالات الجزائر""، العدد25. في المادة 10منه (*في حالة اضطرار أحد الأطراف إلى الانقطاع عن القيام بالتزاماته على إثر حالة القوة القاهرة، يتم تعليق تنفيذ العقد، و خلال هذه المدة التي يستحيل أثناءها بشكل واضح على الطرف المقصّر ضمان تنفيذ دفتر الشروط...)*

77- **J. Chevallier**, *Vers un droit post-moderne ? op.cit,p07.*

78 - و هذا مؤكّد من خلال عدة أمثلة، فعلى سبيل المثال: ما جاء في القانون رقم 04/18 من خلال المادة 14 (*يستشير الوزير المكلف بالبريد و الاتصالات الالكترونية سلطة الضبط بخصوص ما يأتي: 1- تحضير كل مشروع نص تنظيمي متعلق بقطاعي البريد و الاتصالات الالكترونية..4- ملاءمة أو ضرورة اعتماد نص تنظيمي يتعلق بالبريد و الاتصالات الالكترونية...)*

79- Rachid zouaimia, op.cit, p 11 et 12.

80- J. Chevallier,ibid,p12.

81-و لعلّ ما يزيد من القوة الاستشارية لبعض سلطات الضبط، هو الاعتماد عليها في تحضير الخطة و الاستراتيجية المهنية لذلك القطاع، و عرضه أمام الهيئات الدولية، و هذا ما أشار إليه على سبيل المثال القانون رقم 04/18 بموجب المادة 14*(....6- تحضير الموقف الجزائري في المفاوضات الدولية في مجالي البريد و الاتصالات الالكترونية....)*

82- خرشي إلهام، المرجع السابق، ص .260

83 - أنظر على سبيل المثال: فيما يخصّ مجلس المنافسة ،كما نصت المادة 35(يبدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة اذا طلبت الحكومة منه ذلك، و يبدي كل اقتراح في مجالات المنافسة) .

84- *Pierre-Alain Jeanneney,op.cit, p 48.*

85- *N. Charbit,op.cit, p 58 et59.*

86- أنظر على سبيل المثال: القرار الصادر عن وزارة المالية، المؤرخ في 6 جمادى الاولى عام 1441 الموافق 2 جانفي 2020، يتضمّن الموافقة على رخصة ممارسة نشاط على مستوى السوق الجزائرية للتأمين، المسلمة لسماسرة الأجانب في إعادة التأمين، ج.ر العدد15.

87 - المادة 204 من القانون رقم 04/06 (*لا يمكن لشركات التأمين و / أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلّف بالمالية بناء على الشروط المحددة في المادة 218 أدناه...)*

88- تنص المادة 241 من القانون 04/06 " *العقوبات المطبقة على شركات التأمين و /أو إعادة التأمين و فروع شركات التامين الأجنبية هي: 1-عقوبات تقررها لجنة الاشراف على التأمينات: -عقوبة مالية، الإنذار - التوبيخ - ايقاف مؤقت لواحد أو أكثر من المسيّرين بتعيين أو دون تعيين وكيل متصرّف مؤقت. 2- عقوبات يقررها الوزير المكلف بالمالية بناء على اقتراح من لجنة الإشراف على التأمينات بعد أخذ رأي المجلس الوطني للتأمينات: -السحب الجزئي أو الكلي للاعتماد، - التحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين-*

89 - **شيبوتي راضية، الهيئات الإدارية المستقلة في الجزائر**، دكتوراه،جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة1، 2015، ص 47.

90- تنص المادة 63 من قانون النقد و القرض على أنه (*يبلّغ المحافظ مشاريع الأنظمة إلى الوزير المكلّف بالمالية الذي يتاح له أجل عشرة (10) أيام لطلب تعديلها، قبل اصدارها خلال اليومين اللذين يليان موافقة المجلس عليها...).*

91- كما نصت عليه المادة 13 (*تتولى المهام الآتية: ... 14- إعداد و نشر تقرير سنوي يتضمن قراراتها و آرائها و توصياتها، مع احترام واجب التحفظ حماية لخصوصية و سرية الأعمال، و يرسل الى البرلمان بغرفتيه، و الوزارة الأولى ، و الوزارة المكلفة بالبريد و الاتصالات الالكترونية) .*

92- حسب ما جاء في المادة 04 من القانون المدني.

93- راجع مقرّر رقم 01/16 المؤرخ في 22 ربيع الأول 1437 الموافق 3 يناير 2016 ج.ر العدد28، يتضمّن نشر قائمة البنوك و قائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، ج.ر 28، و على سبيل المثال الملحق الأول يتضمن قائمة البنوك المعتمدة إلى غاية 3 يناير 2016، و الملحق الثاني يتضمن قائمة المؤسسات المالية المعتمدة إلى غاية 3 يناير 2016.

94- حسب ما جاء في المادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 (*...يوافق على اللوائح التي تسنّها اللجنة عن طريق التنظيم...)*و قد صدر المرسوم التنفيذي رقم 102/96 المتعلق بتطبيق المادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 10/93، المؤرخ في 22 شوال 1416، الموافق 11 مارس 1996، حيث ينص في المادة الأولى (*...يوافق الوزير المكلف بالمالية بقرار على اللوائح التي تسنها لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها*).

95 -تنص المادة 21 من الامر رقم 03/03 المعدل و المتمم (*يمكن أن يرخّص للحكومة تلقائيا، اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الاطراف المعنية، بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، و ذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة و الوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع)*

96- **Francois Terré**, op.cit, p 58.

97- *(...إنّ القانون المدني أو الروماني أو الروماني- الجرماني، بالشكل الذي اتخذه في القرن التاسع عشر، هو قانون عام و استنباطي إنّه ينطلق من المبادئ العامة المؤدية إلى استنباط الحلول الخاصة، تتموضع القواعد إذا في الأغلب على مستوى عال من العمومية، ...و خلافا لذلك تكمن عبقرية الكمنلو في قدرته على ايجاد الحل لما هو أكثر دقة من المشاكل، و بالشكل الذي يرضي توجّه العقل...)* **برنار أودي B.Audit، مدخل**، مقال ضمن سلسلة، فرانسوا تيريه **Francois Terré**، أمركة القانون، ترجمة د.محمد وطفه، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2008،ص09.

98- راجع: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 43 و ما يليها.

99- بفعل أنّه في بعض القطاعات الخاضعة للضبط، تفرض السلطات الإدارية المستقلة أن تكون صحة العقد تابعة بصورة مباشرة لأثرها في السوق، و هذا من أجل مطابقة العقد للنظام العام الاقتصادي و ضمان السير الحسن للسوق، العكس من ذلك في القانون المدني الذي يحلّل نتائج تنفيذ العقد على أساس مصلحة الأطراف في العقد، فعلى سبيل المثال، قرّر المشرع بنص المادة 13 من الأمر رقم 03/03 بطلان العقد إذا كان يمسّ بالمنافسة، و ليست له علاقة بالتكوين الداخلي للعقد بل لعلاقته الخارجية المرتبطة بالمنافسة و السير الحسن للسوق، لكن الدليل الأقوى من ذلك هو في الاستثناء الذي أشارت إليه المادة 13، و هو الوارد في المادتين 8 و 9 من الأمر رقم 03/03، الذي يظهر تعلّق العقد و بصورة أخص فعالية العقد بقواعد النظام العام الاقتصادي، فقد نصت المادة 9 (لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقيات و الممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له. **يرخّص بالاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوّر اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل،** أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات و الممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة)، أنظر، **بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد،** دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2019، ص.367

100-**Francois Terré**,op.cit, p 41.

101- *Y. Guenzoui, Le droit et la théorie économique des conventions, in Marie-Anne Frison-Roche, Droit et économie de la régulation. 4, Po(P.F.N.S.P.), 2006,p175.*

102- برنار أودي **B.Audit**، المرجع نفسه، ص .11

103- ***Gaël Chantepie**, Les codifications privées, Actes du colloque « Le droit souple » organisé par l'Association Henri Capitant , DALLOZ — 2009,p39.*

104- رابحي أحسن، المرجع السابق، ص236، أنظر في هذا الشأن: أحمد بعجي، المرجع السابق، ص28 و ما يليها.

105- **Boris Barraud**,op.cit., p 10 et16.

106- **Ali Nenni**, droit du marché, centre de publication universitaire, tunis, 2019, p31.

107- **Philippe Malaurie**, **Patrick Morvan**,op.cit ,p64.

108- **J. Chevallier**, Vers un droit post-moderne ?op.cit, p07.

109- المعلوم على سلطات الضبط ،أنها ذات منشإ تشريعي لا دستوري، بمقتضى قوانين عادية، ما عدا قانون الاعلام الذي أنشأ بقانون عضوي، و البعض الآخر أنشئ و حدّدت مهامه عن طريق الإحالة إلى التنظيم، كما بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات، و بالتالي لا غرابة في تحكّم المشرع في سياسة تلك السلطات، في ظل

غياب الشرعية الدستورية لممارسة الاختصاص التنظيمي، شيبوتي راضية، المرجع السابق، ص34، زقموط فريد، المرجع السابق، ص .53

110- **N. Charbit**,op.cit, p 55.

111- أنظر على سبيل المثال، القرار الصادر عن وزارة البريد و المواصلات السلكية و الاسلكية، المؤرخ في 18 فيفري 2016 يتضمّن الموافقة على منح تقديم الخدمة العامة للمواصلات السلكية و اللاسلكية لشركة "اتصالات الجزائر، شركة ذات أسهم""، الصادر عن وزارة البريد و تكنولوجيات الإعلام و الاتصال، العدد25، الذي يتضمّن معايير جد تقنية حدّدتها سلطة الضبط، من أجل استغلال الشبكة، من طرف هذا المتعامل.

112- **Marie-Anne Frison-Roche**,op.cit, p 157.

113- تنص المادة 3 من القانون رقم 04/18 (*تخضع نشاطات البريد و الاتصالات الالكترونية لرقابة الدولة)، كما تنص المادة 4 (تسهر الدولة، في إطار الصلاحيات المرتبطة بمهنتها ، خصوصا على ما يأتي: - تحديد و تطبيق معايير إنشاء و استغلال مختلف الخدمات، ...-احترام المتعاملين لالتزاماتهم القانونية و التنظيمية) .*

114- كما جاء على سبيل المثال في القانون رقم 04/18، حيث نصت المادة 5 (*تضطلع الدولة في إطار ممارسة صلاحياتها المتعلقة بمراقبة البريد ، بما يأتي: ...3-السهر على تطبيق المتعاملين للاتفاقيات و الأنظمة و توصيات الاتحاد البريدي العالمي و الاتحادات المصغرة و المنظمات الاقليمية للبريد التي تنضم الجزائري إليها...).*

115- **Pierre-Alain Jeanneney**,op.cit, p 45.

116- **N. Charbit**, op.cit, p 56.

117- **Francois Terré**,op.cit, p 267.

118- **Boris Barraud**, op.cit, p 17.

القانون الدولي الاجتماعي كمصدر للقانون الوطني

International Social Law As A Source Of National Law

أحمية سليمان[1] ، أستاذ التعليم العالي

[1] كلية الحقوق جامعة الجزائر 1(الجزائر) ahmiaslim@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2021/10/11 تاريخ القبول:2021/10/30 تاريخ النشر : نوفمبر 2021

الملخص:

لا يعتبر القانون الاجتماعي، بكل مكوناته من المصادر الدولية الأساسية للقانون الاجتماعي الوطني بكل مكوناته" قانون العمل، وقانون الضمان الاجتماعي"، حيث أصبح ها الفرع القانوني الدولي منظومة قانونية دولية قائمة بذاتها من حيث الموضوع . يتشكل من منظومة قانونية دولية تتكون من أكثر من 190 اتفاقية دولية للعمل تتناول مختلف الجوانب المهنية والاقتصادية والاجتماعية والتنظيمية لعالم الشغل. و206 توصية دولية للعمل. إلى جانب العديد من الصكوك والاتفاقيات الدولية الأخرى الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة. والمنظمات الدولية والإقليمية الأخرى التابعة لها، لاسيما ما تعلق منها بحماية حقوق الإنسان، وكل ما له علاقة من بعيد أو من قريب بعالم الشغل، أو من حيث الهياكل التي تتمثل بصفة خاصة في منظمة العمل الدولية. حيث ساهم في بلورة أهمية هذه المصادر في القانون الاجتماعي الوطني عدة عوامل وأسباب، من أهمها تشابه المطالب العمالية المهنية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها في جميع بلدان العالم المتقدم منها والمتخلف على السواء، ووحدة المطالب العمالية، وتزايد الوعي السياسي والنقابي للطبقة العمالية، وتنامي اهتمام النخب السياسية والأكاديمية بقضايا العمل والعمال .من هذا المنطلق تأتي هذه المداخلة لتسليط الضوء على أهمية هذا القانون الدولي كمصدر دولي للقانون الاجتماعي الوطني بشقيه: قانون العمل، وقانون الضمان الاجتماعي.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي للعمل، القانون الدولي الاجتماعي، التشريع الدولي للعمل، معايير العمل الدولية، الآليات الدولية للعمل، مظمة العمل الدولية، مكتب العمل الدولي، العمل اللائق.

Abstract:

The social law is considered, with all its components, one of the essential international sources of the national social law with all his components, " labor law, and social security law ", in which this international legal branch became an international legal system composed of more than 190 international convention of work that concerns various professional, economic, social and organizational aspects of the world of work. And 206 international recommendations of work. Along with the UN conventions. Especially those dedicated to protect human rights. And anything that has any kind of relation with work. Or through structures like the international labour organization.

Various causes and conditions had a major role in the culvation of the importance ofthese in the national social law, one of them is the resemblance of the professional,the

المؤلف المرسل: أحمية سليمان ، الإيميل ahmiaslim@yahoo.fr

economic and the social interests of workers, all around the world, whether it's in a developed country or not, along with the rise of the political and syndicalist consciousness of the working class, and the growing interest of the political and academic elite towards issues that concern the workers and labor in general.

And from this approach there is this intervention that highlights the importance of this international law as a source of the national social law with its two braches: labor law, and social security law.

Key words: International Labor Law, International Social Law, International Labor egislation, International Labor Standards.

مقدمة:

إن من بين المصادر الهامة التي يستقي منها القانون الاجتماعي أو قانون العمل الوطني مبادئه وقواعده وأحكامه – إلى جانب المصادر الوطنية الرسمية والعرفية المهنية – المصادر الدولية، المتمثلة في مبادئ وأحكام القانون الدولي الاجتماعي، أو القانون الدولي للعمل. هذا الفرع القانوني الذي أصبح يشكل مع مرور الزمن منظومة قانونية دولية متميزة من حيث الموضوع، ومن حيث الهيئات والأجهزة، وآليات التدخل، والمضمون، والغايات الإنسانية والاجتماعية، ومستقلة عن بقية التخصصات القانونية التي يتشكل منها القانون الدولي العام.

هذه الحقيقة التي فرضت نفسها من خلال مجموعة المؤلفات والدراسات العلمية الأكاديمية والإعلامية التي بدأت تظهر في المكتبات الجامعية والعامة في مختلف دول العالم، ولدى الهيئات والمؤسسات الاجتماعية والإنسانية والسياسية الوطنية والإقليمية والدولية الفاعلة في تنظيم العلاقات بين الدول، وفق ما يدعم جهودها في تنمية وتطوير هذه المنظومة الجديدة التي تعمل على رعاية قانون دولي يحكم عالم الشغل ويخدم الطبقة العاملة، أثناء الحياة المهنية للعمال، وكذا ما يضمن استمرار العناية والاهتمام بالعامل بعد العجز، أو بعد نهاية الحياة المهنية. بما يؤسس لعدالة اجتماعية بين مالكي وسائل الإنتاج، ومالكي قوة العمل، ويقيم الآليات القانونية والتنظيمية المناسبة لما يصطلح عليه اليوم بمعايير العمل الدولية Les Normes Internationales du Travail التي تضمن إقامة قانون دولي اجتماعي شامل يحكم مختلف أوجه علاقات العمل في مختلف دول العالم بالعدل والإنصاف، يستحق بجدارة تسميته بـ " القانون الدولي الاجتماعي، أو القانون الدولي للعمل." والذي يمكن تعريفه على أنه: مجموعة المبادئ والأحكام القانونية الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية العامة – منظمة الأمم المتحدة ، والمتخصصة – لاسيما منظمة العمل الدولية والجهوية أو الإقليمية، أو الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، المتعلقة بالحقوق الأساسية للعمال الفردية والجماعية، وسياسات التشغيل، وظروف العمل، والتأمينات الاجتماعية، وآثار العلاقات المهنية القانونية والتنظيمية والاتفاقية، بين كل من العمال وأصحاب العمل، في جميع القطاعات والنشاطات، ولجميع الفئات المهنية، باستثناء تلك التي تعمل لحسابها الخاص.

هذا التعريف يعتمد منظور واسع لمصادر ومراجع أحكام وقواعد هذا القانون، وليس محصوراً في قواعد وأحكام معايير العمل الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية فقط، رغم حقيقة أن هذه الأخيرة تشكل فعلاً القسط الأعظم من مبادئ وقواعد وأحكام معايير العمل الدولية، ومجموعة الإعلانات والبروتوكولات الصادرة عن هذه المنظمة على مدار قرن من الزمن. ذلك أن تنوع وتعدد مصادر هذا القانون الدولي، والواقع القانوني الدولي، يفيدان بأن هناك العديد من المبادئ والقواعد والأحكام المبدئية الأساسية التي صدرت عن العديد من المنظمات الدولية، كمبدأ الحق في العمل الذي جاء في اتفاقية حقوق الإنسان لسنة 1948 الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، وعدة صكوك أخرى، وكذلك الشأن بالنسبة للمبادئ والأحكام الخاصة بحماية العمال المهاجرين وأسرهم لسنة 1990 الصادرة عن نفس المنظمة. على سبيل المثال لا الحصر. إلى جانب العديد من المبادئ والقواعد الواردة في الاتفاقيات والإعلانات الصادرة عن منظمات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان. وهكذا فرض هذا الفرع القانوني الدولي الجديد نفسه من خلال عدة حقائق بارزة تتمثل في:

أولاً – ميلاد منظمة المنظمة الدولية للعمل سنة 1919 في عهد عصبة الأمم، كمنظمة دولية متخصصة ضمن منظومة عصبة الأمم، رسمت لنفسها بمقتضى دستورها المؤسس لها، مجموعة من المبادئ والأهداف الاقتصادية والاجتماعية النبيلة من أجل ر التي جاءت فع البؤس، والقضاء على الفقر والظلم الاجتماعي الذين كانا مسلطين على الطبقة العاملة.

ثانياً – تميز هذه المنظمة عن غيرها من المنظمات المتخصصة الأخرى من حيث تشكيلتها وتركيبتها الثلاثية التي تشمل جميع الفاعلين في عالم الشغل، من حكومات، وأصحاب عمل، وعمال، إضافة إلى تميز أسلوب عملها، وغاياتها وأهدافها ذات الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية والتنظيمية والإنسانية البعيدة عن المؤثرات والمتغيرات والاختلافات السياسية والإيديولوجية.

ثالثاً – صدور العدد المعتبر من الآليات الدولية للعمل التي اعتمدتها هذه المنظمة، إلى جانب العديد من الصكوك الدولية الأخرى الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة والعديد من المنظمات الدولية والإقليمية الأخرى، التي تعالج العديد من الجوانب التي لها علاقة مباشرة أو غير المباشرة بعالم الشغل، مثل تلك المتعلقة بالمهاجرين، وبحقوق الإنسان، وبعض الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي تعالج قضايا تنقل اليد العاملة بين الدول، وبعض التكتلات الاقتصادية مثل دول الاتحاد الأوروبي، والتي أصبحت تشكل منظومة قانونية دولية متكاملة، تغطي مختلف الفئات العمالية في مختلف المهن والأعمال والنشاطات، ومختلف المسائل والمواضيع والمجالات التنظيمية والاقتصادية والاجتماعية.

رابعاً – تكريس عدة مبادئ إنسانية واجتماعية في عام الشغل شكلت ثورة في مجال حقوق الإنسان الاجتماعية تتمثل في:

1 . العمل ليس سلعة خاضعة لقانون السوق.

2 . حرية التعبير والتجمع شرطاً لا بد منه لاستمرار التقدم.

3 . الفقر أينما وجد، يشكل خطراً على رفاهية المجتمع.

4 . النضال ضد الحاجة يجب أن يتم بجهود كل دولة، وبجهود دولية مستمرة ومركزة.

5 . لكل بني البشر مهما كان عنصرهم أو معتقدهم أو جنسهم، الحق في استمرار التقدم المادي والروحي في جو من الحرية والكرامة والأمن الاقتصادي والمساواة في الفرص.

6 . يجب أن يشكل تحقيق المبادئ التي تسمح بالوصول إلى النتيجة المبينة أعلاه الهدف الأساسي والمركزي لكل سياسة وطنية.

7 . العمل على تحقيق ظروف العمل اللائق لجميع العمال في كافة القطاعات والنشاطات، ولكافة الفئات المهنية.

أصبح هذا الفرع القانوني قائماً بذاته من خلال:

1 . وجود منظومة قانونية دولية، تتمثل في عدد معتبر من الآليات الدولية للعمل. ووجود هيئة دولية تعتبر كبرلمان ثلاثي التكوين لممارسة الديمقراطية الاجتماعية والاقتصادية، يصدر هذه القواعد القانونية الدولية التي تأخذ شكل الاتفاقيات الدولية للعمل تارة، وشكل التوصيات تارة أخرى. وشكل إعلانات وبرتوكولات تارة ثالثة، وفق آليات وإجراءات مضبوطة بمقتضى دستور المنظمة، والنظام الداخلي لمؤتمرها.

2 . وجود منظومة متابعة ومراقبة دولية تسهر على تطبيق وتنفيذ قواعد هذا القانون الدولي للعمل، تتمثل في آليات المتابعة المقررة بمقتضى دستور المنظمة، من جهة. وفي اللجان المختلفة التابعة لمنظمة من جهة ثانية.

3 . وجود التزام دولي طوعي بأحكام وقواعد ومبادئ القانون الدولي للعمل عن وعي وقناعة ومسؤولية.

4 . معالجة هذه المنظومة القانونية الدولية لكافة المواضيع والمسائل المتعلقة بكل قطاعات النشاط، وكل المهن، شاملة كافة الفئات المهنية. مثل تنظيم عمل الأطفال، والنساء، والمهاجرين، وعمال البحر، وغيرهم من الفئات الأخرى، وحمايتهم أثناء حياتهم المهنية من أي استغلال أو سوء معاملة أو أية تصرفات أو معاملات أخرى يمكن أن تمس بحقوقهم القانونية، أو بكرامتهم وإنسانيتهم، أو المتاجرة بجهدهم.

5 . تكريس الحقوق الأساسية للعمال، لاسيما ما تعلق منها بالحرية والحق النقابي، وحق التنظيم والتفاوض الجماعي، والتشاور الثلاثي، وحظر التمييز بين العمال، ومنع كافة أسوأ أشكال عمل الأطفال، وحظر كافة أسوأ أشكال التمييز ضد المرأة، ومنع ومحاربة العمل الجبري وكافة أشكال أعمال السخرة، أو الاتجار بالعمال، ومختلف أشكال استغلال العمال تحت أي مبرر كان، إلا ما تقرره الهيئات الدستورية القانونية والقضائية الوطنية، وغيرها من الحقوق الأساسية التي أصبحت شكلاً من أشكال النظام العام الدولي والوطني.

انطلاقاً من كل ما سبق، سوف نبحث في هذه الدراسة دور القانون الدولي الاجتماعي كمصدر للقانون الاجتماعي الوطني، مع التركيز على تأصيل أحكام وقواعد هذا القانون، بالبحث في مصادر قواعده نفسها، مما يجعل علمنا ذو طابعاً مزدوجاً، يركز على تأصيل قواعد القانون الدولي الاجتماعي، أولاً، ثم بيان مكانتها كمصادر للقانون الوطني ثانياً. وعليه سوف تتناول هذه الدراسة المحاور الأربعة التالية:

المحور الأول– تنوع مصادر وأحكام القانون الدولي الاجتماعي.

المحور الثاني – المصادر الرئيسية للقانون الدولي الاجتماعي.

المحور الثالث – المصادر الثانوية.

المحور الرابع – آليات تحويل قواعد القانون الدولي الاجتماعي إلى قواعد قانون اجتماعي وطني.

المحور الأول – تنوع مصادر وأحكام القانون الدولي الاجتماعي

ترتبط مسألة تنوع قواعد مصادر القانون الدولي الاجتماعي بنفس الإشكالات التي تثيرها مصادر القانون الدولي العام بصفة عامة، من حيث المصادر المنشئة للقواعد القانونية، أو ما يطلق عليه بالمصادر الحقيقية للقانون. والمصادر الشكلية له، التي يقتصر دورها على صياغته، لأنها ليست شكلاً من أشكال القانون بل هي طريقة لإثباته فقط. هذه الإشكالات التي يبدوا أنها لم تعد تحض بالأهمية التي كانت عليها في السابق لدى المدرسة التقليدية للقانون الدولي العام،[1] حيث استقرت الدراسات على مناقشة هذا التنوع من خلال الترتيب الوارد في القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية لهذه المصادر، من جهة. (الفرع الأول) وتنوعها من حيث الهيئات التي صدرت عنها هذه المصادر. (الفرع الثاني)

الفرع الأول - تنوع وتدرج مصادر القانون الدولي الاجتماعي

يعتبر القانون الدولي الاجتماعي رافد من روافد القانون الدولي العام، وبالمحصلة، فلا تخرج مناقشة مصادره عن مناقشة القانون الدولي العام. وعليه، فقد استقر الفقه الدولي المعاصر على معالجة هذا الموضوع ضمن إطار أحكام المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العمل الدولية،[2] التي تصنف مصادر القانون الدولي العام التي تأخذ بها هذه المحكمة على النحو التالي:

" أ . الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب . العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلَّ عليه تواتر الاستعمال.

ج . مبادئ القانون العامة التي أقرَّتها الأمم المتمدنة.

د . أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. ويُعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59."[3]

يظهر مما تقدم أن هناك مستويين من مصادر القانون الدولي العام، ومنه القانون الدولي للعمل، أحدهما أساسي، والآخر ثانوي.

يتشكل المستوى الأول المتمثل في المصادر الأساسية من:

أ . المعاهدات والاتفاقيات الدولية سواء تلك التي تم إبرامها مباشرة بين الدول بصفة ثنائية أو متعددة الأطراف. أو تلك الصادرة عن منظمات

دولية عامة أو متخصصة.

ب . العرف والعادات والممارسات المتبعة بصفة متواترة خارج نطاق المعاهدات.

ج . المبادئ القانونية المعترف بها من قبل المجتمع الدولي.

بينما يتشكل المستوى الثاني المتمثل في المصادر الثانوية من:

أ . مبادئ العدالة والإنصاف.

ب . قرارات وأحكام المحاكم الدولية، التي لا تكون لها حجية أو قوة ملزمة إلاّ بالنسبة للنزاع موضوع الدعوى المعروضة على المحكمة الدولية، والتي لا تلزم إلا أطرافها.

ج . مذاهب كبار فقهاء القانون.

تطبيقا لهذه التركيبة الثنائية من المصادر على القانون الدولي الاجتماعي، فإننا نقف على حقيقة ثراء تنوع هذا الفرع القانوني من حيث المصادر، حيث يوجد تنوع كذلك ضمن كل نوع من أنواع المصادر المذكورة، فبالنسبة الاتفاقيات، سنجد عدة أنواع، منها الاتفاقيات الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، في بعض المسائل التي عادة ما تدخل ضمن مواضيع حقوق الإنسان، وأخرى صادرة عن منظمات متخصصة، لاسيما منظمة العمل الدولية، ومنظمة العمل العربية، وأخرى صادرة عن بعض الكيانات والمنظمات الدولية الجهوية أو القارية، ككيان الاتحاد الأوروبي. بينما نجد في مجال العرف والعادات والممارسات الدولية المعترف بها دولياً كذلك، عدة أعراف وممارسات تتعدد بتعداد القطاعات والنشاطات والمهن، والفئات المهنية المعروفة في كل جهات العالم، والتي يصعب حصرها، الأمر الذي كثيراً ما يجعل مؤتمر العمل الدولي يقرها ويعتمدها كحقائق ووقائع قانونية يستوجب على اتفاقيات العمل الدولية أخذها بعين الاعتبار عند تطبيقها على أرض الواقع في مختلف الدول.

يمكن تطبيق نفس المنهج على بقية المصادر الثانوية الأخرى. وعليه، فإن المادة القانونية الدولية المنظمة لعالم الشغل تستند في مرجعيتها ومصادرها إلى عدة أسس ومصادر تختلف باختلاف موضوع وغاية القاعدة القانونية، والقطاع أو النشاط أو الفئة أو الفئات، المعنية بها، هذا التنوع في المرجعية الذي يمنح قواعد القانون الدولي لاجتماعي مزيداً من الشرعية والقدرة على التطبيق في الميدان. إلا أن هذا التنوع، بقدر ما يشكل عنصراً إيجابياً، فإنه يمكن أن يشكل في نفس الوقت عنصراً سلبياً، بسبب ما قد يتسبب فيه من حالات تنازع بين هذه المصادر، وبروز إشكالية تحديد ما هو المصدر الأولى بالتطبيق من غيره، لاسيما بالنسبة للمصادر من نفس الصنف، وما قد ينتج عن ذلك من صعوبات في وضع القواعد القانونية الدولية للعمل.

إن التعامل مع حالات تنازع القوانين، وتنازع المعايير الدولية في مجال العمل وخاصة بين القوانين القديمة والجديدة، قليلة الوقوع، لأن مبدأ التخصص عادة ما يمنع مثل هذه النزاعات، إلا في حالات قليلة جداً، مثل حالة أحكام حماية العمال المهاجرين الصادرة عن منظمة العمل الدولية في إطار صكوك حقوق الإنسان، وأحكام معايير العمل الدولية في مجال حماية العمال المهاجرين الصادرة عن منظمة العمل الدولية. هذه الحالات التي تتعامل معها المنظمات الدولية بحكمة وأعمال تحضيرية تنسيقية لبحث كافة حالات التنازع التي يمكن أن تبرز عند تطبيق القواعد الصادرة عن المنظمة الأولى، وتلك الصادرة عن المنظمة الثانية، أو بين القواعد السابقة أو اللاحقة. وحتى في حالة ما إذا وقع تنازع بين هذه القوانين

والمعايير رغم ما تم اتخاذه من تدابير لتفادي وقوعها، فإن المبدأ العام الذي كثيراً ما يتم اللجوء إليه لحل مثل هذه النزاعات بين القوانين سواء السابقة واللاحقة، أو الصادرة عن منظمات مختلفة، هو مبدأ تطبيق القاعدة القانونية الدولية أو الوطنية الأكثر نفعاً وفائدة للعامل أو العمال المعنيين بها.[4]

الفرع الثاني - تعدد جهات وضع القانون الدولي لاجتماعي

بعد أن بيّنا فيما سبق مدى تعدد مصادر القانون الدولي الاجتماعي، ومدى تفاوتها من حيث ترتيب درجة الإلزامية والرسمية، نعرج الآن على إشكالية أخرى في مجال تعدد مصادر هذا القانون، وهي تعدد هذه المصادر من حيث الجهات والهيئات التي تصد عنها، حيث سبق وأشرنا إلى أن هذا المزيج من المصادر لا ينتج عن جهة واحدة، بل يصدر عن جهات عديدة . باستثناء العرف والعادات والممارسات الدولية والوطنية التي تعتبر واقعاً يفرض نفسه من خلال الممارسة الدولية أو الوطنية.. منها الهيئات الدولية العامة، مثل الأمم المتحدة، والهيئات الدولية المتخصصة، مثل منظمة العمل الدولية، والهيئات الدولية الإقليمية أو الجهوية العامة أو المتخصصة، مثل منظومة الاتحاد الأوروبي، ومنظمة العمل العربية. فما هي العلاقة الترتيبية بين هذه الأدوات القانونية الدولية. هل هي تنافسية؟ أم تكاملية؟ هل هي ذات ترتيب هرمي؟ أم مستقلة عن بعضها البعض؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تفرض علينا توضيح مسألتين أساسيتين. أولاهما، أن الأمر هنا يتعلق فقط بالتصرفات القانونية الدولية الصادرة عن مختلف منظمات المجتمع الدولي العامة والمتخصصة، وبالتالي يخرج من مجال الإجابة، المصادر الأخرى، كالعرف، والعادات والممارسات المهنية التي يصنعها الواقع الميداني، وتفرض نفسها بتواتر ممارستها والاعتقاد بإلزاميتها من طرف من يمارسونها سواء أكانوا من أشخاص القانون الوطني أو القانون الدولي. أما ثانيهما، فإن أشخاص القانون الدولي هي في الغالب أشخاصاً قانونية مستقلة عن بعضها البعض، تتمتع بالشخصية المعنوية، والاستقلالية المالية، وحق ممارسة جميع الحقوق المترتبة للشخص القانوني المعنوي، مثل حق التصرف، وحق التعاقد، وممارسة كافة المهام والصلاحيات المحددة له في صك إنشائها، وحق التقاضي، وما إلى ذلك، وبالتالي قد تقوم بينها بعض العلاقات الوظيفية إلا أنها في الغالب تحكمها أنظمة وقوانين تبين حدود مهامها وصلاحياتها ومسؤولياتها تجاه بعضها البعض. إلا أنها في أغلب الحالات تكون هذه المنظمات الدولية مستقلة عن بعضها البعض، تشكل كيانات مستقلة قائمة بذاتها تعمل بالتعاون مع بقية المنظمات الأخرى بكل حرية واستقلالية.

إن الحديث عن التنافس أو التكامل بين أعمال وتصرفات المنظمات الدولية مهما كانت عموميتها أو تخصصها الموضوعي والإقليمي، لا يجب أن ينظر إليها من هذه الزاوية إلا من حيث الاختصاص الموضوعي لكل منظمة، من جهة. ومدى اتساع درجة ولايتها الدولية من حيث الموضوع والمجال الجغرافي. حيث أنه من المعروف أن الولاية الموضوعية للمنظمات الدولية العامة، كالأمم المتحدة، أوسع من ولاية المنظمات المتخصصة، كمنظمة العمل الدولية، أو أية منظمة متخصصة أخرى. ونفس الشأن من حيث الولاية الجغرافية، حيث تتسع ولاية المنظمة الدولية العامة أو المتخصصة ذات البعد العالمي، مقابل ضيق المنظمات الدولية الإقليمية أو الجهوية. وبالتالي، فإنه لا توجد أية منافسة بين أعمال المنظمات الدولية، إذ أن كل منها تمارس مهامها وصلاحياتها بكل حرية واستقلالية عن بقية المنظمات، حتى ولو

تعلق الأمر بموضوع معين مشترك بين عدة منظمات، كقضية العمال المهاجرين مثلاً، التي تعتبر قضية مشتركة بين كل من منظمة الأمم المتحدة باعتبارها من قضايا حقوق الإنسان التي تختص بها هذه المنظمة، في حين تختص بها منظمة العمل الدولية باعتبار العمال المهاجرين يشكلون جزء لا يتجزأ من جميع عمال العالم، ومن واجبها الاهتمام بقضاياهم المهنية مثلما تهتم بقضايا بقية الفئات العمالية الأخرى، كعمال البحر، أو المناجم، أو عمال المنازل، أو غيرهم. وبالتالي فلا توجد أية علاقة تنافسية بين اتفاقيات العمل الدولية الخاصة بالعمال المهاجرين، واتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة بحماية العمال المهاجرين وكافة أفراد أسرهم لسنة 1990. بل هناك علاقة تكامل بينهما، حيث يمكن أن تكون إحداهما أشمل أو أوسع معالجة للموضع من الأخرى. أما بالنسبة لمسألة مدى تدرج الأعمال الصادرة عن المنظمات الدولية، فإن هذا التدرج يمكن أن يوجد من حيث النطاق الإقليمي بين الاتفاقيات الصادرة عن المنظمات الدولية . بما فيها المتخصصة . ذات الولاية الدولية العامة، والاتفاقيات الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية الجهوية أو الإقليمية، حيث يكون مجال تطبيق الأولى أوسع من مجال تطبيق الثانية.

أما من حيث الموضوع، فإن مسألة الترتيب الهرمي لا تطرح في مجال القانون الدولي الاجتماعي، حيث أن مبدأ أولوية تطبيق القانون الأكثر نفعاً للعمال مهما كانت درجة ترتيبه في هرم تدرج القوانين الدولية أو الوطنية، أو ما يعرف بالنظام العام الاجتماعي، والذي يعتبر أحد مميزات قواعد قوانين العمل الوطنية أو الدولية، على خلاف بقية القوانين العامة والخاصة الأخرى، باستثناء ما يتعلق بمبادئ وقواعد النظام العام المطلق، يلغي أو يوقف مفعول أي ترتيب لمصادر القانون الدولي أو الوطني للعمل. وعليه، فإن تواجد نصوص قانونية صادرة عن جهات مختلفة، لا يجب أن تكون بالضرورة متدرجة، أي مرتبة ترتيباً هرمياً، لكونها ليست صادرة عن هيئات هي الأخرى متدرجة أو تابعة لبعضها البعض. وأن الترتيب الهرمي الذي يمكن أن يوجد – كما أشرنا من قبل– هو ذلك الذي تفرضه مجالات التطبيق الموضوعي أو الإقليمي لتلك النصوص، وحتى في حالة وجود نصوص لها نفس المجالات الموضوعية والإقليمية، فإن حل الإشكالات الناتجة عنها إن وجدت . يتم بالبحث عن القانون لأكثر نفعاً وفائدة للعمال المعنيين به، ليتم تطبيقه بالأولية، بغض النظر عن أهمية واتساع أو ضيق ولاية الجهة الدولية التي أصدرته. حتى ولو أقتضى الأمر تطبيق القانونين معاً، إذا كان لكل قانون قواعد أكثر نفعاً للعمال في جوانب، وقواعد أقل نفعاً في جوانب أخرى. حيث يستوجب تطبيق القواعد الأكثر نفعاً للعمال في كلا القانونين، واستبعاد تلك التي تكون أقل نفعاً في كلا القانونين، مما يدل على استقلالية كل قانون عن الآخر، وأن مسألة تدرج القوانين الدولية ليس حتمية دائماً، بحكم عدم تدرج السلطات على المستوى الدولي إلا في حالات قليلة، عادة ما تتعلق بالجانب الجغرافي، أي اتساع أو ضيق ولاية الهيئة مصدر النص المعني بالنزاع.

أما بالنسبة لبقية المصادر الأخرى غير المعاهدات والاتفاقيات، أي الأعراف والممارسات الدولية في مجال العمل، فإنها تخضع من حيث المبدأ كذلك لنفس معايير التطبيق القائمة على أولوية الأعراف والممارسات الأكثر نفعاً للعمال. إلا أننا نرى أن أهمية هذا النوع من المصادر بالنسبة للقانون الدولي الاجتماعي هي أقل أهمية منها بالنسبة لمصادر القانون الاجتماعي الوطني، حيث تلعب الأعراف والممارسات المهنية الوطنية أو الجهوية، أو القطاعية دوراً هاماً في صنع القاعدة القانونية المهنية

الوطنية، أكثر من دورها في صنع قواعد القانون الدولي للعمل، وذلك لسبب بسيط، هو أن هذه القواعد الأخيرة لا تنتج بصفة مباشرة علاقات عمل فردية أو جماعية بين العمال والمؤسسات والهيئات المستخدمة، بل أن ما ينتج هذه العلاقات بصفة مباشرة هي القوانين الداخلية، وهنا تبرز أهمية الأعراف والعادات والممارسات المهنية كقوة فاعلة في تنظيم هذه العلاقات وتأطيرها. كما أنه لا يوجد في قاموس علاقات العمل ما يمكن تسميته بـ " علاقات العمل الدولية " سواء أكانت هذه العلاقات فردية أو جماعية.[5] لكي نتحدث عن الأعراف والعادات والممارسات المهنية الدولية.[6]

المحور الثاني – المصادر الرئيسية للقانون الدولي الاجتماعي

نظراً لحداثة القانون الدولي الاجتماعي، وتبعاً لتنوع مصادر هذا القانون على النحو الذي سبق بيانه، فإن أهم مصادره تتمثل في الصكوك الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية العامة، والمتخصصة، بما فيها أعمال المنظمات الدولية الجهوية والإقليمية. هذه الصكوك والمعاهدات والاتفاقيات المختلفة المصادر والمواضيع التي تشكل الإطار المرجعي لمختلف أحكام وقواعد هذا القانون، لاسيما تلك التي تعرف بمعايير العمل الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية. هذه المعايير التي تعتبر هي نفسها مصادر أساسية مباشرة لهذا القانون.

الفرع الأول– معاهدات منظمة الأمم المتحدة وصكوك حقوق الإنسان

تتمتع المنظمة الأممية بولاية عامة للنظر والبت في مختلف القضايا التي تهم البشرية بصفة عامة، سواء في وقت السلم أو في وقت الحرب، ولا تنظر في قضايا العمل إلا بصفة عرضية، عندما تعتبر قضايا العمل، والتأمينات الاجتماعية بشكل أو بآخر جزء من القضايا التي تدرسها وتبت فيها هذه المنظمة، لاسيما تلك القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان، وذلك انطلاقاً من اعترافها وتفويضها الكامل لمنظمة العمل الدولية النظر في هذه المسائل باعتبارها أول وكالة متخصصة تبرم معها المنظمة الأممية اتفاقا لتنظيم العلاقة بينهما طبقاً لأحكام المادة 57 من ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945.

لقد أصدرت المنظمة الأممية – من هذا المطلق –عدة صكوك ومعاهدات وإعلانات عديدة تدخل جلها في إطار النهوض بقضايا حقوق الإنسان المختلفة التي يستحيل حصرها، أخذت قضايا العمل بشكل أو بآخر حيزاً هاماً فيها،[7] بداية بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948. الذي أقام المبادئ الأساسية للحق في العمل، وحرية كل شخص في اختيار العمل الذي يرغب فيه، والذي يتناسب مع قدراته ومؤهلاته.[8] إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،[9] والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،[10] إلى الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري،[11] إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.[12] والاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل لسنة 1989.[13] والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم. لسنة 1990. [14] وغيرها من الصكوك المختلفة الأخرى التي يستحيل حصرها وعرضها في هذه العجالة، والتي تفرض جميعها العديد من الالتزامات المتعلقة بعالم الشغل على الدول التي تصدق عليها، تتعلق بمختلف الجوانب، وبجميع القطاعات والنشاطات والفئات المهنية، وبكافة الحقوق والامتيازات المادية والمهنية والاجتماعية والاقتصادية، الفردية منها والجماعية. والتي تكون في مجملها مبادئ وأحكام قانونية تشكل المصادر الأساسية التي تبني عليها الهيئات المتخصصة . منظمة العمل الدولية . من جهة، والدول الأعضاء في المنظمة الأممية من جهة ثانية،

القوانين الدولية والوطنية المنظمة للعمل والتشغيل، وكل ما يدخل ضمن هذا المجال من لوائح واتفاقيات جماعية وغيرها من آليات تنظيم علاقات العمل الفردية والجماعية، وما تنتجه من آثار مادية ومهنية واجتماعية مباشرة وغير مباشرة على عالم العمل.[15]

الفرع الثاني – أعمال منظمة العمل الدولية

تشكل مختلف أعمال منظمة العمل الدولية، باعتبارها المنظمة الدولية المتخصصة في مجال العمل، المصدر المباشرة للقانون الدولي للعمل، إلا أنها تختلف من حيث قوتها القانونية الملزمة. إذ يمكن تصنيفها إلى مستويين، يشمل المستوى الأول. دستور المنظمة، واتفاقيات العمل الدولية. بينما يشمل المستوى الثاني، التوصيات، والإعلانات والمبادئ التوجيهية وغيرها من الوثائق الأخرى الصادرة عن المنظمة.

أولاً – أعمال منظمة العمل الدولية الملزمة

تتكون أعمال منظمة العمل الدولية الملزمة قانونياً، من دستور المنظمة. واتفاقيات العمل الدولية التي تصدر عن مؤتمرها الدولي ذو التشكيلة الثلاثية.

أ . دستور المنظمة

يعتبر دستور منظمة العمل الدولية الوثيقة الأساسية الثانية بعد ميثاق الأمم المتحدة في سلم هرم الوثائق السامية للقانون الدولي للعمل، خاصة وأن هذا الدستور هو من وضع الآلية الدولية لإنهاء الحرب العالمية الأولى، وذلك بمقتضى الفصل الثالث عشر لمعاهدة فرساي الذي تمت الموافقة عليه بتاريخ 11 نيسان/أفريل لسنة 1919. قبل التوقيع على المعاهدة في 28 حزيران/ جوان 1919.والذي تم تعديله بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية سنة 1945، لتتوالى عليه عدة تعديلات لاحقة فيما بعد،[16] وهو الدستور الذي أقام نظاماً جديداً للانضمام للمنظمات الدولية، يختلف عن ما كان سائداً من قبل، والمتمثل في نظام القبول كوسيلة للانتساب لمنظمة العمل الدولية، على خلاف المنظمات الأخرى التي تعمل بنظام الانضمام. إذ أنه إلى جانب اعتبار الدول الأعضاء في منظمة عصبة الأمم، ومنظمة الأمم المتحدة فيما بعد أعضاء مؤسسين بحكم القانون في المنظمة،[17]فإن انتساب الأعضاء الجدد لا يتم إلا إذا قبل مؤتمر العمل الدولي بأغلبية ثلثي عدد المندوبين المشتركين في المؤتمر، على أن يكون من بينهم ثلثي عدد المندوبين الحكوميين الحاضرين المقترعين. وأن يبدأ قبول هذه العضوية بعد تبليغ الدولة المعنية المدير العام لمكتب العمل الدولي قبولها بالالتزامات المترتبة والناشئة عن دستور المنظمة[18].

حدد هذا الدستور أهداف هذه المنظمة فيما ورد في مضمون ديباجته.[19] وهي المبادئ التي جاء بها إعلان فيلادلفيا لسنة 1944 والمتعلقة بتحسين ظروف عمل العمال، وتحقيق العدالة الاجتماعية، ورفع الظلم عن العمال بإلغاء العمل الجبري، وحماية الأطفال والنساء، وضمان معاش الشيخوخة والعجز للعمال، وحماية مصالح العمال المهاجرين، وضمان المساواة بين العمال، ومنع أي تمييز بينهم مهما كانت الاعتبارات التي يقوم عليها، وتأكيد حماية الحرية النقابية وحق التنظيم والتفاوض الجماعي، وما إلى ذلك من المبادئ التي تحقق السلم والعدالة الاجتماعية، ورفع مستوى معيشة الطبقة الكادحة في العالم.[20]وعليه، تشكل هذه المبادئ والأهداف لاسيما تلك الواردة في إعلان فيلادلفيا المشار إليه في هذا الدستور، والذي تم إدماجه كجزء لا يتجزأ منه، أهم المصادر المرجعية الأساسية لقواعد القانون الدولي

الاجتماعي سواء تلك الصادرة عن منظمة العمل الدولية باعتبارها المنظمة المتخصصة في هذا الشأن، أو تلك الصادرة عن غيرها من المنظمات والكيانات الدولية الأخرى، وكذا قوانين العمل الوطنية.

ب . الاتفاقيات الدولية للعمل

تعتبر هذه الآليات أهم مصدر مباشر للقانون الدولي للعمل، وهي التي يصدرها مؤتمر العمل الدولي في دورات انعقاده السنوية، وفق إجراءات ومراحل وآليات مضبوطة ومحددة وفق برامج وشكليات محددة بمقتضى دليل الإجراءات المتعلقة باتفاقيات وتوصيات العمل الدولية،[21] وقد بلغ عدد اتفاقيات العمل الدولية التي تم اعتمادها طول قرن كامل على نشأة المنظمة مائة وتسعون (190) اتفاقية دولية للعمل. وستة (6) بروتوكولات.[22] هناك العديد منها تمت مراجعتها لتتكيف مع المعطيات والظروف المستجدة بشأن الموضوعات التي تعالجها، كما أنه توجد 174 اتفاقية منها نافذة، و16 اتفاقية غير نافذة بسبب إلغاؤها أو سحبها من قبل مؤتمر العمل الدولي[23] .

إن من خصائص اتفاقيات العمل الدولية، أنها صادرة عن هيئة دولية متعددة الأطراف، يشارك في وضعها ودراستها واعتمادها ممثلو أطراف علاقة العمل بصفة مباشرة، وهم المنظمات النقابية الأكثر تمثيلاً للعمال، والمنظمات النقابية الأكثر تمثيلاً لأصحاب العمل، إلى جانب ممثلي حكومات الدول الـ 187 دولة الأعضاء في المنظمة، وذلك في إطار التمثيل الثلاثي الذي تتميز به أجهزة هذه المنظمة عن بقية المنظمات الأخرى. حيث يتم التصويت على مضمون هذه الاتفاقيات واعتمادها في إطار مؤتمر يشارك فيه الأطراف الثلاثة على قدم المساواة كبرلمان اقتصادي واجتماعي ومهني دولي. وهو ما يجعلها أكثر تعبيراً عن مطالب وانشغالات وآمال الطبقة العاملة الموجهة لها. الأمر الذي جعلها تأخذ طابع تأسيسي لقيام ما أصبح يصطلح عليه بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، معايير العمل الدولية. Les Normes internationales du travail[24] وإذا كانت هذه الاتفاقيات في مضمونها العام ملزمة للدول المصدقة عليها من الناحية المبدئية. إلا أن تطور التشريع الدولي للعمل، في المدة الأخيرة، أبان على تقنيات جديدة في بعض الاتفاقيات الدولية للعمل، التي أصبحت تشكل منظومة قانونية متكاملة، تتضمن إلى جانب المواد القانونية الملزمة، بعض النصوص اللآئحية والإجرائية أو التوضيحية، التي تصطلح عليها بالمدونات، والتي تتكون هي الأخرى، من أحكام قانونية ملزمة، وأخرى غير ملزمة يصطلح عليها بالمبادئ التوجيهية. وقد تم اعتماد هذا الأسلوب في التشريع الدولي للعمل بصفة خاصة في الاتفاقية الدولية 186 المتعلقة بالعمل البحري لسنة 2006، والتي تم بموجبها مراجعة وتكييف أكثر من 37 اتفاقية عمل دولية سابقة متعلقة بعمال البحر.[25]وهكذا تكون هذه التشكيلة الكبيرة من اتفاقيات العمل الدولية، المتضمنة لمختلف معايير العمل الدولية في مختلف المجالات، والتي تغطي كافة النشاطات والفئات العمالية والمهنية المختلفة، وتضمن صيانة أهم الحقوق المهنية الاقتصادية والاجتماعية لكافة العمال في كل بقاع الأرض، إرثاً بشرياً مستقبلي لا يقل أهمية عن المكونات الأخرى للموروثات البشرية في مختلف المجالات الأخرى الإنسانية والحضارية والثقافية.[26]

المحور الثالث– المصادر الثانوية

توجد في منظومة القانون الدولي إلى جانب المصادر الرسمية السالفة الذكر، ما يمكن أن يصطلح عليه بالمصادر الثانوية أو غير الملزمة، أو العرفية. والتي تتميز بكونها غير ملزمة للدول بنفس الشكل الذي تعرف به المصادر السابقة. كتوصيات منظمة العمل الدولة، وإعلاناتها ومختلف أعمالها غير الملزمة بصفة مباشرة للدول الأعضاء. (الفرع الأول) إلى جانب مجموعة أخرى من الأعمال والآليات القانونية الدولية الصادرة عن بعض المنظمات والكيانات الدولية الجهوية أو الإقليمية. (الفرع الثاني)

الفرع الأول- أعمال منظمة العمل الدولية غير الملزمة

تشكل بقية أعمال منظمة العمل الدولية– إلى جانب ما سبق– باعتبارها صاحبة الولاية والاختصاص ألحصري في مجال التشريع الدولي للعمل، باعتراف منظمة الأمم المتحدة نفسها،[27] بهذا المركز وهذه الصفة، مصدر هاماً من المصادر التفسيرية أو الثانوية، للقانون الدولي للعمل، هذه المصادر الثانوية التي تتمثل في التوصيات الدولية للعمل، والإعلانات، والمبادئ التوجيهية. فبالنسبة لتوصيات العمل الدولية، فرغم أنها تصدر وفق نفس المسارات الإجرائية التي تصدر بموجبها الاتفاقيات، إلا أنها تختلف عنها في كونها ليست ملزمة للدول الأطراف في المنظمة، ولا تتطلب التصديق عليها كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقيات، ولا ترتب على الدول الأعضاء نفس الالتزامات التي ترتبها الاتفاقيات، ما عدا إلزام حكومات الدول الأعضاء بعرض هذه التوصيات على السلطات المختصة في الدول من أجل اتخاذ التدابير التشريعية والتنظيمية ومختلف الإجراءات التي تقتضيها تلك التوصية دون أن تكون ملزمة بذلك[28]، إذ يمكن للسلطات المختصة بالتشريع والتنظيم أن تنفذ بعض التدابير أو الإجراءات، أو إقرار بعض الحقوق أو الامتيازات الواردة في تلك التوصيات في قوانينها أو لوائحها، دون أن تكون ملزمة بذلك، ودون حاجة لموافقة أو تصديق على تلك التوصية لأنها ليست ملزمة أصلاً، ويمكن تطبيقها بصفة إرادية حرة. كما يمكن لأطراف التفاوض الجماعي على مختلف مستويات التفاوض الجماعي في الدولة أن تأخذ بأحكام التوصيات دون حاجة لأي إذن أو ترخيص مسبق من أية جهة كانت، دون أن تكون ملزمة بذلك، ودون أن يكون هناك نص قانوني يلزمها بذلك.

إن ما قيل عن التوصيات يصدق بشأن بقية الأدوات الأخرى التي يصدرها مؤتمر العمل الدولي، بشكل أو بآخر، والتي لا تتضمن أحكاماً قانونية دولية ملزمة للدول، ومن بين هذه الآليات والأدوات، نذكر على سبيل المثال، الإعلانات، وهي كثيرة، تصدرها المنظمة في بعض المسائل التي تراها ذات أهمية، وتقتضي تبنيها من قبل المنظمة، وإعلان رأيها أو موقفها منها، مثل "إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل ومتابعته لسنة 1998."[29]وإعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة لسنة 2008.[30] وغيرها من الإعنات العديدة الأخرى. كما يصدق كذلك على المبادئ التوجيهية التي تتضمنها بعض الاتفاقيات،[31] أو الوثائق الأخرى الصادرة عن هذه المنظمة، والتي تهدف إلى إثراء وتوحيد قواعد القانون الدولي للعمل عن طريق الالتزام أو التطبيق الحر سواء من قبل السلطات العمومية في الدول، أو من خلال التفاوض الجماعي بشأن إبرام اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية، سواء بهدف وضع قوانين مهنية اتفاقية، أو بهدف تسوية النزاعات الجماعية في العمل.

الفرع الثاني- أعمال المنظمات الدولية الجهوية أو الإقليمية

تشكل بعض أعمال المنظمات الجهوية والإقليمية التي لها علاقة بالجانب المهني والاجتماعي، مصادر هامة للقانون الدولي للعمل، حيث تتفاوت هذه الأهمية بالنظر إلى مدى علاقة هذه الأعمال بهذا الجانب القانوني الدولي. ومن أجل الوقوف على هذا الصنف من مصادر هذا القانون ارتأينا أن نبحث الموضوع من خلال أعمال كل من منظمة العمل العربية، باعتبارها منظمة متخصصة إقليمية، وأعمال منظمة الاتحاد الأوروبي باعتبارها منظمة سياسية واقتصادية واجتماعية.

أولاً . اتفاقيات وتوصيات منظمة العمل العربية

أصدرت هذه المنظمة مجموعة اتفاقيات وتوصيات بلغ عددها على غاية نهاية 2019 تسعة عشر(19)اتفاقية، وثمانية (8) توصيات رغم أن دستورها[32]، لا ينص في أية مادة من مواده على اختصاص المؤتمر العام للمنظمة بإصدار مثل هذه الأدوات القانونية الدولية،[33] لا ضمن المادة 6 المتعلقة بتعداد اختصاصات المؤتمر الذي يعتبر "السلطة العليا في المنظمة"،[34] ولا في إطار المادة الثالثة التي تحدد مجمل أهداف المنظمة.[35] وأن تداركها سنة 1997 بإصدار نظام اتفاقيات وتوصيات العمل العربية،[36] لم يستند على أي نص من نصوص دستور المنظمة، ولا إلى الميثاق العربي للعمل، وإنما جاء هكذا قرار دون أي مرجعية دستورية لوثائق منظمة العمل العربية السابقة. وهي الاتفاقيات التي لم يصدر البعض منها عن مؤتمر هذه المنظمة، لكونها صدرت عن ممثلي الهيئات الحكومية للدول العربية في إطار اجتماعات الجامعة العربية، قبل أن تباشر المنظمة عملها بتاريخ 15 أيلول/ سبتمبر 1971[37]، مما يجعلها غير مستوفية لخصوصيات اتفاقيات العمل الدولية والعربية الصادرة عن مؤتمرات العمل الدولية والعربية التي تتميز بالتركيبة الثلاثية التي يشارك فيها ممثلي العمال وممثلي أصحاب العمل على قدم المساواة مع ممثلي الحكومات. وبصفة عامة، وبغض النظر عن القيمة القانونية المبدئية أو النظرية، فإن القيمة القانونية الحقيقية أو الفعلية، كمصدر للقانون الوطني العربي، والتأثير الفعلي للاتفاقيات العربية للعمل على واقع قوانين العمل في الدول العربية، في رأينا أنه غير ذا أهمية، أو ذا قيمة أو تأثير فعلي يذكر، وذلك للأسباب والعوامل التالية:

العامل الأول: يتعلق بعدم انتظام دورات انعقاد مؤتمر العمل العربي، حيث أنه ومنذ شروع المنظمة العربية للعمل في نشاطها سنة 1971لم يتم إصدار سوى تسعة عشر (19) اتفاقية، حيث توقف عداد حساب الاتفاقيات سنة 1998، مما يعني أنه ومنذ أكثر من عقدين من الزمن لم يصدر عن المنظمة أي إنتاج يذكر[38].

العامل الثاني: يتمثل في ضعف إقبال الدول العربية على التصديق على هذه الاتفاقيات، حيث يبلغ العدد الإجمالي للتصديقات على كافة الاتفاقيات التسعة عشر (19)، ما مجموعه 127 تصديق إلى غاية نهاية سنة 2020[39]. هذا الضعف أو العزوف عن التصديق، الذي يعني بصفة صريحة ومباشرة عدم وضع أحكام هذه الاتفاقيات موضع التطبيق، وبالتالي عدم تأثيرها على القوانين الوطنية للعمل في الدول المعنية بها، خاصة وأن العديد من هذه الاتفاقات لا تتضمن أحكاماً تضاهي أحكام الاتفاقيات الدولية للعمل من حيث الدقة والوضوح والموضوعية، ناهيك عن مضامينها التي كثيراً ما تكون أقل نفعاً ليس فقط بالنسبة لأحكام الاتفاقيات الدولية لعمل، بل وعادة ما تكون أقل نفعاً مما تتضمنه القوانين الوطنية. الأمر الذي يجعلها

عقيمة وعديمة الجدوى، وغير محفزة على التصديق عليها ليس فقط من قبل الهيئات الحكومية، ولكن حتى من قبل النقابات العمالية.

العامل الثالث: ضعف آليات متابعة تطبيق هذه الاتفاقيات، بسبب ضعف التصديق عليها، كما أن مضمون هذه الاتفاقيات هو في الغالب عبارة عن خطاب سياسي وأدبي عاطفي بعيد عن الصياغة القانونية الواضحة والدقيقة التي يمكن إدماجها وترجمتها ضمن القوانين الوطنية، وذلك راجع لعدم اعتماد طرق وأساليب ومراحل تحضيرية دقيقة في إعداد مشاريع هذه الاتفاقيات، كما أن تمثيل العمال وأصحاب العمل في تركيبة هذه المنظمة هو تمثيل شكلي ديكوري لا فائدة من ورائه، بحكم عدم وجود منظمات نقابية ذات تمثيل حقيقي للعمال ولأصحاب العمل في معظم الدول العربية، قائمة على المبادئ الواردة في اتفاقيات العمل الدولية لاسيما الاتفاقية رقم 87 لسنة 1948. وذلك بحكم أن العديد من الدول العربية لم تصدق على هذه الاتفاقية إلى غاية الآن.[40] وحتى الدول التي صدقت عليها لا تطبقها على الوجه الأكمل وذلك بسبب التضييق على الحريات النقابية، وتقييد الحقوق النقابية الفردية منها والجماعية، لاسيما فيما مجال الحق في التفاوض الجماعي، وفي ممارسة حق الإضراب، وعرقلة الفعل النقابي في شتى أشكاله وصوره، كما أن الممثلين الذين يتم تعيينهم في المنظمات الدولية هم في الغالب من النقابات التابعة للسلطات العمومية أو التي تدعمها. كما كان الأمر في الجزائر بالنسبة لنقابة اتحاد العمال الجزائريين، الأمر الذي يجعل هذا التمثيل محل طعن في شرعية تمثيله للمصالح العمالية أو مصالح أصحاب العمل، لكونه يمثل في الحقيقة مصالح وتوجهات السلطات التي عينته.

العامل الرابع: أن هذه الاتفاقيات لم تقدم أية إضافة جديدة للقانون الاجتماعي العربي، ولم تحقق أي هدف من أهدافها التي سطرتها في دستورها، ومن أهمها " تنسيق الجهود العربية في ميدان العمل" و " توحيد التشريعات العمالية وظروف وشروط العمل في الدول العربية..." وذلك بسبب الشلل والجمود والعقم الذي تعاني منه هياكل وأجهزة هذه المنظمة من جهة، وضعف علاقاتها مع هيئات وأجهزة العمل الحكومية وغير الحكومية في مختلف الدول العربية، من جهة أخرى. وعدم استقلاليتها عن جامعة الدول العربية في هيكلتها وقراراتها، ونشاطاتها، من جهة ثالثة.

هذه العوامل والمعطيات التي تقلل في رأينا من فاعلية أحكام اتفاقيات العمل العربية كمصادر دولية مباشرة للقانون الدولي للعمل،(حتى لا نقول تجعلها عديمة الفاعلية والفائدة معاً) كما تبين كذلك مدى ضعف مساهمتها في إثراء هذا القانون أو ترقيته، حتى في الدول العربية نفسها. الأمر الذي يجعل نفقات هذه المنظمة، في رأينا عبء ثقيل عديم المنفعة على خزائن الدول الأعضاء فيها.

ثانياً . أعمال الاتحاد الأوروبي بشأن العمل والعمال

يعتبر كيان الاتحاد الأوروبي بكل أجهزته وهيئاته الحيوية والديناميكية النموذج الأمثل للهيئات الإقليمية والجهوية الأكثر إثراء للقانون الدولي للعمل، رغم أنه تنظيم اقتصادي بالدرجة الأولى، إلا أنه يتوفر على أنظمة وقوانين اجتماعية ذات أهمية بالغة، كان لها الفضل في ضمان الاستقرار المهني ولاجتماعي في مختلف دول الاتحاد إلى درجة أن جعلت منه شبه دولة واحدة كبيرة تسمى فضاء الاتحاد الأوروبي. الذي تحكمه قوانين موحدة رغم تمتع الدول المكونة له بكل سيادتها التشريعية والتنظيمية. وقد

قام الاتحاد الأوروبي منذ نشأته بمقتضى اتفاقية روما سنة 1957 على ثلاثة مبادئ وأهداف أساسية تمثل في: حرية تنقل اليد العاملة بين الدول الأوروبية. ومنع التمييز بين العمال على أساس الجنس والجنسية. وتوحيد الأحكام الخاصة بالصندوق الاجتماعي الأوروبي. وإحالة باقي المسائل الأخرى إلى الجزء الخاص بالسياسة الاجتماعية للدول الأوروبية، الذي تتضمنه المواد 117 إلى 122 من نفس الاتفاقية.[41] حيث تعتبر المادة 117 أهم نص يتعلق بهذا الجانب، –السياسة الاجتماعية– والتي تحدد في عدة أهداف طموحة، منها تحقيق: "استمرار تحسين ظروف حياة، وظروف العمل للطبقة العاملة، وتمكينها من التمتع بالرقي والتطور." هذا الهدف الذي يقوم على مقاربة مبدئية وهي العمل على تقارب القوانين الاجتماعية الأوروبية المتعلقة بالعمل وبالضمان الاجتماعي، لكي تصبح لاحقاً نواة لقانون أوروبي اجتماعي موحد، مع احتفاظه بالطابع الوطني الخاص به[42].

إلا أن الحديث على هذه الاتفاقية التي تشكل ميلاد الكيان الأوروبي، لا يجب أن ينسينا الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس الاتحاد الأوروبي، التي تم إبرامها في روما بتاريخ 4 نوفمبر 1950، كتطبيق أوروبي للإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.[43] هذه الاتفاقية التي تكرس وتضمن للإنسان الأوروبي نفس الحقوق المكرسة والمضمونة بمقتضى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ومنها منع استرقاق واستعباد الإنسان الأوروبي أو إلزامه بأية أعمال إجبارية أو سخرة، إلا في حدود الأعمال التي تدخل في ضمن الخدمة العسكرية في إطار أحكام القانون العسكري.[44] ومنع أي تمييز قد يمارس على الإنسان الأوروبي مهما كان الاعتبار الذي يقوم عليه.[45] ومن أهم الصكوك الأوروبية المتعلقة بالقانون الاجتماعي،" الميثاق الاجتماعي الأوروبي المعدل لسنة 1996"[46] الذي يضمن للعمال الأوروبيين حقوق ومراكز قانونية واقتصادية واجتماعية لا حصر لها،[47] ومن بينها المادة الأولى التي تتعلق بالحق في العمل، وذلك من خلال العمل على تحقيق هدف التشغيل الكامل والحفاظ عليه، وحرية اختيار العمل، ومجانية خدمات التشغيل والتوظيف، وتوفير فرص التدريب والتوجيه وإعادة التأهيل. [48]

كما صدر عن مختلف هيئات وآليات تنظيم وتسيير الكيان الأوروبي مجموعة من الآليات التي كرست العديد من المبادئ القانونية التي يقوم عليها هذا الاتحاد في مختلف المجالات، ومنها المجال الاجتماعي. منها على سبيل المثال، معاهدة ماستريخت التي تم توقيعها في 7 نيسان/ أبريل 1992 والتي تم بموجبها تأسيس ما يعرف اليوم بـ " الاتحاد الأوروبي." حيث أضاف ملحقها الخاص بالسياسة الاجتماعية الأوروبية أبعاداً جديدة للسياسة الاجتماعية الأوروبية القائمة، تتمثل في محاربة الإقصاء، وضرورة مواصلة المحافظة على الطابع التنافسي للاقتصاد الأوروبي، ودعم سياسة تحسين ظروف عمل العمال، وإعلامهم واستشارتهم في جميع مساعي إعادة إدماج الأشخاص المقصيين إلى سوق العمل[49].

كما كرست معاهدة أمستردام الموقعة في 2 تشرين الأول/ أكتوبر 1997 الدور الهام الذي يجب أن يلعبه الشركاء الاجتماعيين والاقتصاديين، من خلال مشاركتهم في وضع السياسة الاجتماعية الأوروبية، والآليات الاتفاقية التنفيذية لها، وبصفة خاصة آلية التفاوض الجماعي، الذي يجب أن تأخذ مكانتها كمصدر أساسي للقانون الاجتماعي الأوروبي. على أن لا تتدخل الهيئات الرسمية الأوروبية في المجالات

الاقتصادية والاجتماعية التي يتم التدخل بشأنها عن طريق الآليات الاتفاقية من خلال التفاوض الجماعي بين الأطراف الاجتماعية، إلا في حالة فشل هذه الآليات الاتفاقية في تحقيق أهدافها الأوروبية فقط[50].

هذه الآلية الاتفاقية التي أصبحت لاحقاً الأداة التي تعالج بمقتضاها أغلب القضايا الاجتماعية والاقتصادية، حيث أثمرت ممارساتها العديد من الاتفاقات القطاعية، وما بين القطاعات لحل العديد من القضايا، ووضع العديد من الأنظمة المهنية والاجتماعية[51].

المحور الرابع – آليات تحويل قواعد القانون الدولي الاجتماعي إلى قواعد قانون اجتماعي وطني

هناك طريقتين على الأقل لتفعيل مصادر القانون الدولي الاجتماعي كمصدر للقانون الاجتماعي الوطني، تتمثل في الأولى في الآليات الدستورية الرسمية، والمتمثلة بوجه خاص في التصديق. بينما تتمثل الثانية في القانون ألاتفاقي الذي يصنع أطراف علاقة العمل، أو ما يعرف بالتطبيق المهني لقواعد القانون الدولي الاجتماعي.

الفرع الأول - الآليات الدستورية الرسمية

الأمر المستقر في مختلف دساتير العالم. أن أحكام القانون الدولي مهما كان مصدرها عن المنظمات الدولية العامة أو المتخصصة، أو عن اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، لا تجد طريقها إلى التنفيذ والتطبيق على المستوى الوطني، إلا بعد التصديق عليها من قبل الهيئات المختصة، وفق الآليات والتدابير المنصوص عليها في الدستور. حيث تختلف الدساتير في مختلف الدول حول هذه الآليات والتدابير، كما تختلف حول القيمة القانونية لأحكام القانون الدولي بعد المصادقة عليه بالنسبة للقانون الوطني. وعليه، ووفق الدستور الجزائري لسنة 2020، والدساتير السابقة له، فإن أحكام القانون الدولي للعمل، الصادرة بمقتضى المعاهدات، والاتفاقيات الدولية للعمل، تبقى رغم تصويت ممثلي الدولة على نصها في المؤتمر غير قابلة للتطبيق على المستوى الوطني إلا بعد المصادقة عليها من قبل رئيس الجمهورية، بعد الموافقة عليها من طرف البرلمان بغرفتيه صراحة.[52] حيث تصبح أحكامها أسمى من القواعد القانونية الداخلية[53]. ومعنى هذا، أنه في حالة تعارض أو تنازع بين أحكام قاعدة قانونية منصوص عليها في آلية من آليات القانون الدولي، وقاعدة قانونية في المنظومة القانونية الوطنية، فإن الأولوية والأسبقية في التطبيق تعود للقاعدة القانونية الدولية. مع الإشارة إلى أن القاعدة الدولية بعد التصديق عليها وفق التدابير الدستورية السارية المفعول، تأخذ طابع القاعدة القانونية الوطنية من حيث التطبيق والتفسير والتعديل والإلغاء. ولا تطبق على أساس أنها قاعدة قانونية دولية، بل لأنها قاعدة قانونية وطنية صادرة بنفس الأشكال والإجراءات التي تصدر بها القواعد القانونية الوطنية. أي باعتمادها من قبل البرلمان، وإصدارها من قبل رئيس الجمهورية، ونشرها في الجريدة الرسمية.

كما يعني هذا كذلك، ضرورة إعادة النظر في كافة القوانين والنظم السارية المفعول المخالفة للأحكام القانونية الدولية، ومراجعتها بالشكل الذي يجعلها مطابقة لها، وذلك بإزالة كافة القواعد التي كانت مخالفة لها، إلا إذا كانت هذه القواعد الوطنية أكثر نفاً وأكثر فائدة للعمال من تلك التي تنص عليها القواعد القانونية الدولية، وذلك طبقاً لنص المادة 19 ف 8 من دستور المنظمة الدولية للعمل.[54]

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الموضوع هو: هل يجوز للدول أن تقيد تصديقها على اتفاقيات العمل الدولية ببعض التحفظات؟ أو أن تعلقه على بعض الشروط؟ على غرار ما هو معمول به في مختلف الاتفاقيات الأخرى.

للإجابة على هذا السؤال، وبالنسبة للشق الأول منه، يمكن القول وبصفة مبدئية أنه، رغم عدم وجود أي نص صريح في دستور منظمة العمل الدولية، يمنع هذا الشكل من التصديق. إلا أن الواقع العملي المستقر في عرف التصديق على هذه الفئة من الاتفاقيات، لا يقبل التصديق على اتفاقيات العمل الدولية مع تقيد التصديق ببعض التحفظات، وذلك لعدة اعتبارات (كنا قد أشرنا إلى بعضها من قبل)، يمكن إجمالها فيما يلي:

1 . أن اتفاقيات العمل الدولية، ذات أبعاد اجتماعية إنسانية، وهي نتيجة إرادة جماعية لكافة الشركاء الاجتماعيين والاقتصاديين في التوصل إليها، وليس لها أي طابع أو نزعة سياسية من أي نوع كان.

2 . أنها ثمرة حوار وتشاور متعدد الأطراف، ذات بنية قانونية تنظيمية

بحتة، هدفها الرقي بالموضوع الذي تناولته، وخدمة الأطراف المخاطبين بها، الذين هم دائماً فئة أو فئات معينة من العمال. وليس لها أغراض سياسية أو أية غايات أخرى غير تلك المعبر عنها في دستور المنظمة، والأهداف والدوافع الاجتماعية أو الإنسانية أو التقنية أو التنظيمية الواردة في أحكام تلك الاتفاقية والتي هي خلاصة إرادة أعضاء مؤتمر العمل الدولي الذي أعتمدها.

3 . أن صياغة واعتماد الاتفاقيات الدولية للعمل، التي في مجملها تتناول موضوع واحد معين ومحدد، يجب أن يتم بمراعاة اختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية والبنية الاقتصادية والصناعية للدول الأعضاء في المنظمة، وهي من بين أهم المسائل التي يستوجب على مؤتمر العمل الدولي مراعاتها في وضع وإصدار واعتماد هذه الاتفاقيات لكي تتمكن كل الدول من تطبيقها وفق إمكانياتها وخصوصياتها، وطبيعة بنيتها الاقتصادية والاجتماعية[55].

4 . احتواء الاتفاقيات الدولية للعمل في طياتها العديد من عناصر المرونة والتكيف مع ظروف وأوضاع مختلف البلدان الاقتصادية والاجتماعية والبنيوية، يمكن استخلاصها من مضمون الاتفاقيات الدولية للعمل نفسها[56].

5 . إن مضمون أحكام اتفاقيات العمل الدولية يمثل في الغالب الحد الأدنى من المعايير الدولية للعمل، دون استبعاد أو إلغاء حق القوانين والأنظمة، والاتفاقيات الجماعية، والعرف المهني، وكافة الممارسات الوطنية من تمكين العمال وحتى أصحاب العمل من مزايا ومنافع اقتصادية واجتماعية مادية ومعنوية أفضل من تلك التي تنص هذه المعايير الدولية، وهو ما تقره أحكام دستور المنظمة نفسه. الأمر الذي لا يترك أية حاجة لوضع أو اشتراط أي قيد أو تحفظ عند التصديق عليها[57].

أما بالنسبة للشق الثاني المتعلق بالتصديق المقيد بشروط، فإنه يعني حالات وضع الدولة شرط معين لكي تصدق على الاتفاقية، مثل أن تشترط تصديق عدد معين من الدول على الاتفاقية لكي تصدق هي عليها، أو أن تحدد نوعية الدول التي يجب أن تصدق على الاتفاقية، مثل أن تكون هذه الدول ممن تعتبر ذات الاقتصاديات المعتبرة العشرة الدائمة في مجلس إدارة المنظمة مثلاً.

الفرع الثاني - الآليات الاتفاقية المهنية

نقصد بها حالات تطبيق أحكام بعض الاتفاقيات أو توصيات العمل الدولية من طرف بعض أطراف علاقات العمل الجماعية عن طريق الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل، دون أن يكونوا ملزمين بذلك، حيث أنه رغم عدم تصديق الدولة للاتفاقية الدولية للعمل، فإنه ليس هناك ما يمنع من تطبيقها المباشر، أي الأخذ ببعض مبادئها أو أحكامها وتطبيقها في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل، وهي الحالة التي أشارت إليها المادة 19ف 5 هـ من دستور المنظمة بشكل غير مباشر،[58] حيث أنه من خصوصيات اتفاقيات العمل الدولية، بالنظر إلى طبيعتها الاجتماعية والإنسانية والمهنية، وغير السياسية، أنها لا تطبق فقط بشكل رسمي، عن طريق التصديق عليها كما أشرنا سابقاً، ولكن يمكن لأشخاص القانون الخاص، أي النقابات والمؤسسات المستخدمة (باستثناء الهيئات والمؤسسات الإدارية التي تخضع للقانون العام، والتي يخضع جل مستخدميها لقانون الوظيفة العامة) أن تتفق فيما بينها بكل حرية واستقلالية، على تبني أحكام اتفاقيات أو توصيات دولية للعمل في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية التي تربطها، شرط أن لا تكون هذه الأحكام أقل نفعاً وأقل فائدة للعمال الذين تشملهم هذه الاتفاقية، مما تتضمنه القوانين والنظم الوطنية.

الخاتمة:

نستخلص من كل ما سبق، أن القانون الدولي الاجتماعي أصبح يشكل بكل جدارة واستحقاق أحد أهم مصادر القانون الاجتماعي الوطني، من خلال تقبل الهيئات الدستورية في الدول من هيئات تشريعية وتنفيذية لمبادئه وأحكامه وآلياته القانونية الملزمة وغير الملزمة، وهو ما تترجمه وتعكسه عمليات التصديق المكثفة على آليات العمل الدولية لاسيما تلك الصادرة عن منظمة العمل الدولية، لدرجة أن بعضها (الاتفاقية الدولية للعمل رقم 182 لسنة 1999 بشأن حظر كافة أسوأ أشكال عمل الأطفال) قد حاز على تصديق جميع الدول الـ 187 الأعضاء في المنظمة.

الهوامش:

1 – راجع حول هذا النقاش المنهجي والعلمي للموضوع، شارل روسو. القانون الدولي العام. ترجمة: شكر الله خليفة، وعبد المحسن سعد. الأهلية للنشر والتوزيع. بيروت. طبعة 1987. ص 31 وما بعدها.

2 – الصادر في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1920، والتي تبنتها جملة المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية المدمج في ميثاق الأمم المتحدة بتاريخ 26 حزيران/ جوان 1945.

3 – النص الكامل للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية متاح على العنوان الرسمي للمحكمة على الموقع التالي: https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ar.pdf

4 -.Op.cit., prg 227. p179

5 – تفادي الخلط بين ما نقصده هنا، وما يعرف بالموظف الدولي، أو حالة عقود عمل بعض الإطارات والعمال المتخصصين مع مؤسسات وشركات دولية، وما يعرف بالشركات متعددة الجنسيات أو العابرة للقارات، والتي تخضع للقوانين والأعراف التي تحكم عمل هذه الشركات، من جهة. ولما يتفق عليه الأطراف هذه العلاقة بكل حرية واستقلالية، حتى أنه في بعض الحالات لا تخضع هذه العلاقات المهنية لأي قانون وطني أو دولي . أي أنها تبرم فيما يمكن تسميته بمنطقة لا قانون . سوى لما يتفق عليه الأطراف، وما يرضى به الأطراف من قوانين واختصاصات قضائية للاحتكام إليها لتسوية نزاعاتهم المهنية المحتملة. حيث أن أحكام القانون الدولي تطبق في الدول بعد التصديق على الاتفاقيات الدولية التي تتضمنه، بينما تتقيد القوانين الوطنية بمبدأ إقليمية القوانين، الذي لا يسمح لها بالتطبيق على تصرفات تجري في بلدان أخرى، أو على أشخاص ينتمون إلى جنسيات أخرى خاصة وأن هذه العقود عادة ما تبرم في دولة ما وتنفذ في دولة أخرى، تهرباً من تطبيق قوانين الدول التي تبرم فيها أو التي تنفذ فيها. وقد يتم في بعض الحالات تأطير وتنظيم هذه العلاقات المهنية بمقتضى اتفاقيات جماعية ذات بعد دولي، تبرم بين المنظمات النقابية الدولية من جهة، والإدارات المركزية المسيرة لهذه الشركات المتعددة الجنسيات، أو العابرة للقارات إما لجميع فروعها أو للبعض منها فقط. راجع بشأن الاتفاقيات الجماعية ذات البعد الدول:. مؤلفنا قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن. "القانون ألاتفاقي." ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. الطبعة الثانية. تموز/ جويلية 2013. ص 157 وما بعدها. أحمية سليمان: "النظام القانوني للاتفاقيات الجماعية للعمل ذات المستوى الدولي." المنشور ضمن المؤلف الجماعي بعنوان: "علاقات العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي في ظل اقتصاد متحول." الصادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد بوضياف. المسيلة. الجزائر. ماي 2019.

6 – راجع بشأن المصادر العرفية للقانون الدولي للعمل، وكيفية تكوينها ضمن هذا القانون نفسه، محمود مسعد محمود، دور منظمة العمل الدولية في خلق وتطبيق قانون دولي للعمل، دار النهضة العربية. القاهرة، بدون سنة نشر، ص 270 وما بعدها.

7 – الحقيقة أن الاهتمام بهذا الموضوع كان قد بدأ في عهد عصبة الأمم التي أصدرت عدة صكوك في هذا الشأن من ضمنها على سبيل المثال، الاتفاقية الخاصة بالرق. التي تم توقعها في جنيف في 25 أيلول/ سبتمبر 1926 ودخلت حيز النفاذ في 9 آذار/مارس 1927. والتي تم تعديلها بالبرتوكول المحرر في مقر الأمم المتحدة في نيويورك، بتاريخ 7 كانون الأول/ديسمبر 1953، الذي دخل حيز النفاذ في 7 تموز/يوليه 1955.

8 –المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة217 ألف (د–3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948، لاسيما المادة 23 منه.

9 – المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د–21) المؤرخ في 16كانون الأول/ ديسمبر 1966 الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 3 كانون الثاني/ يناير 1976، سبقت الإشارة إليه.

10 – المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د–21) المؤرخ في 16كانون/ ديسمبر 1966. سبقت الإشارة إليه.

11 – اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د–20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ ديسمبر 1965 تاريخ بدء النفاذ: 4 كانون الثاني/يناير 1969. المرجع:
https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx

12 – يراجع نص الاتفاقية على الموقع التالي:
https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx

وكذلك **البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر1999 تاريخ بدء النفاذ 22 ديسمبر 2000،**
البروتوكول متاح على الموقع: *https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/OPCEDAW.aspx*

13 – الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989،تم اعتمادها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/ 25 بتاريخ 20 تشرين الثاني/ نوفمبر 1989. ودخلت حيز التنفيذ في 2 أيلول / سبتمبر 1990 .

http://hrlibrary.umn.edu/arabic//subdoc.htm..

14–الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم اعتمدت بقرار الجمعية العامة 158/45 المؤرخ في 18 كانون الأول/ ديسمبر 1990. وقد دخلت حيز التنفيذ في 1 تموز/ جويلية 2003. والتي صدقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي 04 . 441 المؤرخ في 29 كانون الأول/ ديسمبر 2004.المتضمن التصديق بتحفظ على الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 18 كانون الأول/ ديسمبر 1990. الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2005. وكذلك البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية. المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 أيار/ مايو 2000 دخل حيز النفاذ في 18 يناير 2002. نص البروتوكول متاح على الموقع: *https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx*

15 – Nicolas Valticos. Op cit., p.141

16 – ينظر النص الكامل لدستور منظمة العمل الدولية على الموقع التالي:
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/legaldocument/wcms_629341.pdf.le 30 - 12 - 2019. 00h30

17 – الفقرتين 2 و3 من المادة الأولى لدستور المنظمة.

18 – تنص المادة 1 ف 4 من دستور المنظمة، على أنه:" 4 . وللمؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية أن يقبل دولاً أعضاء في المنظمة بأغلبية تبلغ ثلثي عدد المندوبين المشتركين في الدورة، وتضم ثلثي عدد المندوبين الحكوميين الحاضرين المقترعين ويبدأ نفاذ هذا القبول بمجرد قيام حكومة الدولة العضو الجديد بإبلاغ المدير العام لمكتب العمل الدولي بقبولها الرسمي بالالتزامات الناشئة عن دستور منظمة العمل الدولية.

19 – تنص المادة 1ف 1من دستور المنظمة، على أنه:"1 . تنشأ بمقتضى هذا الدستور منظمة دائمة يناط بها العمل على تحقيق الأهداف المبينة في ديباجة هذا الدستور وفي الإعلان الخاص بأهداف ومقاصد منظمة العمل الدولية، الذي اعتمد في فيلادلفيا يوم 10 أيار/ ماي 1944 والمرفق نصه بهذا الدستور.

20 – تنص ديباجة دستور المنظمة على أنه: *" لما لم يكن هناك من سبيل إلى إقامة سلام عالمي ودائم إلا إذا بني على أساس من العدالة الاجتماعية.*

ولما كانت هناك ظروف عمل تنطوي على إلحاق الظلم والضنك والحرمان بأعداد كبيرة من الناس، فتولد سخطاً يبلغ من جسامته أن يعرض السلام والوئام العالميين للخطر، وكان من الملح تحسين الظروف المذكورة، وذلك مثلاً بتنظيم ساعات العمل، بما في ذلك وضع حد أقصى لساعات العمل اليومية والأسبوعية، وتنظيم عرض العمل، ومكافحة البطالة، وتوفير أجر يكفل ظروف معيشة مناسبة، وحماية العمال من العلل والأمراض والإصابات الناجمة عن عملهم، وحماية الأطفال والأحداث والنساء، وكفالة معاش للشيخوخة والعجز، وحماية مصالح العمال المستخدمين في بلدان غير بلدانهم، وتأكيد مبدأ الأجر المتساوي عن العمل المتساوي، وتأكيد مبدأ الحرية النقابية، وتنظيم التعليم المهني والتقني، وغير ذلك من التدابير.

وكذلك لما كان في تخلف أي أمة عن توفير ظروف عمل إنسانية، عقبة تعطل جهود غيرها من الأمم الراغبة في تحسين أحوال العمل داخل بلدانها.

فإن الأطراف السامية المتعاقدة تقرر، مدفوعة بمشاعر العدالة والإنسانية وبالرغبة في تحقيق سلام عالمي ودائم، وتطلعاً منها إلى بلوغ الأهداف المحددة في الديباجة، إقرار دستور منظمة العمل الدولية التالي نصه."

21 – راجع بشأن مختلف آليات ومراحل وإجراءات وشكليات إدراج ومناقشة واعتماد اتفاقيات وتوصيات العمل الدولية. دليل الإجراءات الخاصة باتفاقيات وتوصيات العمل الدولية 2012. والتي سوف نشير إليها لاحقاً، اختصاراً بعبارة " دليل الإجراءات فقط." الموقع الرسمي لمنظمة العمل الدولية: www.ilo.org/publns .

22 – وتصنف منظمة العمل الدولية مجمل الاتفاقيات الدولية للعمل إلى ثلاثة أصناف هي:

أ . الاتفاقيات الأساسية: وعددها ثمانية (8) وكلها نافذة وتتمثل في:

. الاتفاقية 29 بشأن العمل الجبري. لسنة 1930. التي حصلت على178 تصديق. إلى نهاية شهر آب/ أوت 2020. من بينها الجزائر في تشرين الأول/ أكتوبر 1962. دخلت حيز التنفيذ في 01 أيار/ ماي 1932.

. الاتفاقية 87 بشأن الحرية النقابية وحق التنظيم. لسنة 1948. التي دخلت حيز التنفيذ في 4 تموز/ جويلية 1950. وقد حصلت على تصديق 155دولة، من بينها الجزائر بتاريخ 19 تشرين الأول/ أكتوبر 1962.

. الاتفاقية 98 بشأن حق التنظيم والتفاوض الجماعي لسنة 1949. والتي دخلت حيز التنفيذ في 18تموز/ جويلية 1951. وقد حصلت على تصديق 167دولة إلى نهاية 2019، ومنها الجزائر بتاريخ 19 تشرين الأول/ أكتوبر 1962.

. الاتفاقية 100 بشأن المساواة في الأجور. لسنة 1951. التي حصلت على173 تصديق. من بينها الجزائر في 19 تشرين الأول / أكتوبر 1962. دخلت حيز التنفيذ في23 أيار/ ماي 1953.

. الاتفاقية 105 بشأن إلغاء العمل الجبري. لسنة 1957. التي حصلت على176 تصديق. من بينها الجزائر في 12 حزيران/ جوان 1969. دخلت حيز التنفيذ في 1 أيار / ماي 1932.

. الاتفاقية 111 بشأن التمييز في التشغيل والمهنة. لسنة 1958. التي حصلت على175 تصديق. من بينها الجزائر في 12 حزيران/ جوان 1969. دخلت حيز التنفيذ في 15 حزيران/ جوان 1960.

. الاتفاقية 138 بشأن السن الأدنى للتشغيل. لسنة 1973. التي حصلت على173 تصديق. من بينها الجزائر في 30 نيسان/ أفريل 1984. دخلت حيز التنفيذ في 19 حزيران/ جوان 1976.

. الاتفاقية 182 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال. لسنة 1999. التي حصلت على187 تصديق. من بينها الجزائر في 09 شباط/ فيفري2001. أي جميع الدول الأعضاء في منظمة العمل الدولية. دخلت حيز التنفيذ في 19 حزيران/ جوان 1976. آخرها تصديق دولة الطوغو في 4 أب/ أوت 2020. أنظر بشأن الوضعية الرسمية للتصديق على اتفاقيات العمل الدولية إلى غاية نهاية كانون الأول/ديسمبر 2020. الموقع الرسمي لمنظمة العمل الدولي *https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12001:::NO:::*

ب . الاتفاقيات ذات الأولوية، أو اتفاقيات الحكامة: وعددها أربعة (4) وكلها نافذة وتتمثل في:

. الاتفاقية 81 بشأن مفتشية العمل لسنة 1947.

. الاتفاقية 122 بشأن بسياسة التشغيل لسنة 1964.

. الاتفاقية 144 بشأن التشاور الثلاثي لتعزيز تطبيق معايير العمل الدولية. لسنة 1976.

. الاتفاقية 129 بشأن تفتيش العمل (الزراعة) لسنة 1969

ج . الاتفاقيات التقنية: وعددها مائة وثمانية وسبعون (178) منها 162 اتفاقية نافذة، و16 اتفاقية ملغاة. أو تم سحبها. وتتمثل في بقية الاتفاقيات غير تلك المشار إليها في الصنفين السابقين.

23 – وقد صدقت الجزائر على 60 اتفاقية منها: 8 أساسية، و3 ذات الأولوية، و49 تقنية. منها 46 سارية المفعول، و12 غير سارية المفعول بسبب نقضها، أو إلغائها، لاسيما تلك التي تم توقيف العمل بها بعد صدور الاتفاقية 186 بشأن عمال البحر. أنظر في هذا الشأن:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102
2021/04/16.908 11:48:17 م

-24Nicolas Valticos. Op .cit., p128 et s.

25 – حيث تتضمن هذه الاتفاقية ديباجة، و16 مادة، منها المادة 10 التي تتعلق بالنص على تعديل ومراجعة الاتفاقيات الـ 37 السابقة الخاصة بالعمل البحري. ومذكرة توضيحية لبيان طبيعة أحكام هذه الاتفاقية، وأخيراً القسم الخاص باللوائح والمدونة، وهو الجزء الذي يحوز على الحصة الكبرى من مضمون الاتفاقية، وهو الذي يتضمن الأحكام الملزمة الواردة تحت عنوان " ألف ". والأحكام غير الملزمة المتعلقة بالمبادئ التوجيهية، الواردة تحت عنوا " باء ".

26 – راجع Les normes internationales du travail un patrimoine pour l' avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Sous la direction de. JEAN – CLAUDE JAVILLIER et BERNARD GERNIGON. Préface de JUAN SOMAVIA. B I T. Genève. 2004.

27 – يراجع بشأن هذا الاعتراف المادة الأولى من اتفاق منظمة العمل الدولية ومنظمة الأمم المتحدة الموقع في 3 تشرين الثاني/ نوفمبر 1945 باعتمادها كأول وكالة متخصصة تابعة لمنظومة منظمة الأمم المتحدة. وثيقة الاتفاق ملحقة بوثيقة دستور منظمة العمل الدولية. المرجع السابق.

28 – راجع بشأن الالتزامات التي ترتبه التوصيات على حكومات الدول الأعضاء في المنظمة. المادة 19ف6 من دستور منظمة العمل الدولية. المرجع السابق.

29 – اعتمده مؤتمر العمل الدولي في دورته 86 التي عقدت في جنيف بتاريخ 18حزيران/ جوان 1998.

30 – الذي اعتمده مؤتمر العمل الدولي في دورته 97 بجنيف بتاريخ 10حزيران/ جوان 2008. النص الكامل للإعلان متاح على الموقع:*http://www.un.org/ar/events/socialjusticeday/assets/pdf/Declaration.pdf*

31 –راجع بعض هذه المبادئ التوجيهية الواردة في الاتفاقية 186 بشأن العمل البحري لسنة 2006 التي تم اعتمادها في الدورة 94 لمؤتمر العمل الدولي بجنيف بتاريخ 23 شباط/ مارس 2006، والتي دخلت حيز التنفيذ في 20 أب/ أوت 2013. وقد حصلت على 96تصديق إلى نهاية 2019. من بينها الجزائر التي صادقت عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 15. 260 المؤرخ في 7 تشرين الأول/ أكتوبر 2015. الجريدة الرسمية عدد 05 لسنة 2015. ص 3 وما بعدها. وقد عرفت عدة تعديلات.

32 – الذي تمت الموافقة عليه بمقتضى قرار مجلس جامعة الدول العربية في دورته 43 بتاريخ 21 كانون الثاني/ جانفي سنة 1965. ليتم إنشاء المنظمة بتاريخ 8 كانون الثاني/ جانفي سنة 1970 بقرار من مؤتمر وزراء العمل العرب، وذلك بعد اكتمال العدد اللازم من تصديقات الدول الأعضاء على الميثاق العربي للعمل ودستور المنظمة. لتباشر عملها بتاريخ 15 أيلول/ سبتمبر 1972. النص الكامل للدستور متاح على موقع المنظمة التالي: www.arablegalnet.org

33 – لقد نظم دستور منظمة العمل الدولية هذه المسألة بشكل مفصل ودقيق في المادة 19 منه بفقراتها الثمانية، التي أدخلت عليها لاحقاً عدة تعديلات من أجل توضيح كل ما له علاقة بمهام وصلاحيات المنظمة بشأن إصدار واعتماد الاتفاقيات والتوصيات الدولية للعمل.

34 – أنظر النص الكامل للمادة 6 منه وهي المتعلقة بصلاحيات واختصاصات المؤتمر الذي يعتبر الهيئة السيادية في المنظمة على الموقع الرسمي لمنظمة التالي: www.arablegalnet.org

35 – أنظر النص الكامل للمادة الثالثة من دستور المنظمة العربية للعمل المتعلقة بأهداف منظمة العمل العربية. على نفس الموقع السابق.

36 – جاء هذا النظام دون ديباجة أو مقدمة، بنص المادة الأولى منه على أن: " يدخل في اختصاص مؤتمر العمل العربي إصدار اتفاقيات و/ أو توصيات عمل عربية حول قضايا العمل والعمال في الدول العربية."
content/uploads/2016/01/Arab_labor_Convention_Recommendations_System.pdf

37 – وهي الاتفاقيتين رقم 1 و 2 الصادرتين عن مؤتمرات وزراء العلم العرب في سنة 1966و 1967على التوالي. ينظر نص الاتفاقيتين على الموقعين:

. الاتفاقية العربية رقم 1:

https://alolabor.org/wp-content/uploads/2010/10/Ar_Convention_1.pdf

. الاتفاقية العربية رقم 2:

https://alolabor.org/wp-content/uploads/2010/10/Ar_Convention_2.pdf

38 – الاتفاقيات التي تم إصدارها لاحقاً لم تتم بصفة منتظمة، حيث صدر عن بعض الدورات اتفاقيتين وأحيانا ثلاثة، في حين لم تصدر عن بعض الدورات أية اتفاقية. يراجع مختلف هذه الاتفاقيات على الموقع الرسمي للمنظمة التالي:.14h30..-2019..30.12https://alolabor.org/?page_id=15367

39 – حيث أن أغلب الاتفاقيات لم تحصل على تصديق ثلث عدد الدول العربية الـ 22. وأن 5 اتفاقيات فقط تجاوز عدد التصديق عليها من طرف أكثر من نصف عدد العدول العربية. وأن الدول العربية الأكثر تصديقاً على هذه الاتفاقيات هي البلدان ذات الاقتصاديات الهشة وغير المنتجة، والتي تعاني من مشاكل هيكلية وتنظيمية، كبيرة، ويمكن ترتيبها على النحو التالي: فلسطين: بالتصديق على 18 اتفاقية. العراق بالتصديق على6 اتفاقيات. مصر بالتصديق على 13 اتفاقية رغم وجود المنظمة على إقليمها. سوريا والسودان بالتصديق على11 اتفاقية. إضافة إلى ليبيا التي صدقت على 8 اتفاقيات، بينما لم تصدق الجزائر حسب قائمة التصديق الصادرة عن منظمة العمل العربية سوى على 3 اتفاقيات. ينظر بشأن جدول التصديق على اتفاقيات العمل العربية إلى نهاية ديسمبر 2019. الموقع التالي:http://hrlibrary.umn.edu/arabic/aradoc.html

40 –لم تصدق على هذه الاتفاقية نصف الدول العربية وهي: المملكة الأردنية، الإمارات العربية المتحدة. مملكة البحرين. المملكة السعودية. السودان. الصومال. سلطنة عمان. دولة فلسطين. دولة قطر. لبنان. المملكة المغربية.

41 – ينظر في هذا الشأن: *Michel Miné – Christine Boudineau – Anne Le Nouvel – Marie Mercat– Bruns et Bruno Silhol. DROIT SOCIALE INTERNATIONAL ET EUROPÉEN EN PRATIQUE. EYROLLES. Éditions d'Organisation. 2010. P. 39 et s.*

42-*« promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès », op.cit.,p4*

43 – النص الكامل لاتفاقية متاح على الموقع: http://hrlibrary.umn.edu/arab/eupro7.html

44 – المادة 4 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. المرجع السابق

45 – تنص المادة 14 من هذه الاتفاقية على أنه:" *يكفل التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز أياً كان أساسه: كالجنس، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو العقيدة، أو الرأي السياسي أو غيره، أو الأصل القومي، أو الاجتماعي، أو الانتماء إلى أقلية قومية، أو الثروة، أو الميلاد، أو أي وضع آخر.*

46 – الذي بدأ العمل به بتاريخ 7 كانون الثاني/ جانفي 1999. النص الكامل للميثاق متاح على الموقع:

http://hrlibrary.umn.edu/arab/eu-soc-charter.html

47 – راجع الجزء الأول من هذه الميثاق الذي على مجموعة من الحقوق الأساسية للعمال يصعب ذكرها في هذه العجالة.

48– راجع كذلك المادة 2 إلى 15 من نفس الاتفاقية التي تتعلق بمجموعة كبيرة من الحقوق المهنية والاجتماعية

الأخرى. المرجع السابق..

49−Michel Miné - Christine Boudineau - et autres, op. cit., p. 42.:

50 – المرجع السابق. ص 42 . 43.

51 – نفس المرجع. ص44.

52 – تنص المادة 153 من الدستور الجزائري لسنة 2020 (المادة 149 من الدستور المعدل لسنة 2016) بأن:" *يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة* المرجع السابق. يراجع بشأن الالتزامات المترتبة على تصديق اتفاقيات العمل الجماعية تجاه مكتب العمل الدولي، المادة 19 ف5د. وكذا المادة 22 من دستور منظمة العمل الدولية. المرجع السابق.

53 – وذلك وفق نص المادة 154 من دستور 2020 (المادة 150 من الدستور المعدل لسنة 2016)، التي تنص على أن: *"المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."* المرجع السابق.

54 – سبقت الإشارة إليها، وذلك طبقاً لمبدأ النظام العام الاجتماعي (أي أولوية تطبيق القاعدة الأكثر نفعاً للعام مهما كان مصدرها وترتيبها في هرم القوانين قبل غيرها من القواعد القانونية أو العرفية الأخرى) الذي يعتبر علامة وخاصية مميزة، لقواعد القانون الاجتماعي الوطنية والدولية. ونشير هنا، إلى أن مجمل اتفاقيات العمل الدولية تتضمن في خواتمها أحكاماً خاصة بالقواعد المعتمدة في التصديق عليها وكيفيات تبليغ التصديق إلى مكتب العمل الدولي، ومختلف الأحكام والإجراءات المتعلقة بهذه العملية. ينظر في هذا الشأن الفقرة 26 من دليل الإجراءات. المرجع السابق ص 16. ينظر كذلك بصفة خاصة أحكام المادتين 8 و11 من اتفاقية العمل الدولية رقم 186 بشأن العمل البحري، المرجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 05 الصادرة في 31 كانون الثاني/ جانفي 2006. ص 3 وما بعدها.

55 – راجع في هذا الشأن المادة 19 ف 3 من دستور المنظمة.

56 – راجع مجمل عناصر المرونة التي تم سرد بعضها في البند 9 من دليل الإجراءات. المرجع السابق ص 16.

57 – وذلك وفق نص المادة 19 ف 8 من دستور المنظمة سبقت الإشارة إليها. أنظر في هذا الشأن كذلك: Nicolas Valticos. المرجع السابق. فقرة 719. ص 551 وما بعدها. وكذلك: محمود مسعد محمود. المرجع السابق. ص 363.

58 – تنص هذه الفقرة على أنه: *"إذا لم تحصل الدولة العضو على موافقة السلطة أو السلطات التي يقع الموضوع في نطاق اختصاصها، لا تتحمل أي التزام آخر باستثناء وجوب قيامها، على فترات مناسبة يحددها مجلس الإدارة، بإبلاغ المدير العام لمكتب العمل الدولي بموقفها القانوني والعملي إزاء المسائل التي تعالجها الاتفاقية، مع عرض المدى الذي تم بلوغه، أو يعتزم بلوغه، من إنفاذ أي من أحكام الاتفاقية عن طريق التشريع أو الإجراءات الإدارية أو الاتفاقات الجماعية أو أي طريق آخر، وبيان الصعوبات التي تمنع أو تؤخر التصديق على الاتفاقية المذكورة.".*

أي تدويل للعقد الدولي!

Which internationalization of the contract!

الطيب زروتي [1]، أستاذ التعليم العالي

[1] كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، ta.zerouti@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2021/10/25 تاريخ القبول:2021/10/30 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

أصبح تدويل العقد واقعا مفروضا بفعل التعامل الدولي والقوى الضاغطة المآزة لهذا المنحى القانوني، وبسبب عدم ملاءمة النظام التقليدي الذي يحكم آليات نظام المعاملات الدولية (منهج الإسناد المنتقد والذي لا تستوعب ألياته القانونية نظام العقود الدولية المركبة والحديثة)، فأنه يتعين البحث عن التدويل المناسب: إما تدويل موجه اتفاقي تشارك فيه كل الجهات النظامية المعتمة بالعلاقات التجارية الدولية، وهذا ما كانت تطمح إليه الدول النامية خاصة من أجل إيجاد نظام يساعدها على تحويل التكنولوجية. وإما تدويل طليق حسب ما تطمح لتحقيقه المؤسسات التجارية الدولية والهيئات العلمية الداعمة لها ومؤسسات التحكيم الدولي، والتي تعتبر قانون التجارة الدولي lex mercatoria بوصفه قانونا مهنيا. ولكن هل حقيقة قانون التجارة الدولي المهني يشكل نظاما قانونيا متكاملا، وبإمكانه الاستغناء عن منهج الإسناد في تنازع القوانين؟

الكلمات المفتاحية: عقد دولي، قواعد الاسناد، قانون الإرادة، قانون العقد، تدويل العقد.

Abstract:

And since the internationalization of the contract became an imposed reality due to the international dealing and the imposing forces that support this legal approach and because of the uncompatibility of the traditional system that rules the mechanisms of international dealings (the criticised attribution method in which its legal mechanisms don't absorb the system of modern and complex international contracts) and therefore it's necessary to find the compatible form of internationalization: whether it's an agreed planned internationalization with the participation of all the statutory bodies that are concerned with the international trade relations, and that was the wish of the developing countries espicially in order to find a system that help them to transform technology, or free internationalization, an idea supported by international trade enterprises and their backing-up scientific bodies along with the international arbitration institutions, which consider the trade law as a professional law (lex mercatoria), but does it really constitue a complete legal system that can dispense the attribution method in the case of conflict between the laws?

Key words: International contract, rules of attribution, law of will, law of contract, internationalization of contract

المؤلف المرسل: الطيب زروتي ، الإيميل المهني: ta.zerouti@yahoo.fr

مقدمة:

قد يطرح بكل بساطة السؤال التالي: لماذا عقد دولي وتدويل نظامه، ما دام هناك قواعد قانونية تحكم تلك المعاملات في مختلف النظم القانونية الوطنية؟ الإجابة ببساطة أيضا، أن أحكام العقود الداخلية غير ملائمة موضوعيا لحكم المعاملات التجارية الدولية في العصر الحديث، نظرا لتنوعها وتشابك العلاقات القانونية فيها. وعدم صلاحية حكمها بالقانون الداخلي. لذلك سعى فقهاء قانون التجارة الدولية Lex mercatoria. لإيجاد نظام قانوني مشترك للعقد الدولي، مستقل عن أنظمة القانون الوضعي الداخلي، في شكل نظرية عامة للعقد، على غرار نظرية العقد في القانون الوطني، منظمة بقواعد موضوعية أو مادية من وضع "الفاعلين" في مسرح العلاقات التجارية الدولية، وهم رجال الأعمال، التجار، المهنيون، المتعاملون الدوليون، المتعاقدون. وتفرض تلك الأحكام وتطبق، وتصدر لميادين أخرى، كلما دعت الحاجة. وذلك هو نظام عولمة الإطار القانوني للعلاقات التجارية الدولية بشكل طليق. و بالتالي، كما يقول أحد عمداء القانون التجاري "على الدولة أن تتدخل وتنظم الواقع كما هو، وإلا انتظم الواقع خارج القانون". والنتيجة معروفة. كما وضحها أحد فقهاء الدول النامية، بقوله "على الدول المستقلة أن تدفع ضريبة الدخول إلى النادي العالمي بألا تناقش المفاهيم القانونية المقررة وتقبل بها كما تملى عليها ".

تلك هي أسطورة تدويل نظام العقد الدولي تدويلا طليقا، لا يتقيد بمبدأ ولا يراعي مصلحة وطنية ولا يقبل حواجز ولو تقررت باتفاقيات دولية، والأهم من ذلك، أن تروج له وتجاريه هيئات التحكيم التجاري الدولي وتطبق عاداته وأعرافه وممارساته واشتراطات عقوده النموذجية والصيغ العامة، على أنها نظام قاضي التحكيم lex arbitri، الذي يحب عليه أن يلتزم بتطبيقه، كما يلتزم القاضي الوطني بأحكام قانونه، وأن تلك القواعد والعادات تشكل نظاما مستقلا لقانون التجارة الدولي، وهو المؤهل وحده لحكم العقود الدولية.

تلك هي الإشكالية المطروحة في هذه المداخلة، ولتحليل مختلف جوانبها، ارتأيت التطرق لمحورين، الأول، خاص بأزمة العقود الدولية وعوامل تفعيلها، باعتبارها سبب البحث عن البديل. والثاني، يتعلق بتحليل الجوانب القانونية للبديل المقترح. وهو، إما تدويل نظام هذه العقود تدويلا "موجها أو نظاميا"، ولكن يبدو أن تحقيقه ما زال بعيدا بسبب إجهاض الجهود الدولية العاملة في هذا السياق، والثاني تدويله تدويلا طليقا في أطار نظام العولمة ووسائله القانونية هي أحكام قانون التجارة الدولي.

المبحث الأول – أزمة توطين العقد الدولي

ينصب البحث في هذا المحور حول توضيح ثلاثة مسائل رئيسية:

-مفهوم دولية العقد، حتى نميز العقد الدولي عن العقد الداخلي، لما يترتب على ذلك من أثار قانونية في غاية الأهمية (مط 1).

-المقصود بتوطين العقد الدولي، وذلك من خلال الوسيلة والمنهج القانونين والقواعد المطبقة (مط 2).

-مظاهر أزمة توطين العقد وفيها نحلل مختلف الإشكالات القانونية التي ترتبت عليها تلك الأزمة، وما إذا كان ممكنا تجاوزها مع البقاء في نفس الإطار والمنهج القانوني (مط 3).

المطلب الأول- مفهوم دولية العقد

إن ما يدعو لتحديد مفهوم العقد الدولي وتمييزه عن العقد الداخلي، الأهمية التي يكتسيها العقد الدولي من حيث نظامه القانوني وأهميته الاقتصادية.

بالنسبة للمسألة الأولى، من المعروف أنه بمجرد تكييف العلاقة القانونية والتأكد من طابعها الدولي، يستبعد التطبيق التلقائي للقانون الداخلي، ويحل محله، إما تطبيق قواعد التنازع أو قواعد موضوعية دولية، اتفاقية أو عرفية. كما أن أطراف العقد الدولي وحدهم يتمتعون بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بخلاف العقد الداخلي، بل ويجوز لهم إدراج شروط عقدية تعد باطلة طبقا للقانون الوطني. وبخصوص اللجوء للتحكيم في العقود الدولية، فاتفاق التحكيم في العقد الدولي له استقلالية كاملة عن العقد الوارد فيه، ولو كان شرطا فيه، فلا يتأثر بحالة بطلان ذلك العقد، ومن الجائز أن يخضع تنظيمه لقانون أخر، ويتمتع أطراف العقد والمحكم بحرية واسعة في تنظيم عملية التحكيم وفي تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

أما النسبة للمسألة الثانية، فإن العقود الدولية هي الوسيلة القانونية للتبادل الدولي للخدمات والسلع وموضوعها لا يقاس بحجم المبادلات الداخلية، لذلك حظيت في القانون المعاصر بتنظيم محكم، وطنيا ودوليا، نظرا لتنوع أنماطها وتعدد وتشابك العلاقات القانونية فيها، وتدخل جهات ووسطاء للتحكم في الوسائل القانونية الفاعلة لتنفيذها وآثارها. كما أن العقود الدولية الصناعية وعقود الإنشاءات الهامة واستخراج الثروات، وعقود تحويل التكنولوجيا والمعارف الفنية والمساعدة التقنية، تهم في الغالب التنمية الوطنية للبلد المضيف للاستثمار الأجنبي، وهي عقود طويلة المدى ومستمرة التنفيذ، وهذا يتطلب خبرة واسعة للتفاوض فيها وتحريرها ومتابعة تنفيذها والضمانات المالية المرتبطة بذلك. لهذه الاعتبارات جميعا، من الضروري ضبط مفهوم العقد الدولي وتمييزه عن العلاقات القانونية الأخرى المشابهة له.

لم يضع القانون الجزائري – على غرار القوانين الأخرى – بصفة مباشرة معيارا لضبط دولية العقد، إلا أن الفقه والقضاء في مختلف الأنظمة القانونية سد هذا النقص، وعادة ما يستنتج مفهوم دولية العقد من معيار دولية التحكيم المعتمد لتحديد اختصاص التحكيم التجاري الدولي باعتبار موضوعه هو منازعات العقود الدولية. سوف نبحث هذه المسألة في القانون المقارن (الفرع الأول) ثم نحلل موقف القانون الجزائري من معايير دولية العقد (الفرع الثاني) وهذا نظرا لأهمية تمييز نظام العقد الدولي عن العقد الداخلي، كما رأينا سابقا.

الفرع الأول- معايير دولية العقد في القانون المقارن

نبحث هذه المسألة من خلال موقف القضاء والفقه والتشريع.

أولا – موقف القضاء من معيار دولية العقد

تبنى القضاء الفرنسي المعيار الاقتصادي في دولية التحكيم التجاري المتعلق بالعقود الدولية منذ ثلاثينات القرن الماضي[1]. فقالت محكمة النقض إن التحكيم يكون تجاريا دوليا إذا تعلق النزاع بشؤون

التجارة الدولية[2] وقالت أيضا، يأخذ التحكيم الصفة الدولية بالنظر إلى الطبيعة الجوهرية للنزاع المطروح[3] . وجاء في حكم لمحكمة استئناف باريس، أن الطبيعة الدولية للتحكيم لا تستند إلى مكان إجرائه ولا إلى جنسية المحكمين، ولكن إلى كون المسألة المعروضة مسألة دولية، أي أن موضوع النزاع يدخل ضمن شؤون التجارة الدولية[4]. ورغم أن القضاء الفرنسي يبدو متمسكا بهذا المعيار في أحكامه الحديثة، فقد جاء في حكم محكمة استئناف باريس في 12/9/ 1980[5]، بأن الصفة الدولية للتحكيم تتوفر إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية، puisque il met en jeu les Intérêts du commerce international[6]، إلا أن القضاء أحيانا، استخلص الصفة الدولية بالجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، معترفا بصعوبة التمييز بينهما ودقتها[7]، وهكذا يتضح، أنه قبل إقرار المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بتعديل سنة 1981، لم يكن القضاء الفرنسي مستقرا على معيار واحد.

أما القضاء الأمريكي فيسير في اتجاه مراعاة خصوصيات التجارة الدولية ومتطلباتها وازدهارها، مما يقتضي التجاوب وفسح المجال لتقبل عاداتها وآلياتها القانونية، ولكن دون إشارة واضحة للمعيار المعتمد. وأخذ القضاء المصري في بعض أحكامه قبل إقرار قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بالمعيار الاقتصادي [8]. وبالمثل تبنّت هيئات التحكيم الدولي المعيار الاقتصادي، وهذا الموقف له مبرراته، فمن جهة يحاول هذا القضاء – وهو قضاء تجاري أصيل بطبيعته– أن يساير فقهاء التجارة الدولية في نظرياته المستمدة من واقع التعامل التجاري وأهدافه الخاصة بإنجاز العملية التجارية وتحقيقها في ذاتها دون اعتبار للقانون الوطني المختص بحكمها، ومن ناحية أخرى إن قضاء التحكيم تأثر باجتهاد القضاء الفرنسي في تحديده مفهوم دولية العقد والتحكيم الخاص به[9].

ثانيا – موقف الفقه المقارن:

تأثر الفقهاء في تحديد دولية التحكيم بتعريفهم للعقد الدولي باعتبار التحكيم يتعلق بمنازعات العقود الدولية. وفي هذا الصدد هناك من أخذ بالمعيار الاقتصادي وهناك من أخذ بالمعيار القانوني.

1– تبني المعيار الاقتصادي critère économique:

كما سبقت الإشارة، إن التحكيم الدولي بخصوصياته وجد للفصل في منازعات العقود الدولية، وما دامت تترتب بالضرورة على هذه الأخيرة، أثار اقتصادية متقابلة عبر الدول وتمس بمصالح التجارة الدولية فإن التحكيم المتعلق بها يكون دوليا لنفس الأسباب والمعيار. ويجب أن تفهم التجارة الدولية بمعناها العام الواسع دون التقيد بالتصنيف الداخلي للأعمال المدنية والتجارية، فيعد تحكيما تجاريا دوليا وفقا للقانون النموذجي التجاري الدولي لسنة 1985، التحكيم المتعلق "بجميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستثمارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاقات أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة، وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل

البضائع أو الركاب جوا وبحرا وبالسكك الحديدية و بالطرق البرية ". بل ويشمل استغلال الحقوق المعنوية ونقل التكنولوجيا والخدمات الأخرى ذات الطابع الثقافي والاقتصادي، كما يشمل في رأي البعض – متأثرين بقضاء التحكيم– عقود الامتياز وعقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة طرفا فيها.

تبنى المعيار الاقتصادي للتحكيم الدولي فقهاء القانون التجاري الدولي مثل B. Goldman [10] و PH. Fouchard [11]. كما يميل كثير من فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصرين في فرنسا لهذا المعيار بعد أن رسمه المشرع صراحة سنة 1981 في قانون الإجراءات المدنية (المادة 1492). كما أخذ به بعض الفقهاء العرب[12].

2 – اعتماد المعيار القانوني critère Juridique

يرى مؤدى هذا المعيار، أن الصفة الدولية للعقد أو للتحكيم المتعلق بمنازعاته، لا تتوقف فقط على التأثير أو المساس بمصالح التجارة الدولية، وإنما يجب أن يتوفر وصف " الأجنبية". وهنا نميّز بين رأيين، الأول، يكتفي بتدخل أي عنصر أجنبي ولو شكلي يخلع على النزاع الصفة الأجنبية [13]، وأخذ بهذا الرأي الفقه التقليدي عموما[14]. والثاني يشترط أن يكون العقد أو موضوع النزاع مرتبطا بأكثر من نظام قانوني من حيث العناصر الضرورية لتكوينه، كمركز طرفيه من ناحية الجنسية أو الموطن ومكان تنفيذ العقد أو إجراء التحكيم، والقانون المختص بحكم العقد أو النزاع، وعلى ذلك تكون طبيعة التحكيم، كما تفصح عنها مجموع الظروف الايجابية الملابسة، هي التي تبرر وصفه بالدولية International أو غير الوطنية Extranational، ومن ثم فالمعيار المقترح هو معيار قانوني أجرائي، وهو ارتباط موضوع النزاع بأكثر من نظام قانوني أو عدم ارتباطه بأي نظام قانوني، أي إذا كان يتضمن قواعد وأنظمة تتجاوز بطبيعتها حدود نظام قانوني داخلي[15]، سواء كانت تلك القواعد تابعة لدول متعددة، أو مستقلة عنها. إن التحكيم يكون دوليا طبقا للمعيار القانوني حسب تعبير فوشار[16] من اللحظة التي لا يمكن أن ترتبط فيه المنازعة أو التحكيم نفسه بدولة معينة، والنظام القانوني المطبق عليه، قد يكون مستقى من نظم وطنية[17] متعددة أو من قواعد غير وطنية تشكل ما سماه البعض القانون الطبيعي الحديث أو القانون الخالص droit pur، وبالتالي فالتحكيم الدولي بها الوصف يستغرق كل حالات التحكيم الأجنبي، والعكس غير صحيح.

ثالثا – موقف التشريع المقارن

يوجد في التشريع المقارن ثلاثة اتجاهات كما يلي:

الاتجاه الأول – الاعتداد بالمعيار الاقتصادي:

أخذت بعض التشريعات الوطنية بالمعيار الاقتصادي، وعلى رأسها القانون الفرنسي، حيث عرفت المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية بعد تعديلها سنة 1981[18] التحكيم التجاري الدولي بأنه يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية [19]. وكما ذكرنا سابقا، هذا التعريف سبق أن تبناه القضاء الفرنسي منذ 1927 متأثرا برأي النائب العام لدى محكمة النقض ماتيرMatter. كما أخذت بالمعيار الاقتصادي، الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[20] واتفاقية تسوية المنازعات

المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965[21]، وتبنته أيضا بعض القوانين الأخرى، كالقانون البرتغالي[22]، والقانون اللبناني[23] والقانون الجزائري[24] كما سوف نرى لاحقا.

الاتجاه الثاني– تبني المعيار القانوني

اعتمد هذا المعيار القانوني من قبل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 (CNUDCI) حيث نصت المادة الأولى الفقرة الثالثة منه يكون (أي التحكيم) دوليا:

أ– إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين.

ب– إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

– مكان التحكيم، إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو طبقا له.

– أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلات به.

– إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

يظهر من هذا النص أنه اعتمد التركيز الجغرافي في تحديد دولية التحكيم، كما أخذت بنفس المعيار اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1978، بنصها في المادة الثانية على أنها تطبق "على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، أيا كانت جنسياتهم، يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها، أو تكون لهم مقارا رئيسية فيها". ومن ثمّ كلما كان الأطراف يتمتعون بجنسية دولة متعاقدة أو لهم مقار عملهم الرئيسي فيها يكون التحكيم تجاريا دوليا. ويمثل أيضا القانون السويسري نموذجا للقوانين الداخلية التي أخذت بالمعيار القانوني، بنصه في المادة 176 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 [25] على أن أحكامه تسري على كل تحكيم تكون فيه سويسرا مقر محكمة التحكيم، أو لم يكن لأحد أطراف اتفاق التحكيم على الأقل عند إبرامه موطن أو محل إقامة معتاد في سويسرا.

الاتجاه الثالث – الجمع بين المعيارين

جمع هذا الاتجاه بين المعيارين القانوني والاقتصادي، باشتراطه تعلق التحكيم الدولي بالتجارة الدولية وتوفر أحد المعايير القانونية، مقر الأطراف، مقر هيئة التحكيم، ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة واحدة. ويمثل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 هذا النموذج، فقد اشترطت المادة الثالثة منه لدولية التحكيم، أن يكون موضوعه متعلقا بنزاع يخص التجارة الدولية، مع توفر أحد ظروف الإسناد التالية:

1– وجود مقر الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم عند الاتفاق عليه في دولتين مختلفتين.

2– عند اتفاق الطرفين على اللجوء لمنظمة أو مركز تحكيم يكون مقره في مصر أو خارجها.

3– إذا كان موضوع النزاع المتعلق بالتحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

4– حالة وجود المقر الرئيسي لطرفي التحكيم في دولة واحدة، وكان، إما مكان إجراء التحكيم المعين، أو مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الخاصة بالعلاقة التجارية للطرفين، أو المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، واقعا خارج تلك الدولة".

أثار هذا النص جدلا بين الفقهاء المصرين، بين من رجّح المعيار الاقتصادي وحده مكتفيا بشرط تعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية، واعتبار ظروف الإسناد القانونية الأخرى مجرد إسهاب وعمل فقهي لا مبرر له[26] ، وبين من أخذ بالمعيار القانوني على اعتبار أنه لا يتصور أن يتعلق موضوع النزاع – الذي هو أساس اللجوء للتحكيم – بالتجارة الدولية، إلا إذا كان على صلة بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وما شرط التعلق بالتجارة الدولية إلا مجرد شرط ابتدعه القضاء الفرنسي لأسباب قانونية وسياسية خاصة بهذا القانون[27]. وهذا خلافا للمشرع التونسي[28] الذي أخذ بأحد المعيارين على انفراد، بسبب تأثره بالقانون الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي، وتأثره أيضا بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي تبنى المعيار القانوني وحده. فبعد أن ذكر في الفصل 48 فـ1، الفقرات أ، ب، ج. نفس المعايير الواردة في المادة الأولى فـ3، فقرات أ، ب، ج. من القانون النموذجي، أردفها بالفقرة "د"، التي نصت على " بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية ". وهو حكم غير وارد في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985. هذا وتجدر الإشارة أن هذا القانون أخذ بالمعيار القانوني وحده في تعريف دولية العلاقة القانونية التي تعد أساس تطبيق أحكام تنازع القوانين، بنصه في المادة الثانية من قانون 1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، بأنه " *تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي*".

هكذا ننتهي من هذا المحور إلى أن الفقه والقضاء والتشريع في القانون المقارن موقفه موزع بشأن أساس تحديد دولية التحكيم التجاري، ومن ثم دولية العقد الذي موضوعه ذلك التحكيم، بين تبني المعيار الاقتصادي وحده، وبين اعتماد المعيار القانوني، وبين الجمع بينهما في ذات الوقت، وبين من أخذ بهما معا على انفراد. ويهمنا حاليا معرفة موقف القانون الجزائري من هذه المسألة الهامة.

الفرع الثاني– معيار دولية العقد في القانون الجزائري

لا يختلف الأمر في الجزائر عما هو مقرر في القانون المقارن[29]، قلما نجد تعريفا مباشرا للعقد الدولي في التشريع أو القضاء، ولكن المشرع الجزائري تطرق لهذه المسألة بمناسبة تعريفه التحكيم التجاري الدولي. وهي نفس الفكرة التي سبق مناقشتها في القانون المقارن. وفي هذا الصدد، كان أول تنظيم تشريعي للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بالمرسوم التشريعي رقم 93–09، الذي أدرج الأحكام المقررة لهذا التحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية في المواد 458 مكرر إلى 458 مكرر28. وقد عرّفت المادة 458 مكرر التحكيم التجاري الدولي بأنه *"الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"*. مع العلم أن الممارسة الجزائرية في مجال التحكيم التجاري الدولي، كانت مقررة قبل ذلك بخصوص منازعات المؤسسات التابعة للدولة ذات الطابع التجاري والاقتصادي مع أطراف أجنبية. باعتبار أن القوانين السابقة في الحقبة الاشتراكية، جعلت التجارة الخارجية حكرا على المؤسسات التابعة للدولة، فهي وحدها التي يجوز لها اللجوء إلى هيئات تحكيم غير وطنية، نظامية كانت، كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو هيئات تحكيم خاصة AD–HOC.

وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، (قانون 08-09)، تم فيه إعادة تنظيم التحكيم بنوعيه، الوطني والتجاري الدولي، كطريقة بديلة لحل النزاعات ضمن المواد من 1006 إلى 1060. وتصدرت المادة 1039 الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وعرفته بأنه " *التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل*."، وعلى هذا الأساس نحلل فيما يلي تطور موقف القانون الجزائري من معايير دولية التحكيم التجاري وهي نفسها تخص معيار دولية العقد المتعلق به التحكيم. ثم نعقب عليه ببعض الملاحظات.

يتضح من نص المادة 458 مكرر، من قانون الإجراءات المدنية السابق، والمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن النص الأول جمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، بينما أخذ النص الثاني بالمعيار الاقتصادي. يتضح من نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: " .... *يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل* "، أن المشرع تبنى المعيار الاقتصادي وحده، والجديد الذي جاء به النص هو تعويض عبارة " *مصالح التجارة الدولية* "التي كانت واردة في المادة 458 مكرر، بعبارة " *المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل* ". ويؤيد البعض[30] هذا التوجه الجديد، على أساس أن مفهوم التجارية محل خلاف في الأنظمة القانونية، لكونه يتعلق إما بتعريف التاجر أو تحديد الأعمال التي تعد تجارية بالشكل أو بطبيعتها أو بالتبعية. ونحن نخالف هذا الرأي للأسباب التالية:

السبب الأول، غموض الصياغة المستعملة وعدم كفايتها، ويتضح ذلك من خلال:

أ- أن مصطلح الدولة في الصياغة القانونية ينصرف للشخص المعنوي العام، باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، أو بوصفها سلطة عامة من أشخاص القانون العام الداخلي. وقصر أطراف العقد الدولي أو التحكيم المتعلق به، في الدول، يفيد العلاقات الاقتصادية الدولية المتبادلة المتعلقة بمجالات القانون الدولي العام بين الدول. وطبعا ليس هذا هو المقصود فنيا في المادة 1039، التي موضوعها علاقات التجارة الدولية الخاضعة للقانون الخاص، والتي يكون أطرافها، إما أشخاص القانون الخاص، أو أشخاص القانون العام مجردين من صفتهم كسلطات عامة ذات سيادة، أو شخصا من القانون الخاص وآخر من القانون العام مجرد من صفته السيادية. وعليه، فالتحكيم التجاري الدولي بين الأشخاص الخاصة لا تشمله المادة السابقة.

ب- غموض ومرونة مصطلح "المصالح الاقتصادية للدول"، فهي تعني العلاقات الاقتصادية الدولية الخاضعة للقانون الدولي العام ، بالنظر لازدياد مهام الدولة ومساهمتها في الميدان الاقتصادي الدولي، وحين تحدث منازعات فيما بينها بتلك الصفة، تختص هيئات قضائية (محكمة العدل الدولية) أو تحكيمية خاصة (محكمة التحكيم الدائمة طبقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1907، وهيئة التحكيم التابعة لمنظمة التجارة العالمية) تفصل في تلك المنازعات، بل أن تعريف المادة 1039 السابقة لا يختلف كثيرا عن المادة

37 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907، المتعلقة بالتحكيم الدولي بمفهومه في القانون الدولي العام.، وطبعا ليس هذا هو المقصود بدولية التحكيم التجاري التي موضوعها، العقد الدولي.

ج- إن ما يهم رجل القانون في الصياغة القانونية، هو إبراز وضبط المفاهيم القانونية لفهم مدلولها وضبط محتواها وتطبيقها في نطاقها، وصياغة المادة 1039 لا تسعف القاضي أو المحكم للتعرف على مدلولها القانوني.

د-من ناحية الشكل والصياغة، الأولى للإبقاء على موضوع المادة 1039 الحالية، لتفي بالغرض منها تغيير عنوان الفصل الذي وردت في أوله، وجعله " في الأحكام الخاصة بالتحكيم المتعلق بالمصالح الاقتصادية للدول، كي يكون مطابقا للتعريف المذكور في تلك المادة. وطبعا مثل هذا العنوان لا يفي بالمطلوب وبعيد عن المقصود من حقيقة التحكيم التجاري الدولي.

السبب الثاني، وهو موضوعي إذ يعاب على اعتماد المعيار الاقتصادي وحده في تحديد دولية التحكيم التجاري الذي هو موضوع العقد الدولي، عدة أمور وهي:

أ- أن موضوع النزاع في هذا النوع من التحكيم يخص العقود الدولية وحدها، والتي لها مفهوم قانوني صرف، والمفروض أن يكون التحكيم وسيلة لخدمة غاية وأن تكون الوسيلة من جنس الغاية.

ب – أن العلة في ضرورة تمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الداخلي، هو كون الأول محل اهتمام أكثر من نظام قانوني وطني لحكم موضوعه، وهو العقد الدولي الذي يترتب عن تحديده أثار قانونية هامة تخصه كتصرف قانوني دولي، وإلا ما كان هناك حاجة للتمييز بينهما.

ج- أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي وحده منتقد في عقر داره، أي في فرنسا. [31]

د- إن أغلب الأنظمة القانونية التي أخذت بالمعيار الاقتصادي دعمته بنقاط الإسناد القانونية التي تؤكد وجود صلة بين موضوع النزاع وأكثر من نظام قانوني لدولة واحدة، ومثال ذلك الفصل 48 من مجلة التحكيم التونسية لسنة 1993، والمادة 3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، فبعد أن ذكرا جملة من المعايير القانونية، أضاف عبارة "تعلقه بمصالح التجارة الدولية". هذا المزج بين عناصر المعيارين يؤكد تكامل دورهما في التنظيم المتميز للعقود الدولية وأهميتها. وهذا ما انتهينا إليه في دراسة خاصة معمقة[32].

المطلب الثاني- مفهوم توطين العقد الدولي

إن حل مشكل تنازع القوانين حسب المنهج السافيني التقليدي يقوم على نظام الإسناد لمختلف طوائف النظم المقررة في قانون القاضي، هذا المنهج معتمد في جل الأنظمة القانونية الوضعية بتقنين قواعده، وشيوعه واستقرار العمل به فقها وقضاء، ويتميز هذا المنهج بخصائص مشتركة في مختلف الأنظمة القانونية. ويتحقق توطين العقد الدولي، وكذا كل طوائف النظم القانونية الأخرى المرتبطة به من خلال اعتماد نظام الإسناد كمنهج لتحديد القانون المختص (الفرع الأول)، ولأن القانون المعين يجب أن يكون قانونا داخليا لدولة معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول- اعتماد نظام الإسناد في تعيين قانون العقد الدولي

يتصف نظام الإسناد بخصائص معينة[33]، لعل أهمها أن حل مشكل تنازع القوانين يتسم بطابع وطني محض، فالقاضي يطبق ما يقضي به قانونه بخصوص طريقة الإسناد وضوابطه، فيصبح قانون القاضي هو المرجع والحكم في ذات الوقت في تحديد الأوصاف القانونية الملائمة للمراكز القانونية، من خلال التكييف والإسناد، والقانون الذي يجب تطبيقه يكون الحل دائما وطنيا ولو كان مختارا من المتعاقدين.

استقر القضاء والتشريع المقارن على تبني مبدأ توطين العقد، حيث قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي على أن كل عقد غير مبرم بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي، يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل اليوم ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين. [34] ويشكل حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/5 [35]، مبدأ قانون الإرادة في القانون الفرنسي، الذي لا يوجد به نص تشريعي يعالج هذه المسألة، وقد ذكرت المحكمة أن القانون الذي يسري على نشأة العقد وموضوعه وآثاره هو القانون الذي تبناه المتعاقدون[36]، كما قضت نفس المحكمة في قضية الإرساليات البحرية بأن كل عقد دولي يكون بالضرورة مستندا إلى قانون دولة معينة [37]. وهو نفس موقف القضاء المصري سابقا[38]، كما تبنى التشريع المقارن أيضا بدون استثناء مبدأ قانون الإرادة، بمعنى خضوع العقد لقانون دولة معينة، أي توطينه، والتزمت بهذا الحكم كل الدول بما فيها العربية، مهما كان مذهبها الاجتماعي والاقتصادي.

كما كُرّس قانون الإرادة – القانون الاتفاقي – بموجب اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 (المادة 6 منها)، واتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بين دول السوق الأوروبية المشتركة (المادة 7منها)، وقبلهما اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بتنازع القوانين ، في البيوع الدولية (المادة 25ف1) واتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة (المادة 5 ف1) واتفاقية مكسيكو لعام 1999 لمنظمة الدول الأمريكية المتعلقة بالقانون المطبق على العقود الدولية .

الفرع الثاني- تطبيق قانون داخلي على عقد دولي

إن إعمال نظام الإسناد يؤدي حتما إلى تطبيق قانون داخلي على عقد دولي، وتكريس هذا المبدأ يجعل نظام العقد الدولي أحيانا مفرط في الدولية، وأخرى يفتقر إليها. وفضلا عن عقود البيع والقرض والنقل الدولية التي من الجائز تصنيفها ضمن العقود الخاصة ولكنها دولية- ولها تنظيمها الخاص- هناك عقود دولية مركبة كعقود تحويل التكنولوجيا، وعقود تراخيص استغلال عناصر الملكية الصناعية والمعرفة الفنية وعقود المساعدة الفنية، وعقود الإنشاءات القاعدية كإقامة المركبات الصناعية وبناء المطارات والموانئ، وعقود استغلال الثروات الباطنية. إن هذه العقود لا يمكن تصنيفها ضمن التصرفات المعهودة والمألوفة، التي تخضع للقوانين الوطنية، وعلى حدّ تعبير أحد الفقهاء[39] أنه من غير الملائم اعتماد قانون

الإرادة بمفهومه التقليدي ليطبق عليها، إنه قاعدة إسناد تقليدية، ستقود بالضرورة إلى تطبيق قانون وطني معين على هذه العقود، مع أنه غير ملائم لحكمها.

ننتهي إلى أن عدم ملاءمة تطبيق القانون الداخلي طبقا لنظام الإسناد على العقود الاقتصادية الدولية وعقود التجارة الدولية، نتج عنه أزمة قانونية حقيقية، مؤداها الشك في منهج الإسناد كمنهج لحل تنازع القوانين، مما يقتضي النأي بنظام العقد الدولي وإبعاده عن نظام الإسناد انطلاقا من التفسير الموسع لمبدأ قانون الإرادة. سوف نحلل في الفقرة الموالية المسألة الأولى، ونرجئ بحث المسألة الثانية للمحور الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثالث– أزمة توطين العقد الدولي

ساهمت عدة أسباب مجتمعة في تفعيل أزمة توطين العقد الدولي، بعضها يرجع لقصور نظام الإسناد، كما ساهم في هذه الأزمة المتعاقدون أنفسهم من خلال الاشتراطات العقدية التي تقلل من دور قانون العقد، فتصنفه في مرتبة احتياطية وتجمد تطبيقه في الزمان. على هذا الأساس أتطرق فيما يلي إلى مثالب نظام الإسناد في العقود الدولية(الفرع الأول) ، وأزمة قانون الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول – مثالب نظام الإسناد في العقود الدولية

إن أهم الانتقادات الموجهة لنظام الإسناد جاءت من فقه المدرسة الواقعية الأمريكية[40]، الذي استهدفه منذ منتصف القرن الماضي، كمنهج مستقل للتنازع بغية إقصائه من التطبيق، تحت ذريعة عدم الملاءمة، وذلك بالتشكيك في قدرته على حل مشاكل العلاقات الخاصة الدولية المتشابكة، فوصفوه بأنه منهج يتسم بالشدة والتعقيد، حلوله غير واضحة، يقوم على نظريات فقهية مبهمة، لذلك حاول الفقه المعارض استخلاص حلول التنازع بطريقة تجريبية واستنتاجية، وليس تأصيلية مجردة، إلا أن الحلول التي انتهى إليها لا تقل ضبابية وغموضا.

إن الفقه الأمريكي الحديث لم يهجر – في الحقيقة ،– نظام الإسناد ويتخلى عنه كليا، وإنما زاده تفصيلا بقواعد جزئية تحل مختلف صور التنازع التي لم تستوعبها القواعد العامة الموروثة عن الرعيل الأول من الفقهاء الأمريكيين، مثل لفرمور وستوري وبيل، وذلك من خلال تعديل أحكام المدونة الأمريكية الأولى لسنة 1935 عند تنقيحها، وإعداد المدونة الثانية التي أشرف عليها ريس وكيفرز [41]، ومن ثمّ فإن تطوير الفقه الأمريكي حديثا لأحكام تنازع القوانين يندرج في نفس السياق العام للتطوير في القانون الدولي الخاص، والبحث عن أفضل حلول التنازع المناسبة لأنماط العلاقات الخاصة الدولية الحديثة. ولم يكن هذا السبق حكرا للفقه الأمريكي وحده، وإنما ساهم فيه فقهاء القانون الدولي الخاص من كل أرجاء العالم، فالفقه الغربي المعارض لمنهج الإسناد التقليدي، انتقد هذا المنهج أيضا، إما بقصد تطويره لتحيينه حسب الأوضاع الجديدة وجعله مستوعبا لأحكام المبادلات الاقتصادية الحديثة، أو لإحلال مناهج أخرى محله، كمنهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق المباشر، أو لتوزيع الاختصاص بين تلك المناهج، وانصبت أهم انتقاداتهم للمنهج التقليدي، حول كونه منهجا شديد التعقيد والصعوبة، وكون حيادية قاعدة الإسناد غير مناسبة أحيانا[42]

حقيقة، إن نظام الإسناد مفرط في الدولية أحيانا، ومرات أخرى يفتقر إليها، وذلك لعدم ملاءمة الأحكام والحلول الموضوعية المطبقة، لاسيما في مسائل العقود الدولية. ومع أن قاعدة الإسناد وضعت أصلا لحكم العلاقات الدولية إلا أن تجاهلها لحاجات المعاملات الدولية، جعل منها منهجا غريبا يفتقد للدولية، فالمفروض أن تدويل الروابط القانونية يقتضي تدويل القواعد التي تحكمها.

الفرع الثاني – أزمة قانون الإرادة

إن تخويل المشرع المتعاقدين اختيار القانون المختص بحكم العقد الدولي، ولو أنه مبدأ ثابت في نظام الإسناد، إلا أن استعمال هذه الحرية وتفعيل المبدأ نتج عنه تشريعيا أحيانا تعدد القوانين التي تحكم العقد الواحد(أولا)، وأخرى تقطيع العقد وإجراء تطبيق توزيعي للقوانين على أجزائه (ثانيا)، ورتب عليه بعض الفقهاء تأويل مبدأ حرية الاختيار في اتجاهات مختلفة (ثالثا).

أولا – التطبيق التجميعي للقوانين على العقد الواحد

حدث منذ بداية النصف الثاني للقرن الماضي تطور في مفهوم الإسناد ينسجم مع تطور المعاملات التجارية الدولية، وهو ليس فقط منح الحرية للمتعاقدين لاختيار قانون دولة محددة، كما كان معهودا سابقا، وإنما إما جواز اختيار أكثر من قانون وطني أو أكثر من نظام قانوني، كقانون، يطبق في ذات الوقت على العقد الواحد، وإما من جهة أخرى السماح بتقطيع العقد وإسناد كل جزء منه لقانون معين. فبعد إرساء القضاء الدولي والوطني، مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون وطني معين، كما أشرنا سابقا، لم يتصور الفقه التقليدي أنه سيأتي وقت يتقرر فيه خضوع العقد الواحد لأكثر من نظام قانوني، واليوم أصبح من الجائز – عملا بمبدأ حرية الاختيار– تطبيق أكثر من قانون في ذات الوقت على العقد، ونصت على هذا الحكم اتفاقيات دولية وتوصيات علمية قانونية، وتجاوبت معه تطبيقات تعاقدية دولية.

وقد فسر البعض العبارة الأخيرة للفقرة الأولى للمادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي *نصت "تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى* ***مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع*** *"*. يرى البعض في هذا النص، أساسا لتطبيق أحكام القانون الدولي العام مباشرة على العقود الدولية[43].

يستطيع الأطراف بموجب المادة الثانية لتوصية مجمع القانون الدولي المنعقد بمدينة أثينا باليونان سنة 1979، بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الاقتصادية للدول على وجه الخصوص اختيار قانون للعقد، إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية، أو القانون الدولي العام، أو مزيج من هذه المصادر[44].

جرى التطبيق الدولي على إسناد العقود الدولية لأكثر من نظام قانوني، أو للمبادئ المشتركة بين الدول المتمدنة أو لمبادئ القانون العامة، وإطراد تطبيق هذه القاعدة لاسيما في عقود امتياز واستغلال

المحروقات، فقد نص العقد المبرم بين شركة النفط الأنجلو إيرانية ومجموعة الشركات الغربية في المادة 46 منه على تطبيق قوانين والمبادئ المشتركة لأطراف العقد[45]، كما فسر قضاء التحكيم شرط تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع – في عقود امتياز استغلال البترول – والمبادئ العامة للقانون، على أن هذه الأخيرة تطبق بالأولوية على قانون الدولة الطرف في العقد[46]، كما نصت المادة 46 من الاتفاقيات البترولية بين الجزائر وفرنسا لسنة 1965، على تطبيق المبادئ العامة وحدها. وإذا كنا نرى أنه **من الضروري** في مثل هذه الأحوال مراعاة ما تقضي به تلك المبادئ المتعارف عليها في كل النظم القانونية من أحكام[47]، إلا أن ذلك لا يجوز أن يكون على حساب تطبيق قواعد أساسية واضحة ومستقر العمل بها في فقه القانون الدولي الخاص.

ثانيا – تقطيع قانون العقد

يتجلى تقطيع العقد وتجزئته في مسألتين:

المسألة الأولى، هي استبعاد بعض العقود والتصرفات الإرادية المالية من نطاق قانون الإرادة برمتها ومثالها العقود المتعلقة بحقوق عقارية[48]، عقود العمل الدولية برمتها دون تمييز بين الجانب التنظيمي الحمائي منه والجانب التعاقدي، الهبة في الأنظمة القانونية التي تعتبرها من التصرفات المالية الخاصة بالأحوال الشخصية، وأيضا التمييز في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات النقدية في العقود الدولية بين عملة الوفاء المسعرة طبقا لتعليمات المؤسسة المالية الرسمية في الدولة وبين عملة الدفع، وقصر نطاق قانون الإرادة على الثانية وحدها.

المسألة الثانية، تتعلق بتجزئة العقد وإسناد كل جزء منه لقانون معين ولو أننا نقول مبدئيا وعرضا أن العقد يخضع للقانون المختار، إلا أن ما يجري العمل به يبصر أن الاستثناءات الواردة تطغى على القاعدة ذاتها، ويكون سبب في التجزئة، إما إجازة اتفاقية دولية للمتعاقدين حرية تجزئة العقد وإسناد كل جزء منه للقانون الذي يختارونه[49]، أو ترخيص المشرع لهما اختيار أكثر من قانون لحكم جزء منه[50]، أو بحكم اختصاص أكثر من قانون تطبيقا لقواعد التنازع، أو عملا بأحكام القوانين ذات التطبيق الضروري، أو طبقا للقانون الإجرائي، ويشمل هذا التقطيع مختلف عناصر أجزاء العقد، النشأة (أركان العقد) والآثار (الالتزامات المترتبة عنه) والانقضاء (طرق الانقضاء المختلفة، بالوفاء بالالتزام ذاته أو بما يعادل الوفاء أو بدون الوفاء) [51].

ثالثا – تأويل الفقه مضمون قانون الإرادة

تحقق تأويل الفقه للإسناد في العقود الدولية عملا بقانون الإرادة في اتجاهين، الأول يخص تفسير الفقه مضمون حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وما إذا كان فعلا يعتد بهذا الاختيار دون استثناءات وتحفظات عليه. والثاني، يتعلق بالتحول الوظيفي لإرادة الأطراف ومدى مانعية اختصاص القانون الوطني لحكم العقد الدولي.

1 – الاختلاف حول مضمون حرية الاختيار

إن غلو الفقه في الرفع من شأن حرية الاختيار أدى لنشوء نزعتين لتفسير المقصود بحرية الاختيار، النزعة الأولى تسمى النظرية الشخصية، وحمل لواءها فون بار في ألمانيا، ولويس لوكا وموري وكالب في فرنسا، ورابل في الولايات المتحدة، والنزعة الثانية تسمى النظرية الموضوعية، وتتخذ من تركيز العقد أساسا لها وتنسب للفقيه الفرنسي باتيفول.

مضمون النزعة الأولى– باختصار– تستمد أساسها القانوني والفلسفي من الغلو في تقديس مبدأ سلطان الإرادة، العقد شريعة المتعاقدين، والقول أن أطراف العقد الدولي يتمتعون بحرية مطلقة في الاختيار. ويندمج القانون المختار بمجرد اختياره في العقد ويصبح ملكا لهم، ويفقد صفته القاعدية ويتحول إلى تنظيم اتفاقي. ومؤدى النزعة الثانية، النظرية الموضوعية، أن القانون الواجب التطبيق على العقد يستخلص من تركيزه في مقر معين حسب ملابساته ومعطياته، ويتولى القاضي عملية استخلاص مقر التركيز، ويطبق قانون هذا المقر، والمفروض إذا كان الاختيار موضوعيا وله علاقة بالعقد أو المتعاقدين أن يكون القانون المختار معبرا عن مقر العقد، وبالتالي يكون لإرادة الأطراف دورا رئيسيا في التركيز ويعتد بها، أما إذا كان الاختيار غير نزيه، فلا يكون للإرادة المصرح بها الدور الحاسم، وتهدر إذا تبين أن القانون المختار لا يتوافق مع حقيقة مقر التركيز حسب مجموع مؤشرات التركيز الأخرى، ومن هنا، يقول باتيفول "يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة ونتجنب العبارة المضللة مبدأ سلطان الإرادة"[52].

إن تحليلا بسيطا لمضمون النظريتين السابقتين، يوضح أن الارتكان لحرية الاختيار عملا بقانون الإرادة انحرف به الفقه في تأويل مداه، وأدى إلى نتيجتين متعارضتين تماما، الأولى تسمح بحرية الاختيار المطلقة بما يترتب عليها من آثار ونتائج غير مقبولة قانونا ومنطقيا، والثانية تجعل من قانون الإرادة مجرد ظرف في تركيز العقد، لا يتوقف عليها تحديد القانون المختص ولو كانت إرادة معبرا عنها صراحة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحدّ فحسب، وإنما ذهب الفقه في تأويل مبدأ قانون الإرادة لأكثر من ذلك كما يتضح في الفقرة الموالية.

2– التأويل الوظيفي لإرادة الأطراف ونفي مانعية اختصاص قانون الإرادة وحده

إن قاعدة الإسناد تعين القانون المختص لحكم العقد الدولي، ويجب أن يكون وطنيا، ودون اعتبار لأحكامه الموضوعية، وهنا يكمن قصورها. ولتلافي هذا القصور، قام فقهاء قانون التجارة الدولية، أنصار التدويل، بتأويل المقصود بقانون الإرادة وحرفوه عن غايته الأساسية (أ) ونفوا عنه مانعية الاختصاص لحكم العقد (ب) [53].

أ– التأويل الوظيفي لمفهوم قانون الإرادة

يرى فقهاء قانون التجارة الدولية، معارضي نظام الإسناد، أن قاعدة الإسناد حين تعين القانون المختص تكتفي بمجرد الإسناد إليه واعتماده لجعل العقد يستظل بقانون معين، ولا تقصد بذلك الخضوع الإجباري له وإلزام أطراف العقد بكل أحكام ذلك القانون. إن العقد بما يتضمنه من صياغة محبوكة

وشروط تفصيلية واضحة، يكفي نفسه بنفسه، فيصبح هو شريعة المتعاقدين وقانونهم دون اتكاء على قانون معين، ومن ثم فإدراج محرري العقود الدولية، شرطا خاصا بتحديد القانون المختص، هو مجرد استكمال لإجراء شكلي تتطلبه عادة تعاقدية جرى العمل بها في الأوساط المهتمة بالصياغة القانونية لعقود التجارة الدولية، ويبدو أن هذا التأويل لمفهوم قانون الإرادة كان محل نقد من عدة جوانب[54]. لا سيما من حيث كون إسناد العقد يعني الخضوع لأحكام القانون المختص، وتطبيقه ضروري، وكون رخصة الاختيار مقررة بنص القانون.

ب – نفي مانعية اختصاص قانون الإرادة حسب نظام الإسناد، وحده

إذا كان الفكر القانوني مستقرا فقها وقضاء وتشريعا على اختصاص قانون الإرادة بحكم العقود الدولية، إلا أن هناك قواعد قانونية واجبة التطبيق، وهي بذلك إما تقصي قانون الإرادة من التطبيق في ميدان معين أو تقاسمه التطبيق أو تحل محله، ومثالها القوانين ذات التطبيق الضروري، واعتبار مبدأ حرية الاختيار قاعدة دولية موضوعية، كما أن أنصار الإسناد أنفسهم رأوا ضرورة تقويم مفهوم قانون الإرادة حتى يواكب تطور تنظيم العقود الدولية.

هكذا يتضح، أن توطين العقد الدولي يعاني من أزمة حقيقية، تضافرت في تفعيلها عدة عوامل، بعضها داخلية، راجعة لنظام الإسناد والقانون المسند إليه، وأخرى تخص مبدأ قانون الإرادة ذاته، والبعض الأخر خارجية، تتعلق بالمنافسة في التطبيق بين مناهج القانون الدولي الخاص، بقصد إقصاء منهج الإسناد كلية أو توزيع نطاق الاختصاص بينها. والنتيجة التدويل لا محالة. وهو ما نتطرق إليه في المحور الثاني الموالي.

المبحث الثاني–نظام تدويل العقد الدولي

نظرا لكون نظام الإسناد أصبح مستهدفا، ولم يصمد أمام انتقادات معارضيه، –فقهاء قانون التجارة الدولي خاصة–، فقد بات من الضروري، في رأي هؤلاء، الاستغناء عنه وتدويل قواعد التجارة الدولية وتحريرها من الرقابة التشريعية والتنظيمية والقضائية للقانون الوطني، تحت ذرائع معروفة، كقولهم إن منازعات التجارة الدولية هي منازعات دولية بطبيعتها، ويتعين أن تكون محكومة بقواعد دولية تتميز بالمرونة وسهولة التطبيق والرواج في مجتمع رجال الأعمال والمتعاملين الدوليين، ويجب أن يفصل فيها قضاء تحكيم دولي مختص[55]. هذا الطرح، يعيد تمثيل فصول مسرحية الصراع الطبقي وقانون التجار التي دار رحاها في نهاية القرون الوسطي، ولكن بوجه معاكس، ففي ذلك الحين، ونتيجة التنظيم المحكم للجمعيات المهنية التجارية، والسرية أحيانا، كانت تتولى جمع الأعراف والعادات التجارية وتنقيحها وتدونها، وتفرض تطبيقها على أعضائها، وحينما فرضت نفسها على السلطة الحاكمة، تم الاعتراف بقوانينها العرفية، وجرى تدوينها رسميا كقانون تجاري مستقل عن القانون المدني، إلا أنهما بقيا تنظيمين وطنيين، محكومين بقواعد وطنية من صنع المشرع. واليوم أصبحت تلك التقنينات التجارية الوطنية، المطالب بها سابقا، تشكل عائقا أمام تطور التجارة الدولية ويجب الاستغناء عنها، لأن المعاملات الدولية

خُلقت طليقة ولا يجب تقييدها وتجميدها. فروّج الفقه والقضاء لفكرة تدويل العقد الدولي وتحريره واستقلاله عن أي نظام وطني. وأتطرق فيما يلي إلى آليات تدويل نظام العقد (المطلب الأول) ثم نظم التدويل المقررة (المطلب الثاني).

المطلب الأول– آليات تدويل نظام العقد الدولي

إن تفعيل تدويل العقد، يقتضي تآزر عمل كل الجهات المؤيدة له، الفقه، قضاء التحكيم وجهود المنظمات المتخصصة. وهو ما نحلله فيما يلي:

الفرع الأول – دور الفقه في الترويج لتدويل نظام العقد

عمد الفقه لتبرير تدويل العقد الدولي، على أسس قانونية انطلاقا من قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، وذلك بالتوسع في تأويل مضمون قانون الإرادة، فالتحليل الفقهي والقضائي لحرية الاختيار يؤدي، إما لاعتماد القانون المختار، ولكن بعد الاختيار وتبنيه ودمجه في العقد، تتحول طبيعته الفنية من قانون ملزم إلى مجرد بند من بنود العقد، فيصبح في مرتبة الشروط العقدية الأخرى(أولا)، أو بالاعتراف للأطراف بحرية عدم الاختيار، على أساس تمتع العقد بالكفاية الذاتية واستغنائه عن القانون أصلا (ثانيا)، أو الإقرار للقانون المختار بدور احتياطي، بحيث يرجع إليه فيما سها الأطراف عن تنظيمه (ثالثا).

أولا – اندماج القانون في العقد

إن اندماج القانون في العقد يعني تجريد القانون المختار من طابعه القاعدي النظامي وتحويله إلى مجرد شرط أو بند تعاقدي، لا تكون له إلا قيمة الشروط العقدية الأخرى، وهكذا يصبح القانون جزءا من العقد مملوكا للمتعاقدين يجرون عليه ويطبقونه كما يفعلون بالشروط العقدية الأخرى.

أسس الفقه مبدأ اندماج القانون في العقد كون قاعدة التنازع اشارت إلى "قانون يختاره الأطراف" وليس "عقد يختاره القانون"، فإذا كان قانون القاضي، عملا بقاعدة التنازع يملك سلطة الإسناد، فإن إرادة ونطاق تطبيق القانون المسند إليه تخص ذلك القانون وحده، ومادام "الأطراف هم الذين يختارون القانون "، فإنهم يقحمونه على التطبيق بدمج أحكامه في العقد، فتتغير طبيعته، فيصبح لا يؤمر ولا يلزم، وإنما مجرد أحكام موضوعية اقتبسها منه الأطراف[56].

ساهم القضاء الفرنسي من جهته في هذا المنحى القانوني، بل أنه كان سباقا على الفقه والتشريع في تبنى هذا المبدأ، وكانت أهم أحكامه التي تشكل دستور قانون الإرادة في القانون الفرنسي، هو حكم محكمة النقض الفرنسية في 1910/12/5 [57]. وإذا كان القضاء قد أكد لاحقا تبنيه لفكرة اندماج القانون في العقد[58] ، إلا أن فكرة الاندماج تعرضت للنقد لكونها تنحرف بحقيقة دور الأطراف في حل تنازع القوانين، وتشكل افتئاتا على طبيعة القانون ووظيفته القاعدية.

ثانيا – مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي

يشكل رأي الفقه المروج لتدويل العقد أنه تصرف إرادي تنظيما ذاتيا باعتراف من المشرع نفسه، حين تبنى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ومنحه قوة القانون، واعترف له بخلق أحكام فردية ملزمة

لعاقديه. ويتحقق استقلال العقد عن القانون وعدم الحاجة إليه، إذا كان مصاغا فنيا، صياغة دقيقة تفصيلية تغني المحكم – الذي يفصل غالبا في منازعات العقود الدولية – من الرجوع لأي قانون وطني أو دولي. وتعد العقود النموذجية والصيغ العامة، أهم التطبيقات العملية للعقود الدولية التي تتمتع بكفاية ذاتية من الأحكام والاشتراطات التعاقدية، لذلك فهذه العقود حققت كفايتها الذاتية واستغنت عن أحكام تنازع القوانين ونظام الإسناد، بل وعن القانون ذاته. وقد ساهم القضاء القضاء العادي في الاعتراف بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي،(قضية زناريلي Zanarelli[59])، من جهته، استبعد قضاء التحكيم تطبيق القانون الوطني إذا تضمن العقد صراحة شرطا يقضي بذلك، معترفا بكفاية العقد نفسه فيطبقه كما هو أو يستعين بالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية[60]، ولكن نظرا لكون مبدأ الكفاية الذاتية لا يصلح للتطبيق وحده لحاجة العقد للقانون مهما كان الأمر، فهنا لجأ فقهاء قانون التجارة الدولية، تعضيدا للمبدأ إلى الاعتراف ببعض الدور للقانون، ولو أنه في نظرهم يبقى دائما دورا احتياطيا.

ثالثا – الدور الاحتياطي للقانون في العقود الدولية

جعل فقهاء قانون التجارة الدولية دور القانون في العقود الدولية احتياطيا أو استثنائيا، على اعتبار وجود قواعد موضوعية مادية كافية وملائمة في قانون التجارة الدولي تستغني عن نظام تنازع القوانين، وبالتالي فالالتجاء للقوانين الوطنية طبقا لنظام الإسناد، يكون نادرا ونظريا، وهو مجرد وسيلة فنية وقائية لتلافي القصور الذي يحتمل أن يعتري صياغة العقد. وقد تكرس مبدأ احتياطية القانون في العقود الدولية في التعامل الدولي فنصت عليه بعض النماذج العقدية، وأخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم 1910/12/5 السابق الذكر، ومحكمة استئناف باريس في حكمها بتاريخ 1970/6/19[61] ".

كما وجد الفقهاء في قضاء التحكيم الدولي وسيلة لتبرير تسويق مشروع تدويل العقود، فالفقيه إيفون ديرين[62]، يعتبر المحكم حرا في تأسيس قراره من خلال معطيات العقد وحده، وحسب رأي الفقيه فوشار[63]، "إن القانون المشترك بين الأمم يشكل الركيزة بالنسبة للمحكم، ويتعين الرجوع إليه، لأنه وهو يفصل في النزاع، يرجع للقواعد القانونية التي يراها مؤهلة لحكمه، وباستطاعته أن يستبعد القانون الوطني، ويتلافى مشكل التنازع من أساسه."

نختم هذه الفقرة بما انتهى إليه الفقيه رونيه دافيد في تقريره المقدم إلى لجنة القانون الخاص Unidroit سنة 1977 بالقول " قبل مناقشة الإطار القانوني للتجارة الدولية بين خضوعها لتشريع نوعي، أو داخلي، أو بين الدول، يتعين التنويه بأن وقت تأميم القانون الذي امتاز به القرن التاسع عشر، والذي وقف فيه القانونيون في موقف حيادي غير محتشمين قد انتهى، ولكن لم يوقف تطور التجارة الدولية التي شهدت نموا مزدهرا، مشكلة تحديا واضحا لكل القانونيين الذين وقفوا في وجه تطوير وسائلها القانونية، وأن الواقع قد يفرض نفسه وينتظم خارج القانون، إذا كان رجال القانون ليسوا في مستوى المهام المنوطة بهم "[64].

الفرع الثاني – مساهمة قضاء التحكيم الدولي في تدويل قانون العقد

إن الاعتراف بالتحكيم كعدالة خاصة، يهيئ الفرصة لإفلات العقد الدولي من القوانين الوضعية، بشكل مباشر في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح **(أولا)** أو غير مباشر في حالة التحكيم العادي **(ثانيا)** بإخضاعه في الحالتين، لنظام القواعد الموضوعية الدولية، وذلك بالنظر للسلطات المعترف بها للمحكم في نوعي التحكيم.

أولا – التحكيم مع التفويض بالصلح وتدويل نظام العقد

إن التحكيم مع التفويض بالصلح، أو كما يسمى تحكيم العدالة arbitrage d'équité، الذي يفصل فيه المحكم طبقا لمبادئ العدالة دون التقيد بالقانون الوضعي لدولة معينة، هو تحكيم خاص يفوض فيه الأطراف المحكم صراحة، بموجب اتفاق التحكيم للفصل في نزاع بينهم يجوز تسويته بالتحكيم، طبقا لمبادئ العدالة والإنصاف وحدها. أصبح هذا النظام في القانون المعاصر شائعا، فقد أقرته اتفاقيات دولية، وقوانين داخلية. والفرق بين نوعي التحكيم هو السلطة المخولة للمحكم، ففي التحكيم العادي يلتزم المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه أو الذي يراه مناسبا. بينما في التحكيم مع التفويض بالصلح يكون المحكم أكثر تحررا، بتطبيقه مباشرة قواعد العدل والإنصاف. والتي تندرج تحتها العادات والأعراف التجارية السائدة في الأوساط المهنية. وهكذا "تفتح ثغرة في جدار التطبيق الملزم للقوانين الوضعية، ومن خلالها يزدهر نجم العقد الحر، الذي يستمد قوته من ذاته ومن إرادة المحكم. وما دامت مبادئ العدالة والإنصاف، أفكارا مجردة تستعصي على التحديد الدقيق، فإن المحكم المفوض بالصلح، يرجع في حقيقة الأمر إلى القواعد الملائمة للتطبيق المستخلصة من الأوساط المهنية وأعراف المعاملات التجارية الدولية، التي يشكل القانون التلقائي أهم مصادرها.

ثانيا – التحكيم بالقانون والافتئات على القانون الوطني

إن الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي حقيقة مؤكدة في القانون المعاصر، ولا يتسع المجال لبحث مختلف جوانبه، لذلك نكتفي بالقول أنه نصت عليه ونظمته جل القوانين الوطنية، وأبرمت اتفاقيات جماعية وثنائية خاصة بتبنيه، كطريقة لحل النزاعات الدولية، أو لضمان تنفيذ أحكامه، وأصدرت الهيئات العلمية المهتمة بشؤون التجارة الدولية لوائح نموذجية لتنظيمه وتوصيات للأخذ والاعتراف به وتنفيذ قراراته. وقد انعكس هذا الاهتمام المتزايد على واقع حل منازعات العقود الدولية التي وجد المتعاملون الدوليون في التحكيم ملاذا آمنا، بدل اللجوء إلى القضاء العادي لمختلف الدول، وتلك هي الفرصة التي انتهزها فقهاء قانون التجارة الدولية للتمرد على القانون الداخلي والالتفاف على عدم تطبيقه، وأملهم معقود على التحكيم الدولي لتحقيق هذه الغاية. ولم يتوان جهاز التحكيم التجاري الدولي في السعي لتحقيق هدفين في وقت واحد، تدويل عقود التجارة الدولية وتدويل المنازعات الخاصة بها. وساهم التحكيم في تحقيق الهدف الأول من خلال المبادئ التي أرساها، وأصبحت جزءا من قواعد القانون الدولي الخاص المادي، أو مندمجة في قانون التجارة الدولية. وأهم تلك المبادئ

(1)- مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأثره على قانون العقد.

(2)- جواز تحرر اتفاق التحكيم من القانون الوطني.

(3)- افتقاد المحكم لنظام Lex Fori.

(4) - تخويل المحكم تطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية.

هكذا يتضح أن التحفظ بمراعاة تطبيق الاشتراطات العقدية وأعراف التجارة الدولية المتعلقة بموضوع التعامل الدولي وحدهما، ولو في حالة الاختيار الصريح، أو استنتاج القانون الملائم في النصوص السابقة في القوانين الوطنية ، أو في قواعد اليونسترال أو القانون النموذجي، أو لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية، هو بمثابة دعوة صريحة لتطبيق قواعد القانون التلقائي وقواعد قانون التجارة الدولي، وكذا تخويل واضح للمحكم والمتعاقدين لاستبعاد تطبيق القوانين الوطنية، مما يجعل العقد يفلت من سلطة القانون الوطني فيتحقق تدويله الطليق.

الفرع الثالث – مساهمة المؤسسات الدولية لإيجاد نظام دولي خاص بالمعاملات التجارية الدولية

سعت المنظمات والهيئات والمؤسسات الدولية المهتمة بشؤون التجارة الدولية لتوحيد قواعد قانون العقد وتدويله وتدعيمه ككيان مستقل، هذه الهيئات متنوعة من حيث طبيعتها القانونية ومجال تخصصها وأهدافها، ومع ذلك تضافرت جهود القائمين عليها لإيجاد أسس قانونية وتكامل بين منجزاتها والدفع بها للتطبيق الدولي. منها:

1- المنظمات الدولية التي أنشأت لجان خاصة كلجنة القانون التجاري الدولي التي ساهمت في إنجاز اتفاقيات دولية عديدة خاصة بالتجارة الدولية، ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، واللجان الاقتصادية الإقليمية التابعة للأمم المتحدة، والهيئات العلمية، كالمنظمة العالمية للملكية الفكرية، والمركز الدولي لتوحيد القانون الخاص، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي، والجمعية القانونية للعلوم القانونية.

2- المنظمات المهنية الداعمة للقانون التلقائي الدولي، التي تمحورت جهودها في إيجاد قانون تلقائي مساهم لنظام تدويل العقد، مثل جمعية هامبورغ لتجارة القمح (1866) والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير (1873) وجمعية لندن لتجارة المطاط والكاكاو واتحاد تجارة الأخشاب في الدول الإسكندنافية.

وتعد جمعية لندن لتجارة القمح (1877) أهم تلك الجمعيات وأوسعها انتشارا، بما أقرته من صيغ لعقود نموذجية وصيغ عامة لمختلف أنواع العقود.، وكذلك غرفة التجارة الدولية، وهي بمثابة اتحاد عالمي لهيئات تجارية عامة وخاصة، ساهمت في تذليل الصعوبات الفنية والقانونية التي تعترض التجارة الدولية وتطوير نظام التحكيم وإقرار مدونة المصطلحات التجارية Incoterms.

المطلب الثاني – نظم تدويل العقود الدولية

إن التطور الحاصل في مجال المبادلات التجارية للسلع والخدمات عبر الحدود، فرض ضرورة تطوير الوسائل القانونية التي كانت تحكمها، وهنا إما أن يحصل التطوير في إطار القانون الدولي الخاص باعتبار المعاملات التجارية الدولية تدخل ضمن اختصاصه، ولكن ليس بتطوير مفهوم الإسناد

وحده المتعلق بقانون الإرادة أو قواعد التركيز الموضوعي أو الجامد. وإنما بفتح مجال لتطبيق مناهج أخرى فيكون لكل منهج، بما فيه نظام الإسناد نطاقه الخاص. أو كل منهج يعمل على فرض تطبيقه وحده وإزاحة غيره.

إن المتأمل في الاتجاهات الفكرية الفقهية وأنواع القواعد القانونية المطبقة على المعاملات التجارية الدولية، يبصر إمكان تأصيل هذا التطور في شكلين. الأول، تطور في إطار القانون الدولي الخاص المادي للعقود، و يندرج ضمن المنهج التقليدي عموما، ولكنه ليس تطويرا لمفهوم الإسناد وحده(الفرع الأول)، والشكل الثاني، تبني أسلوب التدويل الطليق كما يروج له فقهاء قانون التجارة الدولية، على أساس أن القواعد والأعراف التجارية وما تضمنه القانون التلقائي من اشتراطات عقدية، وما يقرره قضاء التحكيم التجاري من مبادئ، تشكل كلها نظاما قانونيا مؤهلا لحكم العقود الدولية. إن استقلال هذا القانون كقانون مهني دولي جعل منه فرعا خاصا لحكم المعاملات التجارية الدولية وحظوظه في التطور أكثر باستقلاله عن القانون الدولي الخاص، وأطلق عليه الفقه مسميات متعددة[65]، وأقر أنصاره التطبيق الجامع له ليصبح هو المختص وحده بحكم المعاملات التجارية الدولية التي يشكل العقد الدولي أهم أدواتها الفنية القانونية. ولكن هل حقيقة القواعد الموضوعية للتجارة الدولية Lex mercatori بمكوناته الحالية تشكل نظاما قانونيا متكاملا بإمكانه الاستغناء عن القانون الوطني؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول–التدويل النظامي في إطار القانون الدولي الخاص المادي

أجمع الفقه أن منهج الإسناد غير ملائم، فبالإضافة لتعقيده وصعوبة تطبيقه، فهو معيب بالنسبة للعقود الدولية في أساسه وفي نتائجه لافتقاره للدولية، بتطبيقه على العقد الدولي قانونا وضع أصلا لحكم عقد داخلي[66]. ولمعالجة هذا القصور يتعين استغلال التوثيق القانوني المتوفر في إطار القانون الدولي الخاص، بالتفتح على نظم وقواعد أخرى، تتشكل من قواعد موضوعية أو مادية خاصة بالمعاملات عبر الحدود، وضعت من طرف الأنظمة الوطنية (أولا)، أو بواسطة القانون الاتفاقي بمبادرة من هيئات دولية ناشطة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية (ثانيا).

أولا– القواعد الموضوعية الوطنية

تكمن خصوصية القواعد الموضوعية الوطنية أنها تراعي عند وضعها أو إقرارها طبيعة المركز المنظَّمِ بها، أي الصفة الدولية للعقد، وهي قواعد موضوعية وضعها المشرع لهذا الغرض، فهي قواعد تشريعية، أو قواعد ارساها القضاء في إطار اجتهاده لإيجاد حلول نوعية لمنازعات معينة، أو تقريرها كاستثناءات على مجال تطبيق القانون الداخلي. في الحالتين، تطبق هذه القواعد مباشرة على العلاقات الدولية بصفتها قواعد مادية.

1– القواعد المادية التشريعية، مثالها مدونة العادات التجارية اليوغسلافية (سابقا)، وتقنين العقود الاقتصادية الألماني والقانون التجاري الأمريكي الموحد، وأيضا قوانين التجارة الالكترونية لمختلف الدول. إن هذه القوانين لا تستغني عن نظام الإسناد إلا أنها ملائمة لخصوصية العقود الدولية،

2- القواعد المادية التي ارساها القضاء الوطني لبعض الدول، والتي راعى فيها الطبيعة الدولية للتصرف وما يقضي به القانون الأجنبي المختص، ومن ذلك أهلية الدولة في اللجوء للتحكيم التجاري الدولي، واستقلال اتفاق التحكيم، سواء كان شرطا أو مشارطة عن العقد المتعلق به، وشرط الوفاء بالذهب – وشروط أخرى مماثلة –. كما يلاحظ اهتمام الفقه والقضاء بقواعد مادية أخرى في طور النمو والنضج تطبق في العلاقات المالية الدولية خاصة، من ذلك شرط حق المعارضة، وشرط حصة الأسد، وشرط هاردشيب وغيرها كثير[67].

ثانيا – التدويل في إطار القانون الاتفاقي

إن قواعد القانون الاتفاقي المادية الخاصة بتنظيم مجالات المعاملات الدولية كثيرة ومتنوعة، كالاتفاقيات المتعلقة بتوحيد أحكام الأوراق التجارية ومعاهدات الملكية الصناعية والأدبية ومعاهدات البيوع الدولية والنقل الدولي، والاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار. وهذه القواعد بعضها تطبق على المعاملات الدولية وحدها، وأخرى تطبق أيضا على المعاملات الداخلية إذا تبنتها الدولة كتشريع وطني. ولا شك أن دور القانون الاتفاقي الجماعي في مجال المعاملات التجارية الدولية مهم للغاية، فهو يسعى بشكل دولي رسمي لتحقيق توحيد القواعد الموضوعية بين الأنظمة القانونية، وإزالة ما يوجد بينها من خلاف، فتحل الاتفاقية في التطبيق محل القواعد الموضوعية الوطنية، سواء بجعل قواعد الاتفاقية دولية بتخصيص تطبيقها على المعاملات الدولية وحدها، أو جعلها بديلة للقانون الداخلي فتطبق في المجالين الدولي والوطني.

إن تحليل القانون الاتفاقي الخاص بالبيوع الدولية–لاسيما اتفاقية فيينا لسنة 1980– واتفاقيات النقل الدولي، وكذلك الاتفاقيات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، يكشف عن تحقيق توحيد موضوعي هام في مجال عقود البيع والنقل الدوليين،ما كان متاحا الوصول إليهما لولا الجهود التي بذلتها الجهات الدولية المهتمة بالتوحيد، تكفي الإشارة إلي التغلب على الخلافات العميقة والجوهرية بين الأنظمة القانونية الوطنية وتجاوزها في شأن تعارض أحكام العقود من حيث إبرامها وتنفيذها وانقضائها بين مختلف القوانين الوطنية. وقبل ختم هذه الفقرة نشيد بأعمال المنظمات الدولية المهتمة بتوحيد القانون الاتفاقي في مجال العقود الدولية، وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التي أخذت على عاتقها تحقيق هدف عام هو "تنسيق القانون التجاري الدولي وتوحيده "[68]، و المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit)، وغرفة التجارة الدولية (cci).

الفرع الثاني –التدويل الطليق في إطار قانون التجارية الدولي

يقصد بالتدويل الطليق، تخويل ممارسي التجارة الدولية والهيئات والمنظمات المهنية وهيئات التحكيم الناشطة في ميدان التعامل الدولي لمختلف السلع والخدمات، إقرار نظام دولي يجمع بين قواعد القانون التلقائي المهني والعادات والأعراف والممارسات السائدة في التجارة الدولية، والقواعد التي تتواضع عليها هيئات التحكيم التجاري الدولي، ليحكم تنظيم العقود الدولية مشكلا قانونا مستقلا للمعاملات التجارية الدولية يسمى القانون التجاري الدولي Lex Mercatoria معتمدا على تلك القواعد الموضوعية الدولية، ويعمل خارج النظم القانونية الوطنية والقانون الاتفاقي. هذا النظام " القانوني" هو مجال البحث

في هذا المحور لتحقيق التدويل الطليق خارج الأطر النظامية المعتادة، نتناول فيه دور القانون التلقائي droit spontané كنظام لكفاية العقد نفسه أولا، ثم بحث نظام القواعد الموضوعية كمنهج مستقل بعد بيان مكوناته وخصائصه.

أولا – القانون التلقائي مصدر للتدويل الطليق

إن قانون التجار المهني الذي نشأ في القرون الوسطى، انبعث من جديد منذ نهاية القرن التاسع عشر في أعمال الجمعيات المهنية والمنظمات التجارية التي اهتمت بجمع وصياغة وتدوين ثم تطبيق مختلف قواعد وعادات بيوع السلع بين أعضائها، وجر الغير المتعامل معها للالتزام بأحكامها، وتنوعت هذه الجمعيات المهنية بتعدد السلع المتاجر بها، وتخصصت كل واحدة في تجارة سلع بعينها كالحبوب والمنسوجات والحمضيات والزيوت والأخشاب، ويقوم مسبقا كل تنظيم، بصياغة عقود نموذجية وصيغ عامة للتعامل في السلع المختص بها، وتستعمل كنماذج للعقود التي يبرمها مستقبلا مع زبائنه. والتعامل بهذه العقود يغني عن المفاوضات وما تتطلبه من وقت وحرص وخبرة، فقد أصبح الاتفاق بموجب عقد نموذجي، كافيا ليعرف كل متعاقد حقوقه والتزاماته، ومن السهل تحقيق ذلك بمجرد استعمال وسائل الاتصال الحديثة[69]. ونظرا لتنوع العقود النموذجية والصيغ العامة وكثرتها ولا يسمح المجال لبحثها هنا، نكتفي بالإشارة التي ذكرناها سابقا بخصوص الهيئات المهنية المشرفة على إعدادها، ونظرا للتعدد الإقليمي لتلك الجمعيات والهيئات، فقد تشكلت منها لاحقا اتحادات دولية وهيئات متخصصة. ونكتفي بالإشارة إلى هيئتين منهما:

1- اللجنة الاقتصادية الأوروبية، التي أعدت ما لا يقل عن 50 صيغة عقدية للتعامل في مختلف السلع تخص منتج منفرد أو طائفة من المنتجات، زراعية وطبيعية ومصنعة أو نصف مصنعة[70]. والتنظيم الفني لهذه العقود في مجال العقود الصناعية، التي يفتقر القانون الداخلي لتنظيمها أصلا يغني عن العودة للقانون الداخلي بما يتضمنه العقد من اشتراطات، وتنظيم تفصيلي متكامل لأحكامه، بحيث يكتفي القاضي أو المحكم بتأسيس حكمه على بنود العقد وحدها[71]، وانتشار هذه الأدوات المهنية العقدية ترتّب عنها توحيد أحكام التعامل تلقائيا في الأوساط المهنية، بصفة أيسر وأسرع، من توحيد التشريع، بحيث أصبحت بمثابة تقنين للعادات والممارسات في كل مجال تجاري أو مهني، مما شكل منها رافدا للقانون التجاري الطليق. ورغم أن هذا التوثيق المهني يحظى بتقدير واهتمام رجال الأعمال والهيئات الدولية المعنية بتطوير القانون التجاري الدولي، إلا أن الفقه انتقده لمراعاتها مصالح الأطراف الداعمة له وعدم ملاءمته لظروف الدول النامية وإمكاناتها المحدودة.

2- **غرفة التجارة الدولية (C.C.I)**، رغم أنها منظمة خاصة دولية فهي تشكل اتحادا عالميا لمجموعات اقتصادية ورجال أعمال، وجماعات مهنية للمصارف والمتدخلين والمستفيدين من عمليات النقل، والغرف التجارية والصناعية لكثير من الدول. فضلا عن كون هيئة التحكيم التابعة لها ذات سمعة عالمية، ومن أهم وأنشط مؤسسات التحكيم التجاري الدولي بمحكميها المعترف لهم بالكفاءة والسمعة

والتخصص في المجالات القانونية والتجارية والفنية، وبما تساهم به من اجتهادات تحكيمية لإرساء نظام قانوني للتجارة الدولية، يستجيب للتطورات الحديثة في المعاملات الدولية[72].

فضلا عن ذلك، فإن غرفة التجارة الدولية اختصت وساهمت فنيا في انجازين متعلقين بالبيوع الدولية، وهما المصطلحات التجارية، والاعتمادات المستندية. وهكذا يتضح، أن دور القانون التلقائي في التدويل الطليق للعقد الدولي مهم جدا، ولا يمكن تجاهله، بما وفره من أحكام معيارية لاشتراطات عقود نموذجية وممارسات وعادات مستقاة من واقع التعامل الدولي في العقود الدولية.

ثانيا – التدويل الطليق بتطبيق قانون التجارة الدولي Lex Mercatoria

يشكل بحث هذا المحور صميم الإشكال القانوني المتعلق بالنظام البديل لنظام الإسناد، الذي يتفق الجميع على عدم صلاحيته لحكم المعاملات التجارية الحديثة. ومع ذلك نتطرق في هذا المحور، باختصار إلى ثلاثة مسائل فقط، الأولى تحديد مفهوم قانون التجارة الدولي، والثانية، مدى تشكيله لنظام قانوني متكامل، والثالثة مدى استغنائه عن القانون الدولي الخاص في حكم العقود الدولية.

1- مفهوم قانون التجارة الدولي

لم يعد النظام القانوني للدولة هو الوحيد الذي يحكم معاملات الأفراد الدولية في ظل أنماط العقود الدولية الحديثة وتعدد تنظيمها القانوني وتنوع المبادلات التجارية عبر الحدود، فقد كوّن المتعاملون الدوليون مجتمعا ذاتيا يتوفر على هيئات مهنية تسهر على وضع وتطبيق قواعد تنظيمية لضبط سلوكه، نظاما بديلا يطبق على تلك المعاملات قواعد موضوعية أو مادية Règles substantielles ou matérielles من صنعهم. ولإرادة الأطراف دور هام في اعتماد هذه القواعد وقبول إحلالها محل القانون الوطني. إن الوجود الواقعي لهذا النظام أدى إلى اعتراف الدولة به والتصالح معه ولو على مضض[73].

عرّف الفقيه جولدمان[74] قانون التجارة الدولي بأنه بالضبط مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التي تغذي باستمرار، وتستمر في تغذية الهياكل والوظائف القانونية والمتعلق بجماعة ممارسي التجارة الدولية. هذا التعريف الجامع راعي أساسا المصادر ذات النشأة التلقائية، والقواعد التي درج عليها العمل في التجارة الدولية، كالعادات المهنية، والعقود النموذجية والصيغ العامة ذات الانتشار الواسع التي تجد إقبالا والتزاما من المتعاملين الدوليين. ويدخل في مكونات هذا القانون، فضلا عن قواعد وأعراف التجارة الدولية والممارسات المهنية الجاري بها العمل في القانون التلقائي، القواعد والأحكام التي ارستها هيئات التحكيم التي تنسجم مع التجارة الدولية، ومبادئ العدالة والمبادئ العامة للقانون. ولو أن هاذين المصدرين الأخيرين ليسا محل إجماع في الفقه المقارن[75].

إن ما يعزز تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية، أن نصوص القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم في أغلب الدول[76] وفي الاتفاقيات الدولية[77] وفي لوائح تحكيم بعض الهيئات الدولية[78]، هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق، آخذة في الاعتبار القانون المختار من الطرفين صراحة أو ضمنا أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، تحفظت على تطبيقها ذلك القانون، وحثها على مراعاة الاشتراطات

العقدية وعادات التجارة الدولية، وتقديمها في التطبيق على تلك الأحكام القانونية. وما جعل من قانون التجارة الدولي نظاما بديلا للقانون الداخلي في حكم العقود الدولية تميزه بخصائص معينة عن غيره من القوانين الأخرى[79]. فهو، قانون نوعي، وقانون طائفي، وقانون تلقائي، وقانون موضوعي. ومع هذه الخصائص والمكونات هل حقيقة قانون التجارة الدولي يشكل نظاما قانونيا دوليا حتى يستحوذ على حكم المعاملات التجارية بشكل مستقل؟

2- مدى تشكيل قانون التجارة الدولي لـ نظام قانوني متكامل ومستقل

انقسم الفقه في تكييف طبيعة قانون التجارة الدولي في اتجاهين:

الاتجاه المؤيد لاعتبار قانون التجارة الدولي نظاما قانونيا دوليا، يشكل منهجا مستقلا لحكم عقود التجارة الدولية، لتوفره على مميزات النظام القانوني، وكون قواعده صالحة للتطبيق على معاملاته. مما يؤهله لتشكيل نظام مستقل عن النظم القانونية الوطنية، تساهم فيه مختلف الجماعات التجارية والمهنية الدولية المتعددة، وذلك لما يجمعها من وجود حدّ معين من المصالح المشتركة بينها، وكل ذلك، بمباركة وتشجيع من الدول التي تشارك في التجارة الدولية.

الاتجاه المنكر، ينفي عن مكونات قانون التجارة الدولي صفة القواعد القانونية، فرغم الدور المتزايد لقانون التجارة الدولي ولقضاء التحكيم، والحلول التي يقدمانها لمعالجة نقص وعدم ملاءمة القوانين الوضعية، وأهميتهما في المعاملات الدولية، إلا أنه يجب عدم تجاهل الحقائق الفنية القانونية التي تؤكد أن عادات التجارة الدولية، لا تشكل قواعد قانونية بالمعنى الاصطلاحي للكلمة[80]، لكون قواعده مجرد شروط عقدية وقواعد اتفاقية لا ترقى لصفة القواعد القانونية، وكذلك افتقارها لقوة الإلزام.

3- مدى استغناء قانون التجارة الدولي عن القانون الدولي الخاص

لما كانت القواعد الموضوعية للتجارة الدولية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا، لما يعتريها من النقص والقصور، فهي بحاجة إلى منهج القانون الدولي الخاص المادي ومنهج الإسناد لتكملة النقص وتلافي الفراغ التشريعي، وحينئذ إما أن تكون العلاقة بين هذه المناهج علاقة تنافس وتضاد أو علاقة تجاور وتكامل.

إذا اعتبرنا العلاقة بينها علاقة تنافس، فهل بإمكان القواعد الموضوعية التلقائية الدولية أن تقصي من التطبيق القوانين الوطنية؟ إن الفقهاء المتحمسون لتطبيق قانون التجارة الدولي وهيئات التحكيم يروجون لذلك، ويفضلون قطع الصلة مع النظم الوطنية، ليس باستبعاد الوسيلة فقط (نظام الإسناد)، وإنما الغاية أيضا (عدم تطبيق القانون الداخلي). ولكن يعلمون أن منهجهم غير قادر على إقصاء المناهج الأخرى، لعدم كماله، حتى يحكم كافة جوانب العقود الدولية، ولأن الدولة لم تفقد كامل سيطرتها على العقود الدولية، مادامت مشاركة في النشاط الاقتصادي الدولي، ولها من الوسائل القانونية ما يكفل تطبيق القوانين الوطنية.

أما إذا قدرنا أن العلاقة بين المناهج المحتملة علاقة تجاور، وسلمنا بعدم كمال منهج القواعد الموضوعية التلقائية وعجزه عن حكم كافة المسائل القانونية في العقد الدولي، كما يعترف بذلك الفقيه جولدمان[81]، وهو من منظري قانون التجارة الدولي، إذ يقول " إن النقص والقصور الذي يعتري ذلك

القانون، يدعو إلى تكملته بالرجوع إلى القوانين الوطنية التي تحددها قاعدة الإسناد، وهذا التكامل سيظل قائما لفترة طويلة، لا يمكن التنبؤ بمداها."، فحينئذ لا بد من التعايش والتكامل بين مختلف المناهج، وهو الرأي الذي يؤيده أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص[82]، ومن ثمّ من الضروري إجراء توزيع ضمني للاختصاص بين المنهجين. وبالنسبة لدور التحكيم مادام اختصاصه ليس مطلقا ولا تلقائيا في كل منازعات العقود الدولية، فيتعين التقيد قبل كل شيء بمعايير أساس ونطاق اختصاص المحكم. وما دامت إرادة الأطراف هي أساس اختصاصه، فيتعين التقيد بما تقرره بخصوص المنهج الذي يجب إتباعه، ونوع القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع. وتطبيق النصوص القانونية المحددة للقانون الذي يجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، في القوانين الوطنية والقانون الاتفاقي ولوائح هيئات التحكيم النظامي.

أعتقد أن اعتماد المنهج المختص لحكم منازعات العقود الدولية يتوقف على الجهة التي يطرح أمامها النزاع وعلى نوع القواعد الواجبة التطبيق. ففي حالة عرض النزاع على القضاء، يتعين التمييز بين ما إذا كان قانون القاضي يأخذ بمنهج القانون الدولي الخاص المادي، أي توجد فيه قواعد موضوعية تشريعية أو قضائية، أو أن دولة القاضي منضمة إلى اتفاقيات دولية تتعلق بنوع المعاملة، مثل اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، أو اتفاقيات النقل بمختلف أنواعه، أو اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات، وتتوفر حسب معايير الاتفاقية شروط تطبيقها، فيتعين في هذه الحالة تطبيق مختلف تلك القواعد المادية مباشرة، وإلا فيجب على القاضي تطبيق منهج الإسناد، وإذا كان القانون المسند إليه أجنبيا، فيرجع مباشرة إلى قواعده الموضوعية، دون قواعد التنازع فيه، لأن مجال التصرفات القانونية مستثنى من نظام الإحالة، بإجماع الفقه والقضاء. ويطبق في ذلك القانون، أولا، قواعد القانون الدولي الخاص المادية فيه، وإلا طبق قواعده المنظمة للعلاقات الداخلية. وبالمثل إذا عرض النزاع على المحكم، فيجب مراعاة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، فيعمل بما انصرفت إليه إرادتهما الصريحة أو الضمنية فإذا اختاروا قانونا وطنيا فيطبق ذلك القانون كما ذكر آنفا، كما يطبقه قاضي ذلك البلد بالتدرج بين القواعد الدولية الموضوعية ثم ما تقضي به قواعد الإسناد، في حالة عدم الاختيار فقط، يطبق القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولي، افتراضا باعتباره قانون القاضي للمحكم.

خاتمة

إذا كان مبدأ قانون الإرادة، مكرسا في مختلف الأنظمة القانونية، وأضحى للأفراد أن يرتبوا ما يرونه من آثار على تعاقدهم، فإن تلك الحرية يجب ألا تقود إلى وضع العقد خارج القانون، ما دام القانون هو الذي اعترف لهم بتلك الحرية. حقيقة إن تميز العقود الدولية عن العقود الداخلية من الناحية القانونية والاقتصادية اقتضى معاملتها معاملة خاصة بتخصيصها بأحكام موضوعية دولية ملائمة لطبيعتها، إلا أن ذلك لا يجب أن يتخذ ذريعة لإفلاتها من سلطة المشرع ورقابة القاضي، وذلك لتعلق العقد بحقوق الغير ولضرورات حماية المصلحة العامة وتجنب استغلال الطرف الضعيف في العقد ولحماية المستهلك.

إن النزعة الفردية المطلقة لقانون الإرادة بما ترتبه من آثار غير مقبولة حتى في قوانين الدول الأشد ليبرالية، غير مقبولة في القانون المعاصر، وعهدها قد ولى.

خلافا لما يروج له البعض، من أن نظام الإسناد هو سبب أزمة توطين العقد الدولي، فإننا لا نتفق مع هذا الرأي، لأن هذا النظام في ذاته محايد، وإنما النقص والقصور في أحكام القوانين الداخلية المسند إليها، التي هي غير مؤهلة بأحكامها الموضوعية الحالية لحكم العقود الدولية الحديثة، بالنظر لخصوصيتها وتعدّدها وتشابك العلاقات القانونية فيها، ولما تتميز به من أهمية اقتصادية. كما أن انحراف أطراف العقد في استعمال رخصة اختيار القانون المقررة لهم طبقا لمبدأ قانون الإرادة، زاد في تفعيل تلك الأزمة. وهو ما يقتضي التساؤل ما إذا كان بوسع القانون الاتفاقي أن يسد هذا النقص، وحينئذ، يتحقق تدويل نظام العقود الدولية بشكل منهجي مدروس، مستوحى من الصكوك العامة للقانون المقارن وينسجم مع القوانين الوطنية ويراعي مصالح الطرفين معا، البائعين والمشترين، المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، المحترفين والمستهلكين، مقدمي الخدمات التكنولوجية الحديثة والمستفيدين منها.

أما التدويل الطليق العفوي، المقترح من فقهاء قانون التجارة الدولي، وتسانده هيئات التحكيم الدولي ومختلف المنظمات الممثلة للطوائف المهنية، فحلوله ضبابية تؤدي للمجهول، لافتقاره للأمن القانوني وتوقع الأحكام، ولكون نظامه القانوني البديل لا زال في مراحله الأولى، لم يبلغ بعد صفة النظام القانوني المتكامل في حلوله وآلياته، حتى يستطيع الاستغناء عن نظم القانون الدولي الخاص. في ظل هذا الوضع لا يمكن القبول بإفلات العقد الدولي من حكم القانون، ما دام في حاجة إليه، ليطعمه بالحياة ويعالج مختلف علله.

الهوامش:

1- حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1927/5/17، منشور في دالوز الدوري سنة 1928. 1. 25، تعليق كابيتان، العقد الدولي هو الذي يثير مصالح التجارة الدولية، مؤيدة في ذلك وجهة نظر نائبها العام Matter في تفسيره الاقتصادي للعقد الدولي، الذي يقول فيه " يجب أن ينتج عن العقد الدولي حركة مد وجزر وراء الحدود، نتائج متقابلة.

"Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières des conséquences dans un pays et dans un autre"

بمعنى العبرة بالمضمون الاقتصادي للقيم الاقتصادية للعقد من حيث حركة رؤوس الأموال والبضائع عبر حدود دولتين أو أكثر. وقد ظهرت أول دراسة تأصيلية شاملة للقضاء الفرنسي في هذا الموضوع سنة 1937، في رسالة Jacque dennediue de vabres تحت عنوان "تطور القضاء الفرنسي في مسائل تنازع القوانين منذ بداية القرن العشرين"،طبعة 1938. ثم أرسى قواعد القضاء الفقيه P.Lerebours-pigeonniere عندما كان مستشارا بمحكمة النقض الفرنسية في مقال له تحت عنوان " بمناسبة العقد الدولي "منشور في مجلة Clunet سنة 1951،ص 614.

2- نقض مدني فرنسي في 1930/2/19، وفي 1931/1/27، سيريه 1933. 41 تعليق نبوابيه.

3- نقض مدني فرنسي في 1963/5/7، دالوز 1963.ص543 تعليق ربيير.

4- محكمة استئناف باريس في 1969/6/20، مجلة التحكيم 1969 ص.95

5- منشور بمجلة التحكيم سنة 1981.

6- وراجع أيضا حكم استئناف باريس في 1985/4/26، مجلة التحكيم 1985 ص311.وفي 1990/4/5، المجلة الانتقادية 1991، ص580. وفي 1994/2/24، مجلة التحكيم 1995، ص275. الذي اعتبرت فيه التحكيم دولي لمساسه بمصالح التجارة الدولية، وأن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الموضوع أو على الإجراءات، ولا يتوقف على إرادة الأطراف، وإنما على طبيعة العملية الاقتصادية موضوع النزاع، فيكفي ليصبح التحكيم دوليا أن تكون العملية الاقتصادية تتعلق أو تتضمن حركة لأموال أو خدمات أو وفاء، عبر الحدود. وراجع أيضا رسالتنا، م.س، ج1،ص 29 بالهامش خاصة.

7- حكمها في 1982/10/26، مجلة clunet 1984 ص.605

8-راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي دار النهضة العربية 2004. ص 95، هامش 2.

9-من ذلك، راجع حكم التحكيم الصادر سنة 1980، منشور في مجلة clunet سنة 1981،ص299، الذي قالت فيه هيئة التحكيم " إن كون البيع يمس مصالح التجارة الدولية، على الرغم من كون الطرفين يحملان جنسية واحدة، يعتبر عاملا مهما لإضفاء الطابع الدولي على العقد موضوع النزاع وعلى التحكيم المطلوب إجراءه. وراجع أيضا رسالتنا، م.س. ج1،ص 23 و24.

10-راجع تعليقه في مجلة ..J.C، P1971 ، 2، 16927. وراجع مقاله المنشور ضمن أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص 1968/1966. تحت عنوان Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international .

11-راجع رسالته التحكيم التجاري الدولي، مشار إليها سابقا، ومقاله Quant un arbitrage est-il international, rev. Arb, 1970, P7 et 75.

12- مشارا إليهم في، أحمد عبد الكريم سلامة، م.س.، ص106 هامش 1.

13–وبالنسبة للعقد الدولي خاصة، وفقا لهذا المعيار يكفي أن يشتمل العقد على عنصر أجنبي مهما كان دوره، فلا يهم إذا كان مؤثرا أو سلبيا. وفيما يخص التحكيم لا يميز هذا الرأي بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي.

14–راجع باتيفول، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة 1959،ص 681.وفي الفقه العربي، عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة، مصر المعاصرة، يناير 1978 ص3 وما بعدها، وراجع أيضا كتابه، القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني ، طبعة 1974، فقرة 134،ص 439 بشأن تحديد مفهوم دولية العقد. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة 1974، بند 181،ص 645.

15– راجع باتيفول، مقال في REP-Dalloz ، فقرة العقود والاتفاقات رقم 9. نقض مدني فرنسي في 1980/10/7، المجلة الانتقادية 1981،ص.323

16– رسالته في التحكيم التجاري الدولي، م.س.ص 20.

17 - راجع، B.Goldman, Frontières de droit et LEX- mercatoria, archives de philosophie de droit ,Sirey 1964. P 183.

18– مرسوم 81–500 المؤرخ في 1981./5/12

19– راجع : Art 1492 du C.P.C.F, « Est international l' arbitrage qui met en cause des entiréts du commerce international ».

20– المادة الأولى التي نصت على أن أحكامها تنطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات التي نشأت أو تنشأ عن عمليات التجارة الدولية.

21– المادة الأولى الفقرة الثانية، التي نصت على أن غرض المركز (المركز الخاص بالتسوية) هو التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات.

22– قانون التحكيم رقم 31 لسنة 1986 (المادة 32 منه).

23– قانون 1985 (المادة 809 منه).

24– المادة 1039 من ق.إ.م.إ.

25– راجعه منشورا في المجلة الانتقادية 1988، ص 409 وما بعدها، ولاسيما ص.442

26 – راجع في عرض هذه الآراء وانتقادها، أحمد عبد الكريم سلامة، م.س، ص 104 وما بعدها.

27– المرجع السابق،ص 111،110.

28– مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993.

29 – راجع بهذا الخصوص مقالنا ، مفهوم دولية التحكيم في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، سنة 2020، عدد 1، ص 91.

30– راجع إسعد محند Le décret législatif Algérien du 23 avril1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1993, N°23, p.382 et s.

31– راجع في الفقه الفرنسي المعارض للمعيار الاقتصادي، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، م.س. ص 112 و113 بالهامش.

32– راجع، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري ،ج 1 ص 41.

33– راجع في خصائص نظام الإسناد، مقالنا مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 1997، رقم 1،ص 73 وما بعدها.

34- حكمها الصادر في 1929/7/12 تحت رقم 22، منشور في المجلة الإنتقادية 1029، ص24، تعليق نبوابيه. وفي كلينيه 1929 تعليق أندريه بريدوم.

35- سيريه 1911. 1. 129 تعليق ليون كان.

36- ومع ذلك لم تطبق المحكمة في النزاع القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة، وسوف نحلل هذا الحكم لاحقا.

37- حكم 1950/6/21، المجلة الانتقادية 1950، ص609، تعليق باتيفول. وراجع في تطور موقف القضاء الفرنسي خاصة من طبيعة القانون المطبق على العقود الدولية، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج1، ص170 وما بعدها.

38- راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، 1989، ص 20، بالهامش.

39- راجع أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، م.س، ص .13

40- راجع في هذا الموضوع، كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1 طبعة 2013، ص 80، 81. ومقال تنازع المناهج في العقود الدولية، م. س، ص 78 وما بعدها، إبراهيم أحمد إبراهيم، أسلوب الإسناد في الميزان، مكتبة السيد وهبة، القاهرة 1985،ص 250 وما بعدها.

41- راجع، صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، مجموعة رسائل الدكتوراه، ص69 وما بعدها و107.

42 - المرجع السابق، ص 109 وما بعدها.

43- راجع، أحمد صفوت عبد الحميد أحمد،م. س.ص ، 168.

44- المرجع السابق، ص 149.

45- يتعلق الأمر بتطبيق القانون الإيراني وقوانين كل من الولايات المتحدة وفرنسا وبريطانيا وهولندة. في ذات الوقت.

46- من ذلك، حكم تحكيم شيخ أبوظبي ضد شركة التنمية البترولية لسنة 1951، وحكم تحكيم أرامكو ضد المملكة السعودية لسنة 1958، وحكم تحكيم شركتي تيكساكو وكلازياتيك ضد الحكومة الليبية سنة 1977، راجع في تحليل هذه الأحكام وغيرها رسالتنا السابقة الذكر، م.س. ج.2

47- من أهم تلك المبادئ تنفيذ العقد بحسن نية، القوة الملزمة للعقد، تفسير العقد طبقا للإرادة المشتركة لطرفيه، عدم جواز التعسف في استعمال الحق، عدم جواز الإثراء بلا سبب، توازن الأداءات التعاقدية، مراجعة العقد عند تغير الظروف.

48- هذه مسألة مستقر العمل بها في جل القوانين العربية ليس فقط بشأن ما ترتبه هذه العقود من حقوق عينية أصلية أو تبعية وإنما بخصوص صحة العقد ونشأتها كتصرف قانوني، حيث تقضي هذه القوانين بتطبيق قانون الدولة التي يقع فيها العقار على العقود المتعلقة به، دون تمييز بين نشأة العقد وصحته شكلا وموضوعا وبين ما يرتبه من أثار شخصية أو حقوق عينية.

49- من ذلك ما يقضي به الشطر الأخير للفقرة الأولى من المادة 7 لاتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع.

50- المادة 4 فـ1 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول المجموعة الأوروبية، المادة28 فـ1 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986، المادة 3111 الفقرة

الأخيرة من القانون المدني لمقاطعة كوبيك لسنة 1991. المادة 75 من القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1992، والمادة 121 فـ4 من القانون الدولي الخاص الروسي لسنة 2001.

51- لا يتسع المجال لبحث هذه المسائل كلها، راجع في ذلك طبقا للقانون الجزائري، كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري،م. س. ص246 وما بعدها.

52- راجع في تحليل النظرية رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية، م.س.ج 1ص109 وما بعدها و121 وما بعدها. H. Batiffol, Les conflits des lois en matière des contrats, Paris, Sirey, 1938.

53- راجع في تحليل المسألة، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،م.س.ص 171 وما بعدها.

54- المراجع والموضع السابق.

55- راجع في هذه المسألة، رسالتنا،م.س. ج2 ص 354 وما بعدها.

56- راجع، باتيفول ولاجارد ، م.س، ج1، طبعة 1974، ص 412، 413. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق.م.س. ً.140

57- تعرف بقضية American Trading Company C Quebec Steamship Company المجلة الانتقادية 1911، ص 395. سيريه 1911. 1. 129 تعليق ليون كان . وتتلخص وقائعها في أن الشركتين أبرمتا عقد أيجار سفينة ونقل شحنة من القمح الكندي إلى جزر قواد لوب الفرنسية، واتفقا على تطبيق قانون ولاية نيويورك، وورد في العقد شرط صريح يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن القوة القاهرة لخسائر البضاعة المشحونة. وعند تحقق الخسارة رفعت الشركة مالكة البضاعة دعوى تعويض. راجع في تحليل هذا الحكم، رسالتنا. س. ج1 ص .79

58- راجع، نقض مدني فرنسي في 1935/5/15 ، المجلة الانتقادية 1936، ص 463، تعليق نبوابيه. راجع أيضا، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،م.س. ص 147 وما بعدها.

59- نقض اجتماعي فرنسي في 1969/3/5، المجلة الانتقادية 1969 ص279 تعليق باتيفول. تتلخص وقائعها أن شركة فرنسية اتفقت مع زناريلي، المواطن الإيطالي، على تمثيلها في إيطاليا لبيع منتجاتها هناك، وبعد إبرام العقد تم فسخه من الشركة دون إخطار مسبق ، فرفع ضدها دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا بالتعويض.

60- قرار هيئة تحكيم غرفة التجارة بباريس رقم 69 لسنة 1970، مشارا إليه، في مقال جولدمان، قانون التجارة الدولية في العقود والتحكيم الدولي، حقائق وآفاق، أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، 1979، ص .479

61- قضية هيشت ، منشورة في المجلة الانتقادية،1971،ص 692، تعليق ليفل.

62- مقاله التطبيق الجامع، م.س. ص .99

63- مشارا إليه، المقال السابق، ص.101

64- راجع R. David , Le droit du commerce international, une nouvelle tache pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « Lex Mercatotia » Unidroit , New York, vol 1, p.5 et 6.

65-أطلق عليه البعض قانون عبر الدول droit transnationalوسماه آخرون القانون المشترك للأمم droit commun des Nations وأطلق عليه آخرون تسمية القانون العرفي عبر الدول droit coutumier transnational، وسماه آخرون القانون الخاص الدولي droit privé international، ولكن التسمية الشائعة له هي قانون التجارة الدولية Lex mercatoria.

66- راجع في هذا المعنى ، صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد .م.س. ص 221.

67- راجع في تحليل هذه الشروط وغيرها Jacque Mestre : Les principales clauses des contrats d'affaires, éd Delta.2011

68- قرار 1966/12/17، رقم 2205، من المهام المدرجة في هذا الإطار، تحقيق الأهداف التالية:

- التنسيق بين أنشطة المنظمات المشتغلة بتوحيد قانون التجارة الدولية وإنماء التعاون بينها.
- العمل على زيادة إقبال الدول على الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية القائمة وعلى الأخذ بالقوانين النموذجية والموحدة.
- إعداد مشروعات اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية موحدة جديدة وجمع المصطلحات التجارية والقواعد والعادات السارية في التجارة الدولية ونشرها، وذلك بالتعاون مع المنظمات القائمة.
- البحث في خير الوسائل لتحقيق وحدة تفسير وتطبيق الاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة المتعلقة بالتجارة الدولية.
- جمع المعلومات عن التشريعات التجارية الوطنية ونشرها واستظهار الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في مجال قانون التجارة الدولي.
- توثيق التعاون مع مؤتمر التجارة والتنمية.
- توثيق الروابط مع الأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة التي لها شأن بالتجارة الدولية.
- اتخاذ كل تدبير تراه اللجنة لازما لاضطلاعها بمهامها. راجع محسن شفيق، م .س. ص 17.

69- راجع في تحليل العقود النموذجية، ثروت حبيب، م.س. ص 31 وما بعدها. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي،م.س. ص 133، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية، م.س.، ج1 ص 165.

70- يمكن تصنيفها في ثلاثة مجموعات:

1- العقود النموذجية الخاصة بالمنتجات الصناعية، وهي : أ- الشروط العامة لتصدير المصانع والآلات (رقم188)، ب- الشروط العامة لتصدير المصانع والآلات مع القيام بتركيبها (رقم 188-أ)، ج- الشروط العامة لبناء المصانع والآلات في الخارج (رقم 188- د)، د- الشروط العامة للإشراف على بناء المصانع والآلات في الخارج (رقم 188- ب).

2- العقود النموذجية الخاصة بالمنتجات الزراعية، وهي صيغ متعددة، أهمها الحبوب، بيع الخضر والفواكه.

3- عقود بيع المنتجات الطبيعية، وتخص استيراد وتصدير الخشب، واستيراد وتصدير الوقود.

71- راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي،م.س. ص 139، وهو يشير إلى نماذج تدعو إلى هذه الفكرة.

72- لا يتسع المجال لبحث مختلف أوجه نشاط هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، لذلك نحيل إلى المراجع الخاصة بهذا الموضوع.

73- راجع أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،م.س. ص .265

74- مقاله بعنوان la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrages internationaux، المقدم في ندوة أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص سنة 1979، ص.236

75- المرجع السابق، ص 286.

76- تراجع المادة 1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المادة 39 ف3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، الفصل 73 من قانون التحكيم التونسي لسنة .1993

77-تراجع المادة 7ف1 من اتفاقية جنيف للتحكيم لسنة 1961، المادة21 من اتفاقية عمان للتحكيم لسنة 1987، المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، المادة 9 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بعقود البيع الدولية للبضائع.

78–المادة 33ف3 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي، المادة 17 ف 3 من لائحة غرفة التجارة الدولية للتحكيم لسنة .1998

79–راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، م.س. ص 301 وما بعدها.

80– أحمد عبد الكريم سلامة، م.س.ص 334 وما بعدها.

81– محاضرته أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، 1979، ص.259

82–المرجع والموضع السابقان، وكذلك محاضرته أمام نفس اللجنة سنة 1966/ 1969 تحت عنوان قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر والقواعد المادية في التحكيم التجاري الدولي، ص 135. لوسوارن وبوريل، القانون الدولي الخاص، ص73. باتيفول، تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص.م.س. ص108. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق .م .س ، ص 394.

الاتفاقيات الدولية كمصدر للقانون الجنائي الجزائري لتدعيم جهود مكافحة الإجرام العابر للحدود

The role of international conventions as a source of Algerian criminal law in the fight against transnational crime.

طباش عز الدين [1]، أستاذ محاضر

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية ، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية (الجزائر)،

azzeddine.tebache@univ-bejaia.dz

تاريخ الإرسال: 2021/11/10 **تاريخ القبول:2021/11/08** **تاريخ النشر: نوفمبر/2021**

ملخص

من المعروف أن المصدر الوحيد للقانون الجنائي بفروعه خاصة قانون العقوبات هو التشريع، نظرا لاعتباره قانونا سياديا يرتبط بالإقليم الذي تمارس فيه الدولة سلطتها والمنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات ، إلاّ أن تطور الظاهرة الإجرامية جعل هذا المبدأ عاجزا على مواجهة أساليب ارتكابها، بحيث لم تعد عناصرها تجتمع في إقليم الدولة الواحدة، بل تمتدّ لتقع في عدّة أقاليم تصعّب من مهمة التشريع الداخلي للدولة الواحدة من القدرة على مواجهتها، مما استدعى ضرورة التعاون المتبادل من أجل تفادي الإفلات من العقاب ، إلاّ أن ذلك اصطدم بالنظرات والمفاهيم المختلفة لهذا النوع من الإجرام لدى القوانين الداخلية للدول ذات سيادة، مما حتّم عليها اللجوء إلى إبرام اتفاقيات من أجل توحيد هذه المفاهيم والاتفاق على نفس العناصر المكوّنة لتلك الجرائم بهدف تسهيل عمل القضاء الجزائي، وبالتالي تسهيل مهمة ضبط مرتكبيها. لذا فقد رأت الدول أنه من الضروري التنازل على جزء من حقّها السيادي في التجريم باستنباط عناصره من تلك الاتفاقيات وإدراجها في قوانينها الداخلية حتى أصبحت اليوم تحتل مصدرا أساسيا غير مباشر إلى جانب التشريع في تحيد مفهوم الجرائم بالإضافة إلى اعتبارها عنصرا فعّالا في جهود توحيد القاعدة الجنائية في إطار فكرة عولمة القانون الجنائي.

الكلمات المفتاحية: القانون الجنائي،الاتفاقيات الدولية،الجريمة المنظمة العابرة للحدود، مصادر القانون الجنائي.

Abstract:

The classic principle which the law is the exclusive source of repression is now undergoing a real evolution towards remarkable competition from other international norms. These norms exist in ratified conventions between sovereign states, with the aim of combating the development of transnational organized crime.

المؤلف المرسل: طباش عز الدين ، الإيميل المهني: azzeddine.tebache@univ-bejaia.dz

The stakes associated with the latter have required legislation to give up part of its exclusive power in the elaboration of repressive texts, and to carry out a policy of harmonization in order to cry out a universal criminal space, enabling conventions to play a key role in the fight against cross-border crime, through the direct or indirect application of harmonic standards at the internal level, whether substantive or formal criminal law.

Key words: Criminal law- international conventions- transnational organized crime- source of criminal law.

مقدمــة

تزداد الجريمة العابرة للحدود تعقيدا وخطورة يوما بعد يوم، نتيجة الانفتاح الاقتصادي المستمرّ وارتفاع حجم المبادلات وبالتالي ازدياد حركة الأشخاص والأموال، ساعدتها التسهيلات التي يوفّرها تطور وسائل النقل وتكنولوجيا الإعلام والاتصال و كذا الثورة المعلوماتية، إذ عرفت المنظّمات الإجرامية كيف تستغلّها لخدمة مصالحها عن طريق توسيع نطاق أعمالها الإجرامية وتعقيد أساليب ارتكابها بشكل لم تعد الدولة الواحدة قادرة على مجابهتها، بل تكون أية محاولة للخوض في معارك فردية في هذا المجال سيكون مصيرها الفشل الحتمي، لأن الأمر يقتضي مجهودا مشتركا من خلال وضع إستراتيجية أمنية وقانونية بين الدول ذات سيادة، عن طريق تكريس مفاهيم حديثة في القوانين الجنائية تساير التوجّه الحديث نحو عولمة الإجرام و مواجهة هذه الظاهرة بعولمة تلك القوانين أيضا، إذ تعتبر ظهور فكرة القانون الجنائي الدولي إحدى ثمرات تلك الجهود الجماعية لتوحيد الفكر القانوني الجنائي، ففي أول الأمر لم يكون له وجود إلاّ كفرع من فروع القانون الدولي الذي يدرس ما يسمّى بالجرائم الدولية ليس بسبب وجود عنصر أجنبي فيها أو طابعها العابر للحدود، وإنما بالنظر إلى طبيعة الجريمة ذاتها التي يأباها المجتمع الإنساني ككلّ، كجرائم الحرب وجرائم ضدّ الإنسانية، لذا أصبح بعض الفقه الحديث يحبّذ فكرة التمييز بين القانون الدولي الجنائي الذي يختصّ بمثل هذه الجرائم والقانون الجنائي الدولي الذي يجب أن يكون فرعا من فروع القانون الجنائي، والذي يختصّ بدراسة جرائم الأصل فيها أنها مجرّمة في القوانين الداخلية، إلاّ أنها تحمل صبغة الدولية عندما يتمكّن مرتكبوها من نشر عناصرها في أكثر من إقليم ، وقد أصبح ذلك أمرا هيّنا بعد الثورة الصناعية وتحرير التجارة الدولية وتطوّر نظام المواصلات، ثم ازدادت حدّة خاصة مع الثورة الرقمية وظهور تقنية الهاتف المحمول والإنترنت.

كلّ هذا جعل ضرورة الاستعانة بالأخر وطلب المساعدة أمرا لا مفرّ منه، وأصبحت القوانين الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية تشهد تحولات جوهرية نحو التنازل عن أهم المبادئ التي تحكمها، لصالح السعي وراء تحقيق التقارب والتوافق في نصوصها مع القوانين التابعة للدول الأخرى على حساب السيادة التشريعية .

وقد كان الحلّ الأمثل لذلك هو الاحتكام لنصوص الاتفاقيات الدولية باعتبارها السبيل الوحيد للحصول على الإجماع سواء من حيث المسائل الموضوعية المتعلقة بالتجريم أو المسائل الردعية المتعلقة بالإجراءات والعقاب، وذلك عن طريق الالتزام بنقل النصوص محل الاتفاق إلى التشريعات الوطنية، ثم جعلها كمصدر حقيقي في هذا المجال إلى جانب التشريع، خاصة إذا ما نظرنا الى الحجم الهائل للمعاهدات الدولية والإقليمية التي تمّ إبرامها من أجل مكافحة الجرائم العابرة للحدود والتي صادقت الجزائر على معظمها، وأصبحت تتبنّى نصوصها سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية،بل تطّور الأمر لدى بعض الدول إلى درجة أنها تلتزم بتنفيذ المقرّرات القضائية الصادرة عن المحاكم الاتفاقية وتعديل قوانينها بحسب ما تقتضيه تلك المقرّرات.

لذا فإن هدفنا من خلال هذه الدراسة هو تقييم مدى تأثير ظاهرة الإجرام العابر للحدود على السيادة المطلقة للدول في وضع تشريعاتها الجنائية، وهل أصبحت اليوم النصوص الاتفاقية مصدرا حقيقيا لهذه التشريعات إلى جانب المصدر التقليدي المعروف وهو نصّ القانون الذي تم سنّه من طرف السلطة المختصّة في الدولة ذات سيادة؟

المبحث الأول:أسباب اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية كمصدر لأحكام مكافحة الجريمة العابرة للحدود

لما كان الغرض الأساسي لمعظم الجرائم المنظّمة العابرة للحدود هو تحقيق الربح المادي والسريع، فقد تمكّنت الجماعات الإجرامية التي ترتكبها من الحصول على قدرات مالية هائلة ونفوذا واسع النطاق مكّنها من الاستحواذ على أحدث التقنيات لإخفاء مشاريعها الإجرامية وإيجاد قنوات معقّدة لإنجازها تتعدّى حدود الدولة الواحدة، حيث جعل منها جرائم تمتلك طبيعة خاصة تختلف عن الإجرام التقليدي (مطلب أول)، وقد استغلّت في ذلك وجود ثقافة قانونية راسخة لدى الدول ذات سيادة مفادها أن التشريع العقابي هو قانون سيادي لا يمكن أن يتعدى تطبيقه الحدود الإقليمية لممارسة تلك السيادة ولا يجوز لغيره من القوانين مشاركته في مكافحة هذا النوع من الإجرام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة الخاصة للجرائم المنظّمة العابرة للحدود

لقد ساهمت القدرات المالية الهائلة التي تجنيها الجماعات الإجرامية المنظمة في تمكينها من اكتساب نفوذا سياسيا واقتصاديا، إلى درجة أنها أصبحت تتحكّم في تنصيب كبار المسئولين في السلطة وتقرير السياسات الاقتصادية التي تتماشى ومصالحها الإجرامية ، جعل منها تهديدا كبيرا لمصالح الشعوب والأمن والسلم العالميين، لذا فقد أصبحت تمثّل تحدّيا حقيقيا للشرائع القانونية دولية كانت أو وطنية وفرضت عليها ضرورة أيجاد سياسة عقابية خاصة تختلف على ما جرت عليه العادة بشأن الجرائم التقليدية وذلك عن طريق حصر مفهومها وتحديد عناصرها (الفرع الأول)، مع إبراز خصائصها التي تبرّر معاملتها بأحكام خاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الجريمة المنظّمة العابرة للحدود

قد لا تثير فكرة الجريمة المنظّمة المرتكبة في داخل إقليم الدولة الواحدة اهتماما في نطاق هذه الدراسة، باعتبار أنها تخضع لتطبيق نظام قانوني واحد هو قانون الدولة التي تنشط فيها الجماعة المرتكبة لهذه الجريمة، لكن ما يهم أكثر في هذا الموضوع هو امتداد هذا النوع من الإجرام إلى خارج الحدود الإقليمية للدولة لتنتشر عناصرها على أكثر من إقليم، وهو الأمر الذي يؤدّى إلى تدخّل عدة أنظمة قانونية مختلفة تدّعي اختصاصها بشأن وسائل قمعها، لذا فإن مفهوم الجريمة العابرة للحدود غالبا ما تكتسب طابعا منظّما ، لأنه من الصعب تصور قيام جريمة عابرة للحدود دون أن يساهم في إعدادها أو تنفيذها جماعة تتشكّل أساس من أجل هذا الغرض، وما يؤكّد ذلك هو الربط بينهما حتى في عنوان اتفاقية الأمم المتحدة المبرمة من أجل مكافحة هذا الإجرام بحيث جاء عنوانه "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية"[1].

1-تعريف الجريمة المنظّمة العابرة للحدود:

لم يعد مصطلح الجريمة المنظّمة أو الجريمة العابرة للحدود غريبا في القانون الجنائي الجزائري بشقيه الموضوعي والإجرائي، بل أصبح دائم الحضور خاصة عندما يتعلق الأمر ببعض الجرائم المستحدثة والتي تجيز في جانبها الإجرائي استعمال أساليب خاصة للتحرّي والكشف عنها، والتي من شأنها المساس بأقدس الضمانات و المبادئ الأساسية التي تحكم الإجراءات الجزائية[2]، وفي جانبه الموضوعي حيث يعتبر المشرّع فكرة الجريمة المنظّمة أو العابرة للحدود صورة لتشديد بعض الجرائم الخطيرة يتم ارتكابها في إطار جماعة منظّمة أو من شأنها أن تكون عابرة للحدود .

ولكن لم يحتوي كلا الفرعين أية إشارة لتعريف أو تحديد معالم تلك الجريمة مثل معظم التشريعات العالمية خاصة العربية منها[3] .

ويعود سبب عدم وضع تعريف جامع ومانع للجريمة المنظّمة هو خصوصية المقصود بمصطلح الجريمة في هذا المجال، والذي لا يعني أنها سلوك قائم بذاته واضح العناصر والأركان مثلما هو معتاد عليه في جرائم قانون العقوبات، وبالتالي من الخطأ الحديث عن أركان الجريمة المنظّمة مثلا[4] ، لأن مفهومها في الحقيقة، ينصرف فقط الى تحديد بعض الخصائص التي يجب أن تتوفّر في بعض الجرائم تقليدية كانت أو مستحدثة لكي تحمل الطابع المنظّم، لذا فإن تعريفها يبدو أنه من مهام علم الإجرام بدرجة أولى باعتبار أنها ظاهرة إجرامية من جهة، وأن يحصل المفهوم على توافق جماعي للسياسات العقابية المختلفة باعتبارها عابرة للحدود .

ونظرا لغياب تعريف قانوني خاص بهذه الجريمة فقد استند البعض إلى جريمة تكوين جمعية الأشرار أو الاتفاق الجنائي، وهو الفعل المعاقب عليه في المادة 176 من قانون العقوبات الجزائري كمثال

لتعريف الجريمة المنظّمة[5]، وهذا في الحقيقة تحميل للنصّ ما لا يطيقه، بالنظر إلى أن مقصد المشرع من خلال تجريم الاتفاق الجنائي قد لا يمتّ بأي صلة للجريمة المنظّمة، لأن المشرّع في تجريم تكوين جمعية الأشرار ، قدّر ضرورة العقاب على المرحلة التحضيرية للمشروع الإجرامي عندما يتضمّن خطورة خاصة، أي عندما يتفق عدد من الأشخاص للإعداد لارتكاب جرائم من ضمن الجنايات والجنح، فهي جريمة شكلية لا تقتضي لقيامها تجسيد ذلك الاتفاق [6]، وبالتالي فإن الاستناد إلى تعدّد الجناة فيها كخاصية لجعلها في مرتبة الجريمة المنظّمة يعدّ في نظرنا قاصر جدّا، وهو ما أكّدته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 2015/07/08، بأنه لا يمنع أن تكون الجريمة المنظّمة ظرفا مشدّدا لجريمة تكوين جمعية أشرار ما دام أنهما من طبيعة مختلفة[7]، لكن هذا لا يمنع من القول بأن الجريمة المنظّمة إحدى أهم صور الاتفاق الجنائي الأحسن تنظيما وهيكلة[8].

كما أن حصر مفهوم الجريمة المنظّمة في ذكر خصائص بعض التنظيمات الإجرامية العالمية المعروفة وربط مفهومها بوصف تلك التنظيمات يعتبر تضييق فادح لمفهوم هذه الجريمة، لأن تلك التنظيمات بلغت درجة من الاحترافية الكبيرة التي لا يمكن أن تمتلكها معظم الجماعات الإجرامية الأخرى، لهذا قال Giovanni Falcone أنه "إذا كان المافيا هي إجرام منظّم حتما إلاّ أنه ليس كل جريمة منظّمة هي من المافيا"[9]، لذا هناك من التنظيمات الإجرامية التي تحترف الجريمة المنظّمة والعابرة للحدود دون أن يكون لها ذلك البناء والتنظيم الهيكلي المتدرّج الذي تعرف المنظّمات الإجرامية العالمية المعروفة، بل في غالبيتها تكتفي بالإتفاق على التخطيط الجماعي لتسهيل وإنجاز المشروع الإجرامي لتحقيق أهدافه دون وجود علاقة تبعية معيّنة[10].

وبالتالي فإذا حاولنا إعداد تعريف للجريمة المنظّمة، فإن أحسن مثال يمكن الإحالة إليه هو التعريف الذي تبنّته الاتفاقية المبرمة في إطار هيئة الأمم المتحدّة الذي جمع أكبر عدد من الآراء التوافقية للدول الأعضاء التي وقّعت عليها ، حيث عرّفت هذه الجريمة بالنظر الى مرتكبيها، واعتبرت أنه يقصد ب"جماعة إجرامية منظّمة" "*هي جماعة ذات هيكل تنظيمي مؤلّفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزّمن وتعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرّمة وفقا لهذه الإتفاقية، من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو مادية أخرى...*"، فهذا التعريف يبدو أنه قد ألمّ بجميع خصائص الجريمة المنظّمة لكن يعتريه بعض النقص من حيث تحديد أهدافها، إذ حصرها في الكسب المالي فقط ، وهو ما قد يخرج من نطاقها بعض التنظيمات الإجرامية بالغة التعقيد والتنظيم، إلاّ أن الهدف المباشر من إنشاءها قد لا يرتبط بالكسب المادي، كما في الجريمة الإرهابية مثلا[11].

كما تبنّت الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة والعابرة للحدود نفس التعريف السابق تقريبا في المادة 2/ف 3 ، ولكن بشكل ملخّص مع الحفاظ على هدف الكسب المالي [12]، لكن ما يميّز هذه الاتفاقية أنها وضعت تعريفا آخر للجريمة المنظّمة العابرة للحدود كواقعة، وذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة جاء فيها "*هي كل جريمة ذات طابع عابر للحدود الوطنية وتضطلع بتنفيذها أو الاشتراك فيها أو التخطيط لها أو تمويلها أو الشروع فيها جماعة إجرامية منظّمة ...*".

أما التشريع الجزائري فرغم أن مصطلح الجريمة المنظّمة والعابرة للحدود ورد في عدّة مواطن سواء في قانون الإجراءات الجزائية أو في قانون العقوبات أو حتى في بعض القوانين الخاصة، إلاّ أنه لم يضع لها تعريفا، بل جعلها كظرف مشدّد كلما توفّرت هذه الخاصية في أي جريمة من جرائم قانون العقوبات، كما في المادة 303 مكرر 5 المتعلقة بجريمة الاتجار بالأشخاص، والمادة 303 مكرر20 بالنسبة للاتجار بالأعضاء البشرية، والمادة 303مكرر 32 بالنسبة لجريمة تهريب المهاجرين، وكذا في جريمة سرقة الممتلكات الثقافية المنقولة المحمية أو المعرّفة في المادة 350مكرر 2، وجريمة تبييض الأموال في المادة 389مكرر2، بالإضافة إلى بعض القوانين الخاصّة مثل المادة 34 من قانون 15/20المتعلّق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحتها[13]، أما من الناحية الإجرائية فإن الجريمة المنظّمة العابرة للحدود تلعب دور المبرّر الذي يجيز اللجوء إلى تطبيق الأحكام الاستثنائية فيما يخصّ الاستدلال والتحقيق القضائي[14]، كتمديد ميقات التفتيش(م 47/ف 3 ق إج) ومدة التوقيف للنظر (م 51/ف 5ق إج)، واللجوء إلى استعمال أساليب التحري الخاصة (65مكرر5 إلى مكرر18 ق إج)، وتمديد الاختصاص المحلي بالنسبة للشرطة القضائية (م 16/فقرة ما قبل الأخيرة)، وبالنسبة للنيابة العامة (م 37/ف2) ، وكذا قاضي التحقيق في(المادة 40/ف2) ... إلى غيرها من الأحكام الخاصة بهذا النوع من الإجرام.

وقد أجمعت الاتفاقيتين السالفة الذكر وغيرهما التي تناولت هذا النوع من الإجرام على تبنّي بعض الخصائص التي تميّز الجريمة المنظّمة من حيث التنظيم وهيكلة الجماعة الناشطة واستمرارية الاتفاق الإجرامي، إلاّ أن الخاصية التي تجعلها جريمة معقّدة تصعّب من مهمّة الدولة الواحدة في مجابهتها بشكل انفرادي هو طابعا العابر للحدود ، بل أنّ هذه الخاصية هي السبب الجوهري الذي جعل التشريعات تلجأ إلى الحلول الجماعية في إطار اتفاقي بغية توحيد المفاهيم وسبل المواجهة.

الفرع الثاني: خاصية "عبر الحدود الوطنية" للجريمة المنظّمة

يكتسي الطابع العابر للحدود الوطنية بالنسبة للجريمة خاصية ذات أهمية بالغة من حيث أنها تزيد من درجة تعقيدها، سواء من حيث المتابعة أو التجريم، باعتبار أن انتشار عناصره عبر مختلف أقاليم دول ذات سيادة يؤدي إلى تدخّل عدة أنظمة قانونية مختلفة أيضا، ولكل نظام ثقافته التي لا تسمح بتدخّل قانون أجنبي في نطاق اختصاصه، وبذلك ينشأ تنازع يكون المستفيد منه تلك التنظيمات الإجرامية، بحيث يساعدها على الإفلات

من العقاب، وبالتالي فإن خاصية "عبر الحدود" هي العامل الأساسي الذي فرض على الدول ضرورة التوافق واعتماد سياسة التقارب بين أنظمتها التشريعية لتسهيل مكافحة هذه الجريمة [15] .

1- المقصود بخاصية الجريمة العابرة للحدود:

وما يدّل على أهمية الطابع العابر للحدود كخاصية في الجريمة المنظّمة الطريقة التي أكدت عليها اتفاقية الأمم المتحدة في التسمية، حيث تم التركيز على خاصية عبر الحدود أولا في العنوان باللغتين الإنكليزية والفرنسية[16] ، كما ربطت الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة تعريفها بالطابع العابر للحدود في المادة 2/ف2.

لقد حدّدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة معايير واضحة لاعتبار الجريمة أنها عابرة للحدود وذلك في المادة 3/ف2 منها وهي:

-عندما ترتكب في أكثر من دولة واحدة.

-إذا ارتكبت في دولة واحدة، لكن جرى جانب كبير من الإعداد أو التخطيط له أو توجيهه أو الإشراف عليه في دولة أخرى.

-إذا ارتكبت في دولة واحدة، ولكن ضلعت في ارتكابه جماعة إجرامية منظّمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة.

-إذا ارتكبت في دولة واحدة ولكن كانت لها آثار شديدة في دولة أخرى.

وهي نفس الأحكام التي تبنّتها الاتفاقية العربية بهذا الشأن في المادة 3 منها، وبالتالي لا تعتبر جريمة عابرة للحدود الوطنية ما لم يتوفّر فيها عنصر أجنبي من العناصر المذكورة سابقا.

و إلى جانب ذلك يضاف الدور الذي لعبه تطوّر تكنولوجيا الإعلام و الاتصال في تطوير مفهوم الجريمة العابرة للحدود، حيث استطاعت الجماعات الإجرامية استغلاله لتفادي المصاعب التي تعترض أنشطتها عبر أقاليم الدول المختلفة، إذ أصبحت تمارسها في عالم افتراضي لا حدود له، مما عقّد أكثر مهمة الاختصاص الجنائي للدولة الواحدة القائم على ما يعرف بمبدأ الإقليمية[17]، إذ أن استعمال المعلوماتية نقل الجريمة المنظّمة من طابعها العابر للحدود إلى جريمة منظّمة بلا حدود[18].

2- دور خاصية "عبر الحدود" في ظهور فكرة القانون الجنائي الدولي:

لا يمكن إنكار أن الجريمة العابرة للحدود تعدّ من أهم العوامل الأساسية التي ساهمت في ظهور وبلورة فكر القانون الجنائي الدولي كفرع من فروع القانون الجنائي، والذي ساهم بقسط كبير في توجّه الدول ذات سيادة نحو التخلي عن أنانيتها التشريعية في التجريم والعقاب، للانخراط ضمن الجهود الجماعية والثنائية بهدف مكافحة الجرائم ذات العنصر الأجنبي أو الخارجي، وذلك عن طريق تحديد مفاهيم توافقية سواء بالنسبة للأحكام الموضوعية من حيث تعريف الجرائم العابرة للحدود وعقوباتها، أو

بالنسبة للأحكام الإجرائية بتقنين أحكام التعاون القضائي الدولي وقواعد تسليم المجرمين، وكذا الإجراءات الموصى بها في إطار الاتفاقيات والمتناسبة مع خصوصية تلك الجرائم، وبالتالي تقام المسؤولية الجنائية وفق القواعد المقررة في النظام التشريعي الداخلي للدولة تحت غطاء الأحكام الاتفاقية التي التزمت بها الدولة من حيث شروط التجريم والعقاب وكذا المتابعة .

ومن خلال هذه النظرة يعرّف بعض الفقه الجريمة العابرة للحدود بأنها تلك الجرائم ذات الأصل الإقليمي يتم تدويلها في غالبية الحالات عن طريق الاتفاقيات نظرا لاحتوائها على عنصر خارجي يتجاوز حدود إقليم الدولة الواحدة [19].

لذا فإنّ تعداد الجرائم العابرة للحدود يقتضي أساسا العودة إلى القانون الداخلي للدولة باعتباره هو الذي يحدّد ماهية الجرائم التي يمكنها أن تحمل طابعا عابرا للحدود الوطنية، بحيث نجد في القانون الجزائري مثلا، أن كل الجرائم التي يشدّدها بظرف خاصية عبر الوطنية، يعني أنها يمكن أن ترتكب بتوافر عنصر أجنبي خارج الإقليم الوطني، بحسب مفهومه الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة، كما توجد جرائم أخرى من طبيعتها أنها لا تقوم إلاّ إذا توفّر فيها عنصر أجنبي، أي إلاّ إذا عبرت الحدود، ومنها جريمة تهريب المهاجرين (م 303مكرر32)، وجريمة تهريب البضائع المنصوص عليها في الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب[20] .

المطلب الثاني: إشكالية الطابع السيادي للقوانين الجنائية

يقصد بالطابع السيادي للقانون الجنائي بفرعيه الموضوعي والإجرائي، احتكار الدولة لحقّها في إنشاء النصوص الجنائية وحق ممارسة سلطة العقاب عبر كامل الحدود الإقليمية التي تمارس عليها سيادتها بشكل عام، بل أنّ هذا الطابع السيادي يجعله الفقه التقليدي كمبرر لإدراج القانون الجنائي كفرع من فروع القانون العام، باعتبار أن الدولة وحدها عن طريق موظّفيها (قضاة وشرطة قضائية) هي التي تتدخّل لمتابعة أي جريمة تقع فوق إقليمها وأن الأحكام بشأنها تصدر باسم تلك الدولة[21].

ولما كانت القوانين الجنائية ترتبط ارتباطا وثيقا بالحقوق والحريات التي هي مصونة دستوريا، فإنه من غير المعقول السماح لأجهزة تابعة لدولة أجنبية، التدخّل لتجريم أفعال ومتابعتها داخل الحدود السياسية لدولة أخرى، وهذا ما ينتج عنه مبدأ انفراد الدولة عن طريق سلطاتها وهي السلطة التشريعية أساسا بوضع نصوص القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى فإن طابعها السيادي يجعل نطاق تطبيقها محصورا فقط داخل الحدود الإقليمية للدولة ذاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإنفراد التشريعي في وضع النصوص الجنائية

يقصد بمبدأ الشرعية الموضوعي والإجرائي [22]، عدم جواز اعتبار فعل ما جريمة ولا يمكن تقرير عقوبة وكذا عدم جواز ممارسة إجراء ذو طابع جنائي دون أن يكون واردا في قانون[23].

لذا فإن من بين أهم نتائج هذا المبدأ أن المصدر الأساسي والوحيد للقوانين الجنائية هو التشريع الذي يضعه الشعب عن طريق ممثّليه وفقا للمبدأ الدستوري الوارد في المادة 7[24]، هؤلاء الممثّلين الذين يكوّنون إحدى أهم السلطات الثلاثة للدولة وهي السلطة التشريعية، باعتبار أن هذا الشعب هو الذي يقرر مجموعة الأفعال المخلّة باستقراره وكيانه، وهو الذي يقدّر مدى خطورتها ورسم حدود المساس بالحقوق والحريات من اجل ضبط تلك الأفعال ومتابعة مرتكبيها[25] .

1- النطاق الداخلي لتطبيق مبدأ الشرعية:

وبالتالي من حيث المبدأ فإن قانون العقوبات والنصوص الجزائية الواردة في القوانين الخاصّة هي المصدر الوحيد للجرائم والعقوبات، كما أن قانون الإجراءات الجزائية والنصوص الملحقة به، هو المصدر الوحيد للإجراءات التي تهدف الى ضبط مرتكبي تلك الجرائم ومحاكمتهم [26]، ولهذه القاعدة آثار غالبا ما يحصر الفقه نطاقها على المستوى الداخلي رغم امتداداها الى نطاق أوسع من ذلك، إذ على المستوي الداخلي لا يجيز للسلطات الأخرى المكوّنة للدولة من التدخّل في وظيفة سنّ القوانين الجنائية بشكل عام، سواء من جهة السلطة القضائية بحيث لا يمكن للقاضي إنشاء جرائم غير موجودة ولا تقرير عقوبات غير منصوص عليها قانونا، كما لا يجوز له الأمر أو القيام بإجراء غير وارد في القانون أيضا، لأن مبدأ الشرعية يفرض عليه ضرورة التفسير الضّيق للنصّ الجنائي عن طريق التقيّد بنطاق تطبيقه بدقّة متناهية، وأن يفسّره في حدود ما يعبّر عنه روح هذا النصّ[27]، ولا يعتبر ذلك أيضا مساس باستقلاليته ولا حياده[28]، ومن جهة أخرى لا يجوز للسلطة التنفيذية تجاوز صلا حياتها الدستورية المنحصرة في إصدار اللوائح والتنظيمات دون القوانين، وبهذا الشكل يصبح مبدأ الشرعية وسيلة لتكريس مبدأ الفصل بين السلطات في نطاقه الداخلي.

2- النطاق الخارجي لتطبيق مبدأ الشرعية:

أما من حيث أثره عل المستوى الخارجي فإنه يظهر في أن منح السلطة التشريعية في الدولة الحق ألحصري لإصدار القوانين الجنائية ، فهذا يعني عدم جواز سريان أي قانون في نطاق الاختصاص الإقليمي للمشرّع الوطني ما لم يصدر عن هذا الأخير ، سواء كان نصا تجريميا أو عقابيا أو إجرائيا وسواء كان هذا القانون مصدره دولة أخرى أو اتفاقية معيّنة ما لم تجزه السلطة التشريعية وفق الشروط الدستورية المقررة، وهذا ما يؤكّد دور مبدأ الشرعية في تعقيد مساعي إيجاد توافق بين التشريعات العقابية التي تنتمي لأكثر من دولة[29]، إذ مازال قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مثلا يتعرّض لانتقادات لاذعة من الفقه الجنائي خاصة في فرنسا رغم الدور الذي تلعبه تلك المحكمة في توحيد المفاهيم من خلال تطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[30] ، ومضمون هذه الانتقادات يتلخّص في الطريقة التي

تقضي بها تلك المحكمة، والتي تلزم القاضي الوطني بتعديل حكمه وفق ما يراه قضاء المحكمة، كما تلزم المشرّع الوطني بضرورة التدخّل لجعل النصوص العقابية أو الإجرائية تتوافق مع موقفها المنبثق من الاتفاقية [31]، إذ اعتبره البعض انتهاك لمبدأ انفراد السلطة التشريعية في وضع القوانين، خاصة و أن تكريس المقتضيات التي تفرضها تلك المحكمة نادرا ما تخضع للنقاش الديمقراطي في البرلمان[32] .

الفرع الثاني: مسألة التطبيق الإقليمي للقوانين الجنائية

من آثار مبدأ الشرعية أيضا أن القوانين الجنائية بالنظر إلى طبيعتها الردعية، لا يجوز أن يتعدّى نطاق تطبيقها الحدود الجغرافية التي تمارس فيها الدولة سيادتها[33]، وقد كُرِست هذه القاعدة في المادة 3 من قانون العقوبات الجزائري بعبارة صريحة *"يطبّق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية"*.

1- مبرّرات التطبيق الإقليمي للقوانين الجنائية:

ويقصد بالإقليم ذلك الحيز الجغرافي الذي تمارس فيها الدولة اختصاصاتها الدستورية بريا كان أو بحريا أو جويا، بحيث يقتضي ضرورة توحيد الاختصاص القضائي مع الاختصاص التشريعي، بأن يكون النطاق الإقليمي لممارسة إجراءات المتابعة الجزائية هو نفس الحيّز المكاني الذي تطبّق فيه النصوص الموضوعية لقانون العقوبات، ولهذه القاعدة مبرّرا آخر يرتبط بفكرة النظام العام الوطني الذي يعتبر القانون الجنائي إحدى مكوّناته، بحيث يحدّد نطاقه وفقا لمبدأ الإقليمية ولا يجوز أن يثار خارج تلك الحدود، وبالمقابل أيضا لا يقبل إثارة نظام عام أجنبي إلى جانبه[34]، فقد قضي بعدم قبول إثارة أمر القانون كسبب إباحة من قبل شخص أجنبي داخل إقليم دولة أخرى في قضية قائد طائرة ضبط في فرنسا وهو حامل لسلاح ناري وذخيرة حيث ادّعى أن قانون بلاده يلزمه بحمله[35].

2- عدم كفاية المبررات التقليدية لامتداد القانون الوطني في مواجهة الجريمة العابرة للحدود:

لكن هذا الربط المطلق لنطاق تطبيق القوانين الجنائية بمبدأ الإقليمية يجعله عاجزا لاحتواء بعض الحالات التي ترتبط بالقانون الوطني لعدّة اعتبارات، أحيانا قد تكون شخصية وأخرى متعلّقة بالمساس بالمصالح الجوهرية للدولة الجزائرية، لذا فقد أجازت معظم التشريعات ومن بينها القانون الجزائري، بإمكانية امتداد اختصاص القضاء الجزائري لمتابعة جرائم ارتكبت في الخارج سواء من طرف شخص ذو جنسية جزائرية باعتبار أنه ما دام كذلك، فإن احتمال عودته إلى الجزائر ممكنا وبالتالي قد ينقل خطورته الإجرامية الى داخل الوطن، كما أجاز امتداده للتطبيق في حالة ما كان الضحية جزائريا تجسيدا لواجب الحماية الذي تلتزم به الدولة اتجاه رعاياها، كما يمتدّ القانون الجزائري للتطبيق على الجرائم الماسّة بسلامة الدولة الجزائرية وأمنها وكذا تزييف النقود والأوراق المصرفية عندما يرتكبها أو يكون شريكا فيها شخصا أجنبيا، وذلك وفق الشروط الواردة في المواد من 582 إلى 591 ق إج.

لكن رغم وجود هذه الأحكام الاحتياطية التي تجيز امتداد الاختصاص القضائي والتشريعي الوطني خارج نطاق الحدود إلاّ أنه يبقى تطبيقها في حالات ضيّقة جدا ومحدودة، فهي تبقى عاجزة عن مواجهة التطوّر الحديث للإجرام، بل أن المنظّمات الإجرامية استغلّت هذا النطاق الضيّق، لنقل الجريمة من طابعها الإقليمي إلى طابعها الدولي المتعدّد الانتشار ،بعدما استفادت من تعقيد أساليب ردعها خاصة تلك المتعلقة بتسليم المجرمين الذي ساعدهم كثيرا في الإفلات من العقاب[36].

إذ تعتبر مكافحة الجريمة العابرة للحدود بمفهومها السابق الذكر، أحسن مثال للانتقادات الموجهة لمبدأ الإقليمية الذي يشكّل أيضا عائقا حقيقيا أمام جهود السيطرة عليها.

إذ أن ظاهرة تدويل الجريمة يستوجب أيضا تدويل القوانين الجنائية، ولمّا كان من الصعب التخلّي عن مبدأ الإقليمية كمظهر من مظاهر السيادة، فقد اقتنعت الدول بأن الحل هو اللجوء إلى الاتفاقية الدولية كوسيلة فعالة ليس من أجل تمديد الاختصاص القضائي فحسب، بل من أجل توحيد القواعد الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية، من أجل رفع العقبات القانونية التي تواجه جهود ملاحقة الجريمة العابرة للحدود[37]، حتى أصبحت اليوم تلك الاتفاقيات منافسا حقيقيا للتشريع كمصدر للنصوص الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية[38]، بل أن التطوّر الرهيب للإجرام العابر للحدود ألزم الدول بضرورة التخلّي عن سيادتها المطلقة في وضع القوانين الجنائية و الاستعانة بالأحكام الاتفاقية.

المبحث الثاني: نطاق تدخّل الاتفاقيات الدولية كمصدر للقوانين الجنائية

انطلاقا من مبدأ الغاية تبرر الوسيلة فقد فرضت الجريمة المنظّمة العابرة للحدود واقعا جديدا يلزم كلّ دولة ذات سيادة، جعل قواعدها الجنائية تمتاز بمرونة شديدة لكي تكون قادرة على مسايرة التطوّر الذي بلغه هذا النوع من الإجرام من حيث تدويله، وأصبحت تستنجد بالقواعد الاتفاقية كسبيل وحيد للتغلّب على المعوّقات التي تواجهها بسبب المبادئ السيادية التي أشرنا إليها، خاصة مبدأ الشرعية، بل أضحت تلك القواعد تلعب دورا مهمّا في المنظومة التشريعية كمصدر حقيقي ينافس المشرّع الوطني في وضع القوانين الجنائية، خاصّة وأن الدساتير تشجّع ذلك من خلال مبدأ تقليدي متعارف عليه، وهو الاعتراف بسموّ أحكام الاتفاقية المصادق عليها على القانون الوطني[39]، إذ فتح هذا المبدأ باباً أمام تلك الأحكام للولوج إلى المنظومة التشريعية بمجرّد اتخاذ قرار الانضمام إليها من طرف السلطة التنفيذية، ولا يبقى على البرلمان إلاّ التصويت لإكمال إجراءات المصادقة أحيانا دون نقاش، وقد اتسع نطاق تدخّل الاتفاقيات في مجال مكافحة الإجرام العابر للحدود سواء للشقّ الموضوعي في مجال التجريم (المطلب الأول)، أو في شقّه الردعي وذلك في المجال الإجرائي والعقابي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية كمصدر للتجريم

تعتبر مهمة التجريم أحد أهم المجالات التي لم يعد التشريع يحتكر تحديده، ويقصد بذلك التعريف بالسلوك الإجرامي وتوضيح العناصر المكوّنة له من ركن مادي ومعنوي.

ونظرا للتحولات الخطيرة التي شهدتها الجرائم العابرة للحدود من حيث ازدياد قدراتها على تعقيد أنشطتها الإجرامية ونشر عناصرها في عدّة نقاط من المعمورة ، اضطرّت الدول للتنازل عن أهمّ مظاهر سيادتها التشريعية وهو التجريم، لصالح الأحكام الاتفاقية لتفادي الاختلافات في تحديد مفهوم الجرائم، إلى درجة أن البعض علّق على التدخّل الواسع للاتفاقيات في مجال التجريم بالخصوص، بأن القانون الجنائي الدولي في طريق انتزاع الحق الدستوري للشعوب في ملكية قوانينها الجنائية[40].

الفرع الأول: دور الاتفاقيات في وضع العناصر المكوّنة للجريمة العابرة للحدود

مبدئيا فإن غالبية الاتفاقيات المبرمة بهدف مكافحة الإجرام العابر للحدود تؤكّد على أن نصوصها خاصة تلك المتعلقة بالتجريم، يتمّ اعتمادها في إطار احترام المبادئ العامة للتشريعات العقابية في الدولة العضو فيها، وقد أشارت إلى ذلك بشكل صريح المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في الفقرة 6 بأنه " *ليس في هذه الاتفاقية ما يمسّ بالمبدأ القائل بأنّ توصيف الأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية وتوصيف الدفوع القانونية المنطبقة أو المبادئ القانونية الأخرى التي تحكم مشروعية السلوك، محفوظ حصرا لقانون الدولة الطرف الداخلي، وبوجوب ملاحقة تلك الجرائم والمعاقب عليها وفقا لذلك القانون*".

1- دور الاتفاقيات الدولية في تقريب وجهات نظر الدول حول التجريم:

فمن خلال النصّ السابق يبدو أن للاتفاقيات دورا أساسيا في السعي نحو إيجاد توافق على أوسع نطاق في مجال تعريف الجرائم وتحديد عناصرها المادية والمعنوية ، ودعوة الدول المشاركة للتعهّد بإدراجها في القوانين الداخلية في ظل احترام حقوقها السيادية [41]، وبهذا الشكل تصبح تلك النصوص المعتمدة والمقبولة من طرف تلك الدول مصدرا للتجريم، ولكن يختلف عن تلك التي توضع بموجب القوانين الداخلية بشكل مباشر ، بل تبقى مصدرا غير مباشر يتوقّف اعتمادها على استيفاء الشروط الدستورية والداخلية لكل دولة لإقحام النصوص الاتفاقية في منظومتها القانونية[42].

وبالتالي فإن القول بأن الاتفاقيات الدولية مصدرا للنصوص الجنائية لا يعني أنها في مرتبة التشريع الذي يملك الحق الحصري والمباشر في التجريم، وإنما تبقى دائما مصدرا غير مباشر يساهم فقط في تحقيق الإجماع عل نفس المفاهيم وتحديد عناصر الجريمة العابرة للحدود [43]، ولكل دولة كامل الحرية في الانضمام والالتزام بتلك المفاهيم، وإنما وفي سبيل مصلحتها في مكافحة مثل الجرائم العابرة للحدود وتفادي العقبات الناشئة عن الاختلافات التشريعية، تلجأ كلّ دولة إلى أن تضع في تشريعها الداخلي ذلك التعريف الوارد في الاتفاقية، بدلا من اصطناع تعريف بشكل انفرادي وفق الطرق التقليدية الداخلية[44]، وقد نصّت معاهدة الإتحاد الأوروبي بصريح العبارة في المادة 83 بأن البرلمان الأوروبي يمكنه وضع قواعد تتعلّق بتعريف الجرائم وعقوباتها في بعض الميادين الخصوصية، والمرتبطة ببعض الأشكال الخطيرة

للجرائم التي لها طابع العابر للحدود[45] ، فمثلا إلى وقت قريب كانت معظم التشريعات لا تعرف في مجال الرشوة إلاّ الرشوة السلبية و الإيجابية المرتكبة في القطاع العام الوطني، ولم يكن القانون الإسباني مثلا يجرّم إلا الرشوة المرتكبة في القطاع الخاص أو في عقود التجارة الدولية[46]، لولا تلك الجهود المبذولة في هذا الإطار، خاصة ضمن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، والتي ساهمت في الوصول إلى اعتماد توافق حول تجريم رشوة الموظّف العمومي الأجنبي ، فقد أثار أحد المتهمين بها في فرنسا وهو وزير من دولة النيجر مسألة عدم قيام جريمة تبييض الأموال في حقّه والناتجة عن الرشوة، لأنّ التشريع الفرنسي أثناء ارتكاب الفعل لم يكن يجرّم ما يسمى برشوة الموظّف العمومي الأجنبي[47].

2- الأشكال المختلفة لتدّخل الاتفاقيات الدولية في التجريم:

وعلى عكس الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بفروع القانون الأخرى فإن تلك التي تعتبر مصدرا غير مباشر ا للنصوص التجريمية نادرا ما تثير إشكالات في التفسير أو مسائل الإحالة المباشرة، رغم أنه بدأنا نشهد في السنوات الأخيرة لظهور البعض منها ذات التطبيق المباشر من طرف التشريع الوطني كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [48] ، أما الغالبية منها فإن تكريس نصوصها التجريمية في القانون الداخلي يحول دون إثارة مسألة تبنّي مبدأ الازدواجية أو التوحيد بين القانون الداخلي والقانون الدولي الإتفاقي، بحيث يعني الأول أن النصوص الاتفاقية أو القانون الدولي لا يمكن تطبيقه من طرف القاضي إلاّ بعد اندماجه في القانون الوطني، أما مبدأ التوحيد يعني أن القانون يشمل كلّ من القانون الداخلي والدولي معا ولا خلاف بينهما، فالقاضي يطبّق نصوص هذا الأخير وكأنه تشريعا وطنيا، وإذا وقع تنازع، فلابد أن تكون الغلبة للنصوص الاتفاقية طبقا لمبدأ سموّها على التشريع الوطني[49].

ولكن القول بهذا لا يعني أنه لا توجد حالات يمكن فيها للمشرّع الوطني أن يحيل بشكل مباشر لتطبيق نصّ التجريم الوارد في الاتفاقية، حتى وإن لم يرد مثل ذلك النصّ في التشريع الوطني، إذ نجد مثل هذه الحالة خاصة في تشريعات الدول الأوروبية عندما تحيل مباشرة إلى تطبيق قواعد الإتحاد الأوروبي، كما نجد صور أخرى للإحالة إلى الاتفاقيات الدولية الأخرى خاصة عندما تكون هذه الأخيرة شديدة الوضوح والدقّة بشكل لا يستدعي أي تعديل [50]، وقد أخذ بذلك المشرّع الجزائري في قانون 09/03 المتعلق بحضر الأسلحة الكيميائية[51] ،حيث أحال إلى التطبيق المباشر للقواعد الواردة في الاتفاقية المبرمة بهذا الشأن فيما يخص نوع المواد الكيميائية موضوع التجريم خاصة في المواد 11 و13وكذا 17 منه.

والأكثر من هذا هناك بعض الاتفاقيات أُنشأت من أجلها محاكم ذات طابع دولي لتفعيل وحماية أحكامها، ونذكر بالخصوص المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي وصلت الى حدّ منح الصلاحية لقضاتها

بإمكانية إلزام التشريعات الداخلية على ضرورة تجريم بعض السلوكيات، عندما يبدو لهم أن التشريع الوطني لا يتضمّن حماية جزائية كافية للحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[52].

الفرع الثاني: نماذج اتفاقية لتحديد مفهوم الجرائم العابرة للحدود في القانون الجزائري

من ناحية الأحكام العامة للتجريم لا تثير أي إشكال، باعتبار أن التوافق يحصل بشأنها ضمنيا لأنها مبادئ عالمية تصلح للتطبيق مهما كانت طبيعة الثقافة القانونية لدولة معيّنة، ونذكر على سبيل المثال مبدأ الشرعية وأحكام المسؤولية الجنائية التي نادرا ما تختلف فيها التشريعات إذا ما استثنينا فكرة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي التي كانت محل اختلاف في الماضي القريب[53].

أما القسم الخاص الذي يحتوي على مجموعة الجرائم والعقوبات هو الذي يزخر بعدّة نماذج كثيرة من النصوص التجريمية ذات الأصل الإتفاقي غالبيتها مرتبطة بالإجرام العابر للحدود، لكن لا يمنع وجود أخرى لم تصنّف في خانة هذا النوع من الإجرام، أما إذا كانت الجريمة من النوع الذي يقتضي سياسة وقائية مسبقة، فإن المشرّع الجزائري عمد إلى تنظيمها في قوانين خاصة وذلك من أجل تكريس كل التوصيات والأحكام الواردة في الاتفاقية ذات الصلة.

ونظرا لكثرتها وتنوّعها سنحاول ذكر بعضها الوارد في قانون العقوبات وتلك الواردة في قوانين خاصة.

1- في قانون العقوبات:

يُقسّم قانون العقوبات في جانب التجريم والعقاب إلى جزأين، الأول يتناول الجرائم ضدّ الشيء العمومي وهي تلك التي تمسّ المصالح العامة للدولة والمجتمع، وقسم آخر يتضمّن الجرائم المرتكبة ضدّ الأفراد والتي تمسّهم في شخصهم وأموالهم ، ففي جانب جرائم ضد الشيء العمومي تعدّ جرائم الفساد أحسن مثال للأصل الإتفاقي لنصوص التجريم، إلا أنها أصبحت اليوم منظّمة في قانون خاص سنعود إليه فيما بعد، أما الجرائم الواقعة على الأفراد هو المجال الذي تكثر فيها نماذج تدخّل الاتفاقيات في تحديد عناصر التجريم فيها، باعتبار أنها تتعلّق بالحقوق والحريات التي هي جوهر حقوق الإنسان، فقد جرّم قانون العقوبات الجزائري فعل الاتجار بالأشخاص في المادة 303 مكرر 4 الى غاية مكرر 18، وهي جريمة يمكن أن تحمل طابعا عابر للحدود بحسب ما ورد في المادة 303 مكرر 5، حيث نقل تعر يف الجريمة وعناصرها الواردة في المادة 303مكرر4 من البروتوكول المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة والذي جاء تحت اسم "منع وقمع الاتجار بالأشخاص[54]، وذلك في المادة الثالثة منه دون أي تعديل، كما تم تجريم ظاهرة تهريب المهاجرين في المادة 303مكرر 30 إلى غاية مكرر 41، التي هي جريمة من طبعها أن تكون عابرة للحدود، لذلك فقد اكتفى المشرّع بذكر طابعها المنظّم فقط في المادة 303مكرر 32 وقد ورد تعريفها في المادة 303مكرر30 ، وهو تعريف مستلهم من البروتوكول المكمّل للاتفاقية السابقة الذكر والوارد تحت اسم "مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البرّ

والبحر والجو"[55]، حيث نصّت عليه المادة 3 مع اختلاف متعلّق بنوع التهريب الذي يقع، فقد ورد في الاتفاقية "...*تدبير الدخول غير المشروع*.." أما في المادة 303مكرر30 ق ع "...*تدبير الخروج غير المشروع*..." وذلك أخذا بالاعتبار موقع الجزائر كنقطة انطلاق، في حين تبقى العناصر الأخرى للجريمة نفسها كالمقصود بفعل التدبير وارتكابه من أجل الحصول على الكسب المادي، أما جريمة تبييض الأموال المنصوص عليها في المادة 389 مكرر إلى غاية مكرر7، فقد ورد تعريف الجريمة في المادة 389مكرر مطابقا تقريبا للتعريف الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية في مادتها السادسة، وهو نفس التعريف المعتمد أيضا في قانون 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما[56]، وقد اكتفى المشرّع الجزائري بذكر إمكانية ارتكابها في إطار جماعة إجرامية منظّمة دون اعتبارها عابرة للحدود في المادة 389مكرر2، إلا أنّ ذلك لا يمنع أن تحمل هذه الخاصية، باعتبار أنها في معظم حالاتها تقتضي عبور الحدود من أجال إخفاء وتمويه المصدر غير المشروع للأموال، خاصة إذا كانت ناتجة عن جرائم الفساد[57]، لكن بعد ما صادقت الجزائر على الاتفاقية العربية لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب[58]، فقد تم تعديل بعض المصطلحات الواردة في تعريف جريمة تبييض الأموال بالشكل الذي يتوافق مع المفهوم الذي تبنّته الاتفاقية في المادة 9 بإلغاء مصطلح الممتلكات وتعويضه بمصطلح الأموال وذلك بمقتضى قانون 02/12[59] المتضمّن تعديل قانون 01/05.

وبالإضافة إلى هذه الجرائم يحتوي قانون العقوبات جرائم أخرى قد لا تحمل خاصية "العابر للحدود" وهي مستوحاة مباشرة من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة ونذكر مثلا جريمة التعذيب المنصوص عليها في المادة 263مكرر، بحيث نقل تعريفها من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب[60]، من الفقرة الأولى في المادة الأولى.

2- في القوانين الخاصّة:

لقد تبنّى المشرّع الجزائري سياسة جنائية خاصة متعلّقة ببعض الظواهر الإجرامية التي تقتضي إلى جانب مكافحتها اتخاذ أساليب وقائية مسبقة، وذلك بتنظيمها في شكل قانون خاص يحمل تسمية تلك الظاهرة، ومن بينها عدّة جرائم ذات طابع عابر للحدود والتي كانت محل معاهدة دولية، وما يميّز هذه القوانين أن نقل الأحكام الاتفاقية ذات الهدف الوقائي، لا يثير أي إشكال يرتبط بالتدخّل في الحقوق السيادية في مجال التجريم، لذا نجد التشريعات تأخذ بتوصياتها دون أي تردد وبدون تأثير على إرادة المشرّع الوطني [61].

أما من ناحية التجريم يمكن ذكر بعض القوانين الأكثر تناولا خاصة قانون مكافحة الفساد[62]، إذ منذ إصدار قانون خاص به بمقتضى قانون رقم 01/06 الذي جمع فيه المشرّع الجزائري كلّ أشكال الفساد بعد إلغاءها من قانون العقوبات، أصبحت نصوصا كلّها مستوحاة تقريبا من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد[63]، فرغم أن المشرّع لم ينصّ صراحة على طابعها العابر للحدود إلا أنها جرائم لا تمنع من أن تعبر الحدود، خاصة إذا تعلّقت مثلا برشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظّمات

الدولية العمومية المعاقب عليها في المادة 28 المقابلة للمادة 16 من الاتفاقية، وكذا تبييض العائدات الإجرامية الناتجة عن جرائم الفساد المنصوص عليه في الماد 42 والمقابلة للمادة 23 من الاتفاقية.

كما تعتبر جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات من أهم الجرائم العابرة للحدود رغم أن المشرّع الجزائري في قانون 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثّرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، لم يشر إلى ذلك صراحة في المادة 17 منه، وإنما أشار فقط في فقرتها الثالثة إلى مصطلح الجريمة المنظّمة فقط، وقد جاء هذا النصّ متطابقا مع الفقرة "أ" من المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثّرات العقلية لسنة 1988[64]، بل أن موضوع الجريمة وهي تلك النباتات المصنّفة كمخدرات جاء تعريفها متطابقا مع التعاريف المنصوص عليها في المادة الأولى من تلك الاتفاقية.

ومع تطور تكنولوجيا الإعلام والاتصال فإن جرائم التمييز وخطاب الكراهية أصبحت اليوم ظاهرة إجرامية أشدّ خطورة تهدّد الترابط الاجتماعي في الدولة الواحدة، إذ أصبحت ترتكب على أوسع نطاق خاصة عبر الشبكة الإلكترونية، حيث عمد المشرع الجزائري إلى تنظيمها في قانون خاص بعدما كانت منصوصا عليها في قانون العقوبات وذلك بمقتضى قانون 20/05 [65]، حيث جاء مفهوم التمييز المنصوص عليه في المادة 2/ف 2 مطابقا للتعريف الوارد في الاتفاقية الدولية للقضاء على جمع أشكال التمييز العنصري لسنة 1966[66].

المطلب الثاني:الاتفاقيات الدولية كمصدر لأحكام قمع الجرائم العابرة للحدود

يقصد بالأحكام القمعية تلك النصوص التي تتضمّن مجموعة الإجراءات الجزائية المتّخذة من أجل الجمع والبحث عن أدلّة الجريمة وضبط مرتكبيها ، يضاف إليها الأحكام المتعلّقة بنوع العقوبة المسلّطة، إذ لا يمكن لاتفاقية دولية تُبرم من أجل التوافق على كيفيات مواجهة ظاهرة إجرامية عابرة للحدود، دون الاتفاق على أشكال التعاون القضائي، لذا فإن إزالة العقبات المتعلقة بنصوص التجريم لا يكفي وحده لتفعيل أساليب المكافحة ما لم يتم إزالة أيضا تلك الحواجز الإجرائية التي تحول دون الوصول إلى الدليل أو الجاني ذاته، عندما يكون قد تجاوز حدود اختصاص قضاء الدولة صاحبة حق المتابعة (الفرع الأول)، لكن وبشكل أقل حدة فإن دور الاتفاقيات في اقتراح حلو ل متعلّقة بالعقوبة المناسبة قليل الاهتمام بالمقارنة مع فكرة التجريم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور الاتفاقيات الدولية في توحيد القواعد الإجرائية لمكافحة الجريمة العابرة للحدود

يعتبر التعاون القضائي الدولي أحد أهم مظاهر تدعيم دور الاتفاقيات الدولية كمصدر للنصوص الإجرائية الجزائية الداخلية، بل هو المجال الذي يتّضح فيه تأثير الأحكام الاتفاقية على التشريعات

الوطنية، باعتبار أن الدولة ذات سيادة وطبقا لمبدأ المعاملة بالمثل، إما أنها تقبل إدراج القواعد المتفق عليها وبالتالي تلقى المعاملة ذاتها من طرف الدول التي اتخذت نفس الموقف، وإما أن تتحفّظ على تلك القواعد أو جزءا منها فتلقى نفس المعاملة أيضا، لأن المسائل الإجرائية أيضا تدخل في الحقوق السيادية ، بل بدرجة أكثر تعقيدا، بالنظر إلى أنه أحيانا يقتضي الأمر ممارسة صلاحيات ذات طبيعة سيادية داخل دولة تهم قضايا متعلّقة بدولة أخرى، كالقبض على الأشخاص وتسليمهم والبحث عن الأدلة والتفتيش والمراقبة الإلكترونية والتسرب إلى غيرها من الإجراءات، إلا أن ذلك غالبا ما يتم تفصيله في إطار اتفاقيات ثنائية لضبط آليات المساعدة القضائية[67].

1-نطاق تدخّل الاتفاقيات الدولية لفرض القواعد الإجرائية:

ما يميّز أحكام التعاون الإجرائي أنها لا تفرض التزامات بنقل نصوص واردة في الاتفاقية، وإنما فقط التزام بتكريس الآليات الإجرائية للتعاون في إطار احترام السيادة الإقليمية للدولة الطرف، فقد نصّت المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة على أنه "1-*يتعيّن على الدول الأطراف أن تؤدّي التزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية على نحو يتفق على مبدأي المساواة في السيادة والحرمة الإقليمية للدول ومع مبدأ عدم التدخّل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى.*

2-ليس في هذه الاتفاقية ما يسمح لدولة طرف أن تقوم في إقليم دولة أخرى بممارسة الولاية القضائية وأداء الوظائف التي يناط أداؤها حصرا بسلطات تلك الدولة الأخرى بمقتضى قانونها الداخلي"، وتأكيدا على الحق المطلق للدول في ولايتها القضائية نصّت المادة 15/ف1 من نفس المادة "*يتعيّن على كل دولة طرف أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير سريان ولايتها القضائية....*".

وبالتالي فقد منحت التشريعات الوطنية نفسها حق بسط ولايتها القضائية على كل الجرائم الواقعة على إقليم الدولة،كما منحت لنفسها أيضا إمكانية تمديد اختصاصها إلى جرائم وقعت خارج هذا الإقليم لكن في حالات محصورة متعلقة بحماية مصالحها الحيوية طبقا لمبدأ العينية المنصوص عليه في المادة 588 ق إ ج، أو تتبّع رعاياها طبقا لمبدأ الشخصية الإيجابي والسلبي وفق المواد 582 و583 و588 قأ ج.

إلاّ أن هذه الأحكام أثبتت عجزها عن مواجهة الطابع الخاص للجريمة المنظّمة العابرة للحدود، نظرا لانتشارها الواسع في عدة أقاليم، والذي غالبا ما يؤدّي إلى قيام تنازع الاختصاص بين التشريعات سواء كان إيجابيا إذا ما منح التشريع الوطني لنفسه صلاحية التتبع خارج الحدود الإقليمية لاختصاصه، أو كان العكس بالتشبّث بمبدأ السيادة الإقليمية الذي يحول دون منح أية فرصة لملاحقة وضبط الجرائم المتابعة من دولة أجنبية[68].

2- دور الاتفاقيات الدولية في تشجيع التشريعات الوطنية باللجوء إلى الأساليب الخاصة للتحري عن الجرائم العابرة للحدود:

لذلك فقد أصبحت الاتفاقيات الدولية الملاذ الوحيد لحل الإشكالات الإجرائية التي تواجه مهمة قمع الجرائم العابرة للحدود، منها ما يتعلّق خصوصا بالتشجيع على تكريس بعض الأحكام الاستثنائية الخاصة بإجراءات التحري والتحقيق، والتي هي في الأصل تعتبر غير مشروعة نظرا لمساسها المباشر بالحريات الفردية والحقوق المصونة دستوريا، والتي تأبى مواثيق حقوق الإنسان التجرؤ على انتهاك قدسيتها، فقد أجازت المادة 20 مثلا من اتفاقية مكافحة الجريمة المنظّمة العابرة للحدود إمكانية استخدام أسلوب التسليم المراقب وأساليب التحري الخاصة مثل المراقبة الإلكترونية أو غيرها من أشكال المراقبة والعمليات المستترة لغرض مكافحة الجريمة المنظّمة، ونفس الأحكام تضمّنتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 50 منها، حيث كرّسها قانون الإجراءات الجزائية كمبدأ عام في المواد 65مكرر الى 65مكرر18 والمتعلّقة أساسا باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات، وكذا فكرة التسرّب، كما وردت أيضا في القوانين الخاصة كالمادة 56 من قانون الوقاية ومكافحة الفساد وفي المادة 33 من الأمر المتعلق بمكافحة التهريب، في حين يبقى استعمال هذه الأساليب في جرائم المخدرات وكل الجرائم الموصوفة بأنها منظّمة أو عابرة للحدود مكرّسا بشكل عام في قانون الإجراءات الجزائية في المادة 65مكرر، كما كرّس هذا القانون أيضا بمقتضى المواد 65مكرر إلى غاية 28مكرر أحكاما خاصة بحماية الشهود والخبراء والضحايا عندما يتعلّق خصوصا بقضايا الجرائم المنظّمة وذكر إلى جانبها الإرهاب والفساد، وذلك تطبيقا للأحكام الواردة في الاتفاقيات ذات الصلة خاصة اتفاقية مكافحة الجريمة المنظّمة في المواد 24 و25 منها وكذا اتفاقية مكافحة الفساد في المادة 32 و33 المتعلقة بحماية المبلّغين، بالإضافة إلى المادة 6 من بروتوكول منع الاتجار بالأشخاص المتعلّقة بحماية الضحايا وكذا المادة 16 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين.

أما في مجال التعاون القضائي فقد اقتصر دور الاتفاقيات على وضع توصيات بهدف التزام الدول بتوفيق تشريعاتها الداخلية مع الأحكام الاتفاقية فيما يخصّ آليات تسليم المجرمين والمصادرة وتسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية و الاعتراف المتبادل بها داخل الإقليم الوطني وذلك ضمن احترام مبدأ السيادة والمعاملة بالمثل[69] .

الفرع الثاني: دور الاتفاقيات الدولية كمصدر للعقوبات المقرّرة للجرائم العابرة للحدود

على عكس فكرة التجريم والتعاون القضائي فإن مجال تدخّل الاتفاقيات في مسألة حق تقرير العقاب يبدو ضيّقا جدّا، بالنظر إلى أن مسألة تقدير مقدار العقوبة المناسبة يرتبط بالمكوّنات الثقافية والدينية والاجتماعية التي تختلف من دولة لأخرى، والذي يؤدّي إلى اختلاف نظرة مجتمعاتها حول مدى خطورة السلوك الإجرامي على المصالح المحمية، وبالتالي فإن تحديد العقوبة المناسبة كردّ فعل على الاعتداء على هذه المصلحة هي مسألة داخلية بحتة، لا يمكن لغير النظام القانوني للدولة أن يحدّدها، بل أنها

تعتبر أحد أهم مظاهر الممارسة المطلقة للسيادة الوطنية في هذا المجال[70]، لكن في الحقيقة لا يمكن إنكار الفائدة التي يمكن تحقيقها في ظلّ هذه الاتفاقيات لتوحيد الأنظمة العقابية، وذلك لتفادي لجوء الجماعات الإجرامية المنظّمة إلى أقاليم الدول التي يكون نظامها العقابي أقل شدّة[71] ، إذ تجعل بعض القوانين مثلا أن الجريمة التي يرتكبها أحد رعايا الدولة في الخارج يمكن أن تشكّل حالة العود وفق القانون الوطني بحث نجد ذلك في ألمانيا وهولندا وسويسرا ...الخ[72].

ورغم تأكيد معظم الاتفاقيات الدولية عل هذا المبدأ، إلاّ أنه أحيانا نجدها تفتح مجالا للتدخّل ، ومن أحسن الأمثلة التي يمكن الاستشهاد بها هو المتعلّق بتطوّر نظام الإتحاد الأوروبي، خاصة فيما يخصّ تطبيق الأحكام الاتفاقية المتعلّقة بالتعاون الجزائي، إذ نجد محكمة العدل الأوروبية أحيانا تلزم بقراراتها الدول الأعضاء، بضرورة وضع نظام عقابي للمخالفات المتعلّقة بأحكام معاهدة الإتحاد الأوروبي يشابه نفس النظام الذي يتمّ إعداده في المخالفات المشابهة في القانون الوطني، وأحيانا أخرى نجدها تفرض على الدول الأعضاء ضرورة تقرير عقوبات خاصّة في القوانين الداخلية متعلّقة بمخالفة القواعد الاتحادية، فقد قضت في سنة 2005 بأنه رغم أن اتخاذ إجراءات ذات طابع جزائي داخل الدول الأعضاء ليست من اختصاصات المشرّع الأوروبي، إلاّ أن ذلك لا يمنع من إلزام تلك الدول بضرورة تقرير عقوبات في حالة المخالفات الخطيرة للقواعد الاتحادية عن طريق تنبيهها بذلك[73]،ومع ذلك فقد أثارات تدخّلات المشرّع الأوروبي خاصة عن طريق أسلوب التوجيهات تساؤلات جمةّ من قبل التشريعات الداخلية والفقه الجنائي هناك، رغم أن الغاية منها هو الوصول إلى تقارب أكثر في السياسة العقابية في المنطقة الأوربية[74].

كما يمكن للاتفاقيات الدولية أن تضع حدودا أدنى للعقوبات التي يجب على الدول الأعضاء أن تحترمها، بحيث تلتزم بعدم العقاب على الجرائم العابرة للحدود بحدّ أخفّ مما قرّرته الاتفاقية، فقد فرضت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة تمويل الإرهاب لسنة 1999 في مادتها الرابعة[75]، أن تكييف الجرائم المصنّفة تمويلا للإرهاب وفق المادة 2 منها، يجب أن تكون ذات وصف الجناية، وفي الفقرة الثانية أن تكون عقوباتها تتناسب مع خطورتها على النحو الواجب، كما استندت المادة الثانية في الفقرة (ب) من اتفاقية مكافحة الجريمة المنظّمة على معيار مقدار العقوبة لتحديد معنى الجريمة الخطيرة، والتي يمكن أن تحمل الطابع العابر للحدود، وهي الجرائم التي تكون عقوبتها تتجاوز 4 سنوات حبس أو بعقوبة أشدّ، كما أكّدت على أن تكون الجزاءات المقررة للجرائم الواردة في نفس الاتفاقية يجب أن تراعى في تقريرها خطورة الجريمة.

كما نصّت اتفاقية مكافحة الاتجار بالمخدرات والمؤثّرات العقلية في المادة 3/ف4 على ضرورة إخضاع الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية إلى عقوبات السجن والغرامة المالية والمصادرة بالإضافة إلى الحث على ضرورة تقرير العقوبات التكميلية كالعلاج والتوعية والرعاية اللاحقة أو إعادة التأهيل أو إعادة الإدماج الاجتماعي، بل نصّت أيضا في فقرتها الخامسة على الحالات التي يجب اعتبارها ظروفا

مشدّدة إذا توافرت مثلا ارتكاب الجريمة في إطار جماعة منظّمة، أو كان الجاني متورّطا في أنشطة إجرامية عابرة للحدود، واستخدام العنف أو الأسلحة.... إلى غيرها من الظروف.

و نصّت المادة 21 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[76]، على ضرورة اعتبار استخدام تقنية المعلومات ظرفا مشدّدا عندما ترتكب الجرائم التقليدية بواسطتها، كما نصّت المادة 25 من اتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظّمة على أن تتعهّد الدول الأعضاء بضرورة تطبيق الاعذار بنوعيها معفية كانت أو مخففة، عندما يبادر عضو في الجماعة الإجرامية المنظّمة بإبلاغ السلطات، سواء قبل ارتكاب الجريمة أو بعد البدء في تنفيذها، وأثناء التحقيق الذي مكّن من القبض على مرتكبيها.

ونصّت المادة 6/ف 4 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد[77] أن تتعهّد الدول على تشديد العقوبات المقررة للفساد في حالة العود، وفي فقرتها الخامسة ضرورة اتخاذ عقوبات تبعية أو تكميلية على المحكوم عليهم بارتكاب الجرائم المشمولة بالاتفاقية.

بل وصلت بعض الاتفاقيات إلى حدّ النصّ على مقدار عقوبة الحبس أو السجن التي يجب تقريرها في بعض الجرائم كما ورد في قرار الإطار للمجلس الأوروبي الصادر في 2002/06/13 والمتعلّقة بمكافحة الإرهاب، حيث نصّ على أنّ العقوبة المقررة للجرائم المتعلقة بالجماعات الإرهابية يجب أن لا تقل على 15سنة كعقوبة سالبة للحرية بالنسبة للشخص الذي يرأس هذه الجماعات، أما المشاركة في الأعمال الإرهابية يجب ألاّ تقل عقوبتها السالبة للحرية عن 8سنوات[78]، كما نصّت التوجية الأوروبية لسنة 2011حول الاتجار بالأشخاص في المادة 4 منها على عقوبة أدنى يجب أن لا تنزل عن 5سنوات حبس أما الفقرة الثانية منها فقد نصّت على الظروف المشدّدة التي يجب ألاّ تنزل العقوبة فيها تحت 10سنوات حبس[79]، كما نصّ القرار الإطار للإتحاد الأوروبي دائما رقم 2001/500 على عقوبة تبييض الأموال التي يجب أن يكون حدّها الأدنى 4سنوات[80].

خاتمة

من خلال هذه الدراسة الموجزة اتضح أن تمسّك الدول بالمبادئ التقليدية التي تقوم عليها القوانين الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية، خاصة الطابع المطلق لمبدأ احتكار الدولة لوضعها، لم تعد تخدم مصالح المجتمعات في مكافحة الأشكال الجديدة للإجرام، والتي ساهم التطوّر التكنولوجي في تسهيل انتشار عناصره في عدّة أقاليم تابعة لأكثر من دولة ذات سيادة، بحيث لم تعد التشريعات الوطنية قادرة على مجابهتها نظرا للخصائص التي تميّز القوانين باعتبارها جزء من حق الدولة المطلق في ممارسة سيادتها.

لذا فقد تبيّن أن بعض المبادئ التي ترتكز عليها تلك القوانين لخدمة السيادة الوطنية، تساهم في عزل الدولة، ما دامت لا تقبل تنازلا عن حقها الحصري في وضعها عن طريق السلطة المختصة وهي

السلطة التشريعية، وبالتالي عدم جواز قبول نصّ آخر صادر من سلطة تشريعية تابعة لدولة أخرى أو أي جهة أخرى، وقد أثار هذا المبدأ أيضا تحديد نطاق تطبيق هذه القوانين من الناحية الجغرافية بحيث لا يمكنها تجاوز تلك الحدود المرتبطة بالسيادة الإقليمية للدولة إلاّ في حالات خاصّة جدا، لا تكفي لمواجهة التهديد الخطير الذي تشكّله ظاهرة تدويل الجريمة .

لذا بات مؤكّدا أن التشريعات الحديثة بحاجة ماسة لتوحيد الجهود عن طريق التنازل عن أنانيتها في عدم قبول الإملاءات الأجنبية أثناء سنّ القوانين الجنائية، وأصبحت تتقبّل شيئا فشيئا نصوصا ذات طبيعة جنائية ليست من صنعها، ولكن تقبل إدراجها سواء كما جاءت أو بتعديل طفيف، بل أصبحت هذه التشريعات ملزمة بالبحث عن آليات للتوافق على نطاق واسع والذي لم تجده إلاّ في إطار الاتفاقيات الدولية، مما جعلها تفرض نفسها كبديل حقيقي لكسر العقبات التي تثيرها خصوصية الإجرام العابر للحدود سواء من حيث الإلمام بعناصر التجريم، أو اختيار أنجع القواعد الإجرائية والعقابية لردعها.

ورغم الانفتاح الملحوظ للدولة الجزائرية على مثل تلك الاتفاقيات الدولية المتضمّنة لأحكام مكافحة الجرائم العابرة للحدود إلاّ أن ذلك يحتاج إلى تفعيل حقيقي بما يلي:

–ضرورة تقبّل الاندماج في التكتّلات القانونية التي تستهدف الوصول إلى مقاربات و توحيد النصوص الجنائية دون جعل الحقوق السيادية كعقبة أمامه، والذي يخدم لا محالة التنظيمات الإجرامية الحديثة.

–ضرورة الاعتراف كقاعدة عامة بحجية الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأجنبية وتقبّل آثارها على المستوى الوطني في إطار مبدأ المعاملة بالمثل.

– ضرورة إدراج نصوص صريحة كقواعد عامة تجيز الإحالة المباشرة إلى تطبيق بعض الأحكام الاتفاقية عندما تكون شديدة الوضوح والدقة خاصة من جهة التجريم، وبالخصوص إذا كانت الاتفاقية مبرمة بين دول لها أنظمة قانونية متقاربة سواء من حيث الانتماء الجغرافي أو الثقافي أو حتى التاريخي، واستلهام نجاح بعض التجارب في هذا الإطار ، كقانون عقوبات اتحاد دول أمريكا اللاتينية، وكذا أمريكا الشمالية، ومحاولات الإتحاد الأوروبي لإيجاد صيغة لقانون العقوبات الأوروبي.

–ضرورة وضع آليات قانونية لجعل القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي أكثر انفتاحا على التوجّهات الحديثة لعولمة القانون الجنائي في إطار جهود مكافحة الجرائم العابرة للحدود.

الهوامش

1-اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 15 /2000/11، المصادق عليها من طرف الجزائر وبتحفّظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 55/02مؤرّخ في 2002/02/22، جريدة رسمية، عدد 09، صادر في 2002/02/10.

2- راجع في تفصيل ذلك مثلا: يامة إبراهيم، أساليب التحري الخاصة بالجريمة المنظمة في القانونين الجزائري والفرنسي،مجلة دفاتر السياسة والقانون، السنة الحادية عشر، المجلّد 11، العدد الثاني، جوان 2019، ص148.

اديبة محمد صالح، الجريمة المنظّمة (دراسة قانونية مقارنة)، مركز كردستان للدراسات الإستراتيجية، العراق، 2009، ص25. 3

4-عباسي محمد نجيب، الجريمة المنظّمة العابرة للحدود، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة تلمسان، 2017/2016، ص214. راجع أيضا اديبة محمد صالح، المرجع السابق، ص 41.

5-ورد نص المادة كما يلي " كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدّته وعدد أعضائه تشكّل أو تؤلف لغرض الإعداد لجناية أو أكثر، أو لجنحة أو أكثر...". راجع: أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمّن قانون العقوبات المعدّل والمتمّم، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 49، الصادر في 1966/06/11.

6- ALSAIF Dalal, L'appréhension de la criminalité organisée. Étude comparative des droits français et koweïtien, thèse de doctorat, France, 2018, p49.

7 -PORTERON Cedric, La bande organisée suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée entre ses membres, AJP pénal, 2016, 141.

8- BOSSARD André, La criminalité transfrontière multidisciplinaire, RSC, N 4, 1988, p761.

9- ALVARES Joséfina, Délinquance organisée et petite délinquance, quel lien dans l'Europe de Schengen, Archives de politique criminelle, Éditions A. Pédone, N°25, 2003, p142.

10- IBID, p 145.

11- قرايش سامية، التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، ص 20.

12- الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، المحررة بالقاهرة في 2010/12/10، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 251/14، مؤرّخ في 2014/09/8، جريدة رسمية عدد 56، صادر في 2014/09/26.

13- قانون رقم 15/20، مؤرخ في 2020/12/30، يتعلّق بالوقاية من جرائم اختطاف الأشخاص ومكافحته، جريدة رسمية عدد 81، صادر في 2020/12/30.

14- راجع: أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمّن قانون الإجراءات الجزائية المعدّل والمتمّم، جريدة رسمية عدد 48، الصادرة في 1966/06/10

15-Éric-Adol T Gatsi, L'espace judiciaire pénal CEMAC : regard sur la déterritorialisation du droit pénal, Revue générale de droit, Volume 46, numéro 2, 2016,p 385.

16- وردت تسميتها كما يلي:

-Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

-United Nations Convention against Transnational Organized Crime
17 -FOUCHARD Isabelle, De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incriminations complexes alliant droit international et droits pénaux nationaux, revue inter disciplinaire d'études juridiques, volume 71, n 2, 2013, p 61.
18- زين طارق، الجريمة المنظّمة العابرة للحدود الوطنية التعاون الدولي وسبل المكافحة، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، الطبعة الأولى، بيروت 2017، ص، 29.
19- FOUCHARD Isabelle, Op.Cit, p61.
20- أمر رقم 06/05 مؤرخ في 23غشت 2005، يتعلق بمكافحة التهريب المعدّل والمتمم، جريدة رسمية، عدد59، صادر في 2005/08/28.
21- PRADEL Jean, droit pénal général, 9 édition, CUJAS, Paris, 1994, p87
22- تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أو بغير قانون"، ولا يوجد نص مماثل في قانون الإجراءات الجزائية، بل اقتصرت المادة الأولى منه في الفقرة الأولى على الإشارة فقط إلى "يقوم هذا القانون على مبدأ الشرعية..."
23 -DE LAMY Bertrand, Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français, Les cahiers de droit, V 50, n 3-4, septembre- décembre 2009, p590.
24- تنص المادة 7 من الدستور الجزائري "الشعب مصدر كل سلطة السيادة الوطنية للشعب"، التعديل الدستوري الصادر بمرسوم رئاسي رقم 442/20 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر ج ج، عدد 82، صادر في 2020/12/30. راجع أيضا: أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية، للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 400.
25 رمسيس بيهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص188.
26-DERYER Emmanuel, Droit pénal général, Litec, Paris, 2010, p152.
27- Ibid, p322.
28- Cass. crim. Franc. « la définition légale des infractions s'impose aux juges, cette situation inhérente au principe de séparation des pouvoirs ne saurait être analysée comme une atteinte à leur Independence et à leur impartialité ».Trib.Paris09/12/1992, Code pénal français, cent cinquantième édition, annotation de jurisprudences et de bibliographies par Mayaud Yves, Dalloz, Paris,2008, p11.
29- BOURSIER Marie-Emma, La mondialisation du droit pénal économique (Le droit pénal au défi de la compliance), RSC, n 3, 2017, p 478.
30 -SIMON Denys, Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire, cahiers du conseil constitutionnel, N° 26, Aout 2009,p1.
31 -DERYER Emmanuel, Op.Cit, p 292.
32-EOCHE-DUVAL Cristophe, Droit pénal et souveraineté démocratique : La France est elle en train de perdre la maitrise de son droit pénal ?RSC, N° 2, 2012, p310.
33- BENILLOUCHE Mikael, Leçons de droit pénal général, Ellipses Edition, 2009, p 52.
34- MAYAUD Yves, Droit pénal général, 2° édition, PUF, France, 2007, p 104.
35- CASS.CRIM.FRANC. 27/06/1973, code pénal Français, Op.Cit, p60.

36- DERYER Emmanuel, Op.Cit, p 1052.
37- PRADEL Jean, mondialisation du droit pénal : enjeux et perspectives, Revue juridique Thémis, N° 35, 2001, p245.
38- DE LAMY Bertrand, Dérives et évolution du principe de la légalité…, Op.Cit, p589.
39 المادة 154 من الدستور الجزائري، مرجع سابق.
40- EOCHE-DUVAL Cristophe, Droit pénal et souveraineté démocratique, Op.Cit. p305.
41- FOUCHARD Isabelle, De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux, Op.Cit.p59.
42- LAMY Bertrand, Dérives et évolution du principe de la légalité…, Op.Cit, p596.
43- SiMON Perrine, Quelle politique d'incrimination pour l'union européenne, Revue Archives de politique criminelle, N° 41, 2019/1,p25.
44- FORTAS Anne-Catherine, La cour de cassation et les conventions internationales relatives a la lutte contre la corruption, RSC, Editons DALLOZ,N° 1, 2014, p 27.
45- IBID, p23.
راجع أيضا:
Traité sur le fonctionnement de l'union européenne, Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p. 0001 – 0390, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN
تاريخ الإطلاع: 2011/03/01.
46- FORTAS Anne-Catherine, Op.Cit. p25.
47- IBID, p36.
48-The classic principle which the law is the exclusive source of repression is now und BOULOC Bernard, Droit pénal général, 19° édition, DALLOZ, 2005, p 106.
49- PRADEL Jean, Droit pénal général, 9° édition, CUJAS, 1994, p 187.
50- DERYER Emanuel, Op.Cit. p 229.
51- قانون 09/03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتضمّن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة، جريدة رسمية، عدد 43، صادر في 20 يوليو 2003.
52- ZEROUKI-COTTIN Djoheur, L'obligation d'incriminer imposer par le juge européen, ou la perte de droit de ne pas punir, RSC, DALLOZ édition, N°3, 2011, p576.
53- PRADEL Jean, mondialisation du droit pénal, Op.Cit. p251.
54- بروتوكول منع وقمع الإتجار بالأشخاص و بخاصة النساء والأطفال،المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر 2000، صادقت عليها الجزائر بتحفّظ، بمقتضى مرسوم 417/03 ، مؤرخ في 2003/11/9، جريدة رسمية ، عدد 67، صادر في 2003/11/12.
55- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البرّ والبحر والجو، المكمّل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر 200، صادقت عليها الجزائر بتحفّظ، بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 418/03 ، مؤرخ في 2003/11/9، جريدة رسمية ، عدد 67، صادر في 2003/11/12.
56-قانون رقم 01/05 مؤرّخ في 2005/02/6، يتعلّق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 2005/11/9 المعدّل والمتمم.

57- مفيد نايف الديلمي وفخري الحديثي، غسيل الأموال في القانون الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة ،عمان، 2006، ص 61.

58-لإتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المحرّرة بالقاهرة في 2010/12/21، صادقت عليها الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 250/14، مؤرخ في 2014/09/08، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 2014/09/23.

59-أمر رقم 02/12 مؤرّخ في 2012/02/13، يعدّل ويتمم قانون 01/05 يتعلّق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، جريدة رسمية عدد 08، صادر في 2012/02/15.

60- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار 39/46 ، مؤرخ في 1984/12/10، صادقت عليها الجزائر، بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 66/89، مؤرخ في 1989/05/16، جريدة رسمية عدد20، صادر في 1989/05/17.

61- BOURSIER Marie-Emma, La mondialisation du droit pénal économique , Op.Cit. p478.

62- قانون رقم 01/06، مؤرخ في 2006/02/20، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14، صادر في 2011/08/10.

63- راجع في الموضوع: هارون نورة، جريمة الرشوة في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد)، أطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2017، ص 23. راجع أيضا: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 128/04، مؤرخ في 2004/04/29، جريدة رسمية عدد 26، صادر في 2004/04/25.

64- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988، صادقت عليها الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 41/95، مؤرخ في 1995/01/28، جريدة رسمية عدد 7، صادر في 1995/02/15.

65- قانون 05/20 مؤرخ في 2020/04/28، يتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتهما، جريدة رسمية عدد 25، صادر في 2020/04/29.

66- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدتها الجمعية العامة بموجب قرار 2106، المؤرخ في 1965/12/21، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر 348/66، مؤرخ في 1966/12/14، جريدة رسمية عدد 7صادر في 1967/01/20.

67- قرايش سامية، التعاون الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مرجع سابق، ص130.

68- عباسي محمد نجيب، الجريمة المنظّمة العابرة للحدود، المرجع السابق،ص 363.

69-Flore Daniel, EXISTE-T-IL UNE POLITIQUE PÉNALE EUROPÉENNE ? Archives de politique criminelle, Éditions A. Pédone, N°41, 2019, p10

70 -SIMON Denys, Constitution, souveraineté pénale, Op.Cit. p01.

71- PRADEL Jean, les grandes tendances de l'européanisation des systèmes pénaux nationaux, Cahiers de droit, V 50, N° 3-4, 2009, p1032.

72- Lambert-Abdelgawad Élisabeth, L'harmonisation des sanctions pénale en Europe : étude comparée de la faisabilité appliquée aux sanctions applicables, au prononcé de sanctions et aux mesures d'aménagement des peines privatives de liberté, Archives de politique criminelle, Éditions A. Pédone, N°24, 2002, p193.

73 - SIMON Denys, Constitution, souveraineté pénale, Op.Cit. p03.

74 -Bernardi Alessandro, Stratégies pour l'harmonisation des systèmes pénaux européens, Archives de politique criminelle, Éditions A. Pédone, N°24, 2022, p220.

75– الإتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب والمعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1999/12/9، صادقت عليها الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 445/2000مؤرخ في 2000/12/23، جريدة رسمية عدد1، صادر في 2001/01/30.

76–الإتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، محررة في القاهرة بتاريخ 2010/12/21، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 252/14، مؤرخ في 2014/09/08، جريدة رسمية عدد 57، صادر في 2014/09/28.

77– الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد محررة في القاهرة بتاريخ 2010/12/21، صادقت عليها الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 249/14، مؤرخ في 2014/09/08، جريدة رسمية عدد 54، صادر في 2014/09/21.

78 -PRADEL Jean, les grandes tendances de l'européanisation des systèmes pénaux nationaux, Op.Cit.P 1032.

79-MORIN Mary-Eve, Le système pénal de l'union européen, thèse pour le doctorat, Université ex-Marseille, 2017, p 373.

80 - IBID, p 383.

القانون العابر للحدود الوطنية: تحول في احتكار الدولة لإنتاج القانون

Transnational Law: A Change In The State Monopoly On The Production Of Legal Standards

زرقون نور الدين [1]، أستاذ محاضر

[1] كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)، zergoune.noureddine@ gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/10/23 تاريخ القبول:2021/11/08 تاريخ النشر:نوفمبر/2021

الملخص:

يبحث هذا المقال في إعادة التفكير في مكانة الدولة كمصدر شرعي وحيد لإنتاج القانون، وفي تطور الأشكال الجديدة لإنتاج القاعدة القانونية ، فعندما تتطور العلاقات بين الأفراد إلى حد ظهور علاقات جديدة ذات بعد لا يعترف بالجنسية أو الانتماء لدولة ما ، فإن قدرة القانون الصادر عن سلطة الدولة على الاستجابة لضرورات التنظيم تضعف ، هذا الوضع أدى إلى ظهور مصادر جديدة لها القدرة أيضا على إنشاء قواعد قانونية قادرة على التنظيم ، هذه المصادر وبدون ارتباط بسلطة الدولة الإنشائية استطاعت أن تنتج لنا قانونا ثالثا اطلق عليه الفقه اسم القانون العابر للحدود الوطنية أو القانون عبر الوطني و الذي يفهم كقانون خاص ذو طبيعة دولية ، أي قانون دولي ناشئ عن مصادر خاصة ، و بتعبير أكثر دقة القانون الخاص المطبق على العلاقات الناشئة بين الأشخاص الخاصة والخارج عن أي تدخل للدولة .

الكلمات المفتاحية: القانون عبر الوطني ، الجهات الفاعلة غير المرتبطة بالدولة ، القانون الموضوعي للتجارة الدولية ، القواعد المادية المطبقة في الميدان الرياضي ، تعدد المصادر المنتجة للقانون.

Abstract:

This article is engaging somehow on a genuine debate around the importance of states in lawmaking, and law application processes, particularly in the light of new forms of normativity, were there are multiple producers for those forms per se. This is about a tertiary law, created by private actors, in order to reconfigure a key area for the private law and the internal law in the close range. Nevertheless, this law has been composed at large of private law, but represented as a transnational law, which in turn is closely associated with the international law. However, the statist aspect of this law has remarkably distinguished it from other forms of law.

This article is part of the reflection on the place of States in the production and application of law and on the development of new forms of normativity, because the procedures evolve, towards more flexible law in particular, and because the producers standards are diversifying. This is a third law, created by individuals to govern private law relationships, which brings it closer to domestic law, which is largely made up of private law,

المؤلف المرسل: زرقون نور الدين ، الإيميل المهني: zergoune.noureddine@ gmail.com

but which is presented as transnational law, which makes it more brings closer international law. Its non-state character strongly differentiates it from one another.
Key words: Transnational law-non-state actor- Lex marcotterai - Lex sportiva - juridical pluralism .

مقدمة

إلى وقت قريب كان ينظر إلى الدولة على أنها المصدر الوحيد المنتج للقانون، لكن عندما تتطور العلاقات بين الأفراد إلى حد ظهور علاقات جديدة ذات بعد لا يعترف بالجنسية أو الانتماء لدولة ما، فإن القانون الوطني يفقد قدرته على الاستجابة لضرورات التنظيم لأن الفضاء الاجتماعي محل التنظيم لم يعد يتوافق مع الفضاء السياسي للدولة. بحيث أن القانون الوطني يصبح غير مؤهل لتقديم حلول للنزاعات الناجمة عن السوق الاقتصادي العالمي، فمثلا لا يمكن للتشريع الرياضي لدولة معينة أن يحل كل الإشكالات الناجمة عن العلاقات بين الرياضيين وبين الهيئات الرياضية على أساس أن الفضاء الرياضي هو ذو بعد عالمي. لذلك ينبغي على التنظيم القانوني أن يجد أشكالا جديدة قادرة على حل كل مثل هذه المشاكل.

لقد خلقت العولمة مصدرا جديدا له القدرة أيضا على إنشاء القواعد القانونية، هذا المصدر الجديد هو السوق والذي أزاح تدريجيا الدولة من خلال الضبط الذاتي لنشاطاتها. حيث أن السوق يعلن عن ظهور قواعد ذات طبيعة خاصة مثل قانون العرض والطلب، وقواعد التجارة ذات الطابع الدولي، وقوانين الرياضة ذات الطابع الدولي، والمستمدة من نشاطه الخاص.

إن الإنتاج الحديث لقواعد القانون هو انتاج موزع وبطريقة مبعثرة حول جهات متعددة ومعقدة، حيث أصبحت صلاحية القواعد متقلبة من حيث النطاق الزمني، وأصبح تطبيق القانون يتوقف على علاقات القوة وعلى نتيجة التواصل مع مختلف الأنظمة القانونية.
هذه الظاهرة العامة تسمى من طرف الفقه بالقانون العابر للحدود الوطنية الذي يفهم كقانون خاص ذو طبيعة دولية، أي قانون دولي ناشئ عن مصادر خاصة، وبتعبير أكثر دقة القانون الخاص المطبق على العلاقات الناشئة بين الأشخاص الخاصة والخارج عن أي تدخل للدولة.

إن تطور القانون العابر للإقليم الوطني (العبر وطني) يطرح إشكالية تمتعه بالشرعية، فكيف نحكم على شرعية قواعد قانونية نشأت خارج الإطار الديمقراطي التقليدي للدولة الوطنية؟ وحل هذه الإشكالية المطروحة لن يكون في رأينا إلا من خلال تحديد مدى وجود هذا القانون على الساحة القانونية من جهة وتحديد مدى تمتع هذه القانون بذاتية تسمح بالاعتراف به كقانون له جميع ميزات وخصائص القاعدة القانونية من جهة أخرى.

1- المحور الأول : ظهور القانون عبر الوطني

لقد كانت السيادة القانونية للدولة تفي باحتياجات التنظيم في العهد الذي كان الاقتصاد في جزئه الكبير يتوافق مع الاقتصاد الوطني، لكن بمجرد ما يفقد القانون الوطني قدرته على الاستجابة للحاجات

التنظيمية فإن الأساس الإقليمي لمشرع الدولة يفقد مزاياه لا سيما خاصية الوحدانية أي خاصية اعتباره الجهة الوحيد المختصة لإصدار القانون.

إن هذا الحكم الذي تم إصداره في حق هذا النظام القانوني لن يكون مبررا إلا بالإثبات الواقعي لوجود قانون آخر يقوم بوظيفة الضبط والتنظيم خارج إطار هذا النظام، هذا القانون الذي نطلق عليه اسم القانون عبر الوطني، حيث سنحاول إثبات وجود هذا القانون من خلال المعاينة الواقعية والتي ستسمح لنا أيضا بملاحظة وجود خصائص تميز هذا القانون عن غيره من القوانين الأخرى.

1.1- الفرع الأول: معاينة وجود قانون عبر وطني

إن التقسيم السائد للقانون يقوم على وجود تقسيم ثنائي ، حيث يوجد من جهة القانون الداخلي أو ما يعرف بالقانون الوطني ، ومن جهة أخرى يوجد القانون الدولي ، ومع ذلك فإن القول بوجود قانون من نوع خاص يخرج عن هذا التقسيم الثنائي للقانون ، ويخرج عن النظرية الوضعية للقانون، أصبح أمر يعبر عن حقيقة واقعية .

هذه المعاينة تشكك حتى في بنية ممارسة السلطة السياسية والقانون في الفضاء العابر للحدود الذي هو قيد التأسيس، فنحن نشهد ظهور شبه دولة بدون إقليم و التي لها سلطة ممارسة نفوذ خارجي على الدول صاحبة الإقليم، حيث نستطيع أن نلاحظ وجود مرور من قانون دولي نشأ من أجل الدول وبإرادتهم إلى قانون عبر وطني يستهدف جميع المعاملات والتبادلات العابرة للحدود . وسوف نقوم بطرح مثالين واقعيين لا يمكن تفسير الحلول التي وضعت لهما إلا من خلال التسليم بوجود قانون عبر وطني .

القضية الأولى : في السادس أكتوبر 2001 وفي ملعب فرنسا جرت مقابلة ودية في كرة القدم جمعت بين المنتخب الفرنسي والمنتخب الجزائري ، وأثناء المباراة ، وبعد عدة أحداث ، تم اجتياح الملعب من طرف الجماهير أدى إلى توقف المباراة قبل انتهاءها ، وبعد عدة أيام من ذلك أصدرت لجنة العقوبات للاتحادية الدولية لكرة القدم فيفا قرارا بموجبه سلطت عقوبة تأديبية على الاتحادية الفرنسية لكرة القدام ، حيث تضمنت حيثيات هذا القرار الصادر في 06 نوفمبر2001 أنه بعد التذكير بأن الاتحادية المستضيفة وحسب قوانين الفيفا يقع على عاتقها مسؤولية المحافظة على النظام والأمن داخل الملعب والمناطق المحيطة به مباشرة قبل وأثناء وبعد المباراة . وأن لجنة العقوبات للاتحادية الدولية لكرة القدم ترى أن الاتحادية الفرنسية لكرة القدم مذنبة بالإهمال المؤدي إلى إقامة مسؤوليتها لأنها لم تتخذ احتياطات الأمن الكافية ، وبالنتيجة فإنه وطبقا لأحكام اللوائح المطبقة في هذا الشأن فإن اللجنة تقرر توجيه تحذير شديد اللهجة إلى الاتحادية الفرنسية لكرة القدم من أجل عدم تكرار مثل هذه الحادثة على ملاعبها ، وأنه في حالة تكرار مثل هذه الحوادث في خلال سنتين سوف تسلط عليها عقوبات جد قاسية قد تصل إلى حد إغلاق الملعب في وجه المنافسات الكروية . مع تغريم الاتحادية الفرنسية لكرة القدم غرامة 125000 فرنك سويسري [1] .

القضية الثانية : في إطار عملية بيع سفينة صيد ، قام بنك ألماني بإصدار ضمان بنكي لفائدة بنك إسباني. العقد ينص على أن هذا الضمان يخضع لأحكام القانون الدولي . بعد تسليم السفينة لم تتم أي تسوية للثمن ورفض البنك الاسباني تطبيق الضمان البنكي . فتم تشكيل محكمة تحكيم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية لكي تفصل في الدعوى المرفوعة من طرف البنك الاسباني، هذه المحكمة أصدرت في سنة 1996 قرارا تحكيميا يدور خصوصا حول القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع [2] . وخلصت المحكمة إلى أنه ومن خلال الشروط المذكورة في العقد فإن الأطراف قاموا باختيار ضمني للقانون الواجب التطبيق وهي القواعد الموضوعية المستخلصة من الاعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون أي ما يعرف بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية.[3]

ما يمكننا ملاحظته من القضيتين المعروضتين أنهما ذات طابع دولي، حيث أن أطراف هذين القضيتين هم أشخاص من دول مختلفة، لم يخضع النزاع في حله لأي قانون من قانون الدول التي تنتمي إليها تلك الأشخاص ولا حتى إلى معاهدات دولية، بل لم تطبق في القضيتين سوى قواعد قانونية خاصة.

فبالنسبة للقضية الأولى تم تطبيق أحكام تأديبية صادرة عن الفيفا وهي جمعية منشأة وفقا للقانون السويسري على الاتحادية الفرنسية لكرة القدم وهي جمعية منشأة وفقا للقانون الفرنسي، وبالرجوع إلى القاعدة القانونية المطبقة فهي قاعدة قانونية خاصة تتمثل في إقامة مسؤولية النادي على سلوك وانضباط أنصاره داخل الملعب وهي مسؤولية تقوم على أساس الالتزام بالإنصاف الرياضي أي تحمل المسؤولية عن كل فعل من شأنه التأثير على النتيجة الرياضية في الملعب [4] .

أما بالنسبة للقضية الثانية فقد تم تطبيق القانون المعبر عن الأعراف التجارية الدولية والذي نشأ بين التجار بعيدا عن إرادة المشرع الوطني .

هذه الظاهرة التي تم ملاحظتها يتم التعبير عنها من طرف الفقهاء بمصطلح القانون عبر الوطني والذي يمكن أن نفهمه كقانون خاص دولي ، فهو حقيقة قانون دولي ينشأ عن مصادر خاصة أو هو القانون الخاص المطبق على العلاقات ما بين الأفراد بمعزل عن أي تدخل للدولة [5].

لقد برز بوضوح تشكل القانون عبر الوطني في ميدان التجارة الدولية وفي ميدان الرياضة.

لا شك أن التطور المتسارع الذي عرفته التجارة الدولية منذ القرن الماضي قد أظهر معه قصور الأنظمة ذات المصادر الوطنية على مواكبة هذا التطور ، الأمر الذي أدى إلى ظهور على أرض الواقع مجتمع للتجار الدولي، هذا المجتمع الذي يبحث عن قوانين خاصة لتحكم العلاقات الناشئة بينهم ، بحيث أن هذا القصور قد خلف شبه فراغ قانوني بحكم مجال التجارة الدولية ، فالقوانين الوطنية تتميز بانطوائها على اعتبارات داخلية لا تعطي حلولا مقبولة لمعاملات التجارة الدولية ، الشيء الذي قد يعيق هذا النوع من المعاملات .

فعادات وأعراف التجارة الدولية أصبحت تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية ووضعها الطبيعي أمام القضاء الوطني وقضاء التحكيم ، وبالتالي لا يمكن إغفال الدور الهام والجوهري الذي تؤديه هذه العادات في عدة مراحل سواء في مرحلة إبرام عقود التجارة الدولية أو التفاوض في شأنها أو فيما يتعلق بتنفيذ هذه العقود ، وكذا فيما تقدمه من حلول في فض المنازعات الناشئة عنها .

وتعرف عادات وأعراف التجارة الدولية بأنها تلك القواعد والنظم التي تنشأ في وسط تجاري أو مهني معين فلا تنتمي إلى دولة معينة وإنما إلى بيئة مهنية أو تجارية خاصة ، وتفترض تطبيقات تقنية تتم في أوساط المهنة الواحدة وتختلف باختلافها [6] .

وتتميز هذه القواعد بأنها توضع بطريقة مباشرة من طرف ممتهني التجارة الدولية ، وتفرض نفسها دون تدخل تشريعي أو خارجي كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص الذين تخاطبهم تلك القواعد وهي أساسا ناشئة عن تعاملهم [7] .

إن القـواعد الماديـة المطبقة في الميدان الرياضي [8] ، وإن كانت لا تشكل كل القانون الرياضي فإنها تشكل القانون عبر الوطني للرياضة ، فهي مجموعة من القواعد المكتوبة وغير المكتوبة المتفق عليها والمؤسسة على مجموعة من المبادئ الموجهة ذات البعد عبر الوطني والتي تم إبرازها من طرف هيئات التحكيم الرياضية ، وتقوم هذه القواعد بتقديم مساعدة مهمة لهذه الهيئات وهي إعفاءها من تقديم توضيح الأساس المعياري للأسباب والحلول التي تنتهي إليها في قراراتها [9] .

وتعد هذه القواعد نتاج تطبيق شبكة هرمية من القواعد الخاصة الناشئة عن الأنظمة والتنظيمات الخاصة بالمنظمات الرياضية الدولية والوطنية ،وبالتالي يمكننا استيعابها بسهولة في نظام قانوني محدد للمجتمع الرياضي ، فالحركة الرياضية تمثل شكل من الهيمنة على أعضاء هذه الجماعة والتي تدخل مباشرة في منافسة مع الدولة . وبصفة تدريجية ينشأ نظام قانوني رياضي حقيقي ويتم تطبيقه ، إنه يعبر عن مجموعة مترابطة من الممارسات والتي في معظم الحالات شكلت موضوع تقنين في شكل أنظمة ومواثيق وتنظيمات متنوعة والتي تفرض نفسها على مختلف مكونات الحركة الرياضية. هذه الخصوصية شكلت مثالا يذكر كثيرا لدعم النظريات المختلفة الخاصة بالقانون الصادر من غير الدولة.

2.1- الفرع الثاني: الخصائص المميزة للقانون عبر الوطني

إن أول محاولة لوضع تعريف للقانون عبر الوطني كانت على يد الفقيه "فيليب جسيب " في مؤلفه الشهير القانون عبر الوطني حيث عرف هذا القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الظواهر التي تتجاوز الحدود الوطنية [10] . ما يلاحظ على هذا التعريف أنه جد واسع كونه يوسع دائرة موضوع القانون عبر الوطني إلى كل العلاقات القانونية العابرة للحدود.

ويذهب تعريف ثاني للقانون عبر الوطني إلى القول بأنه ذلك القانون الذي ينظم العلاقات ما بين شخص من أشخاص القانون الدولي و شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص [11] ، ما يلاحظ على

هذا التعريف أنه جد ضيق ، حيث أنه يعبر عن مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على النزاعات التي تثور ما بين الدولة وما بين أحد أشخاص القانون الخاص المتعاقد معها في إطار علاقات اقتصادية أو تجارية خاصة في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد المبرم بينهما أو في حالة الحكم ببطلان أو عدم صحة هذه العقد.

وهناك تعريف آخر للقانون عبر الوطني يذهب إلى أنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم وتنظم العلاقات الخاصة الناشئة بين الأشخاص الخاصة والخارج عن أي تدخل للدولة. ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يحصر نطاق العلاقات التي ينظمها في إطار العلاقات ما بين الخواص.

وفي تعريف رابع يعرف القانون عبر الوطني بأنه القانون الذي ليس مصدره الدولة. وما يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يهتم بموضوع القانون ولا أشخاصه بل يركز فقط على مصدره ، فكل قانون لا يصدر عن الدولة هو قانون عبر وطني من ذلك القوانين الدينية و القوانين الموضوعية للتجارة الدولية والقوانين الموضوعية الرياضية ، حيث أن هذا التعريف يسمح بالفصل ما بين القوانين التي مصدرها الدولة وهي القانون الداخلي والقانون الدولي من جهة وما بين القانون عبر الدولي من جهة أخرى ، إن هذا التعريف يسمح بالتحديد الدقيق للقوانين عبر الدولية وفق معيار عضوي بسيط . وهو مع التعريف الأول السابق ذكره يكشفان على خصائص هذا القانون.

ويتميز القانون عبر الوطني بكونه يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية يتميز بالاستقلالية عن تلك الحلول التي تضعها القوانين الوطنية، فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي ، ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية ، وهي تشكل بالتالي قانونا ذاتيا مستقلا بالمقارنة مع القانون الداخلي [12] .

ويسمح هذا القانون بجعل القواعد القانونية التي تطبق على الأشخاص والأموال وعلى التصرفات والوقائع القانونية العابرة للحدود الوطنية قواعد مفهومة ، إنه يخلصنا من التعقيدات التي نجدها في منهج القانون الدولي الخاص المبني على البحث عن تحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين الوطنية المرشحة للتطبيق ، حيث أن مجموعة من التصرفات والوقائع وبسبب خصوصيتها ذات الطابع الدولي لم يعد بالإمكان إخضاعها إلى القوانين الوطنية ، وبالتالي فإن بروز قواعد قانونية موضوعية ذات طابع عبر وطني تكون الأجدر بالتطبيق لحكم هذه العلاقات يصبح مسألة مقبولة كبديل عن اللجوء عن طريق قواعد القانون الدولي الخاص للبحث عن الحكم في قاعدة قانونية ذات بعد وطني ، فالعلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي يكون من الأحسن حكمها بقواعد عبر وطنية [13] .

ويتميز هذا القانون بأن قواعده تسمح بإزالة سيادة الدولة قصد تمكين الأشخاص الخاصة باختيار القواعد القانونية الملائمة للتطبيق على علاقاتهم محددين موقعهم بطريقة قانونية بدون الارتباط بموقعهم الفعلي.

ولا يبدو غريبا أن يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة ، فجذوره الأولى تضرب في العادات والأعراف التي سادت بين أفراد المجتمع ، فهو نابع من مجتمع ذاتي بطوائف أفراده ونوعية معاملاته ، ينشأ تلقائيا ومن غير المرور بالقنوات الرسمية المعروفة لسن القوانين [14] .

واصطلاح القانون التلقائي النشأة يعني أمران : . الأول أنه لا يتأتى عن طريق شكلي أو رسمي كما هو الحال في القوانين الوضعية، أي أن المواضيع التي ينظمها هذا القانون لا تخضع في تنظيمها إلى جهة رسمية مركزية ، ولا تتبع سلطة دولة معينة تهيمن على نشاطها أو توجهه . أما الأمر الثاني فهو أن تطبيق ذلك القانون لا يحتاج إلى سلطة عامة ، أي أنه كذلك تلقائي التطبيق [15] .

ويتميز القانون عبر الوطني أنه يضع قواعد مادية مباشرة وهي قواعد موضوعية تضع حلولا مباشرة لعلاقات دولية وجدت من أجلها، إذن فهي قواعد وليست نصوص تشريعية داخلية حيث لا يمكن لهذه القواعد أن تجد مصدرها المباشر في تشريع داخلي [16] ، فهو يختلف تماما عن القانون الدولي الخاص ، حيث أنه يقوم بتقديم الحل المادي أو الموضوعي للمسألة محل النزاع مباشرة ولا يحيل إلى غيره من القوانين لاستخراج ذلك الحل ، فقواعده المستمدة من الأعراف والعادات والممارسات العملية والشروط العامة التي اتفق عليها أشخاصه كلها تشكل حلولا وتنظيما للعلاقات والروابط التي تتم في نطاقه [17] .

وتعبر هذه القواعد عبر الوطنية عن إطلاق سياسة تشريعية ذات اتجاه دولي الهدف منها إعطاء أحكام لعلاقات دولية خاصة في مقابل استبعاد الأحكام الموجودة في القوانين الوطنية [18] ، وهي بذلك تعبر عن انفتاح اقتصادي وتجاري ، فالدولة يجب أن لا تنغلق على نفسها بشكل يؤدي إلى المساس مباشرة في حركة التجارة الدولية وفكرة التعاون عبر الدولي الذي يجب أن يسود في بعض العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي والتي تربط بين أشخاص محددين ، ما يجعل من هذه القواعد محدودة في نطاقها الموضوعي والشخصي .

إن هذه القواعد هي أصلا عالمية التطبيق لأنه في إقليم الدولة توجد جوازية تطبيق قانون مختلف عن القانون الوطني ، وهذا راجع إلى طبيعة العلاقات القانونية التي تنظمها تلك القواعد التي في مجملها تستثير مصالح خاصة للأفراد ، فالدولة تقبل في هذه الحالة تطبيق هذه القواعد على إقليمها ولو كان أطراف العلاقة من جنسيتها إذا تطلبت المصالح الخاصة لأفراد العلاقة هذا التطبيق .

ويقوم القانون العبر وطني بتحليل ممارسات الفاعلين في مجال القانون والذين لا يمكن حصرهم في الدولة بل أيضا في المؤسسات العابرة للحدود كالمنظمات غير الحكومية وغيرها.

ولا ترتبط هذه القواعد القانونية مع أي نظام قانوني وطني، فهي نتاج مجتمع متماسك تقوم بين أعضائه علاقات ومبادلات لها خصوصيتها وتنظيمها الذاتي، بحيث أن أعضاء هذا المجتمع قاموا بإنشاء هذه القواعد خارج الأطر الإقليمية لدولهم، أي أنها قواعد قانونية نشأت عبر الحدود وهذه خاصية جد مهمة لهذا النوع من القوانين.

ويترتب عن خاصية العولمة التي يتميز بها هذا القانون أنه قانون لا يقوم على مبدأ إقليمية القوانين، وإنما يستند على مبدأ شخصية القوانين [19]، حيث أن القاعدة القانونية عبر الوطنية يمكن أن ترتب آثارها في حق المخاطبين بها أينما وجدوا فتلاحقهم حتى ولو غيروا مكان إقامتهم ونشاطهم من دولة إلى أخرى ، إذ يمكننا أن نقول أن القاعدة القانونية هنا ذات تطبيق جغرافي عالمي .

2- المحور الثاني: ذاتية القانون عبر الوطني

إن حداثة ظهور القانون عبر الوطني على المسرح القانوني يجعل البعض يشكك في مدى اعتباره قانونا يحمل كل الخصائص الذاتية لأي نظام قانوني لا سيما الشرعية التي يستمد منها صفته كقانون ، ومدى شعور المخاطبين به بأنه ملزم له ، وإلى أي حد له القدرة على فرض جزاءات يمكن أن يطبقها على المخالفين له قهرا عند الاقتضاء ، و أخيرا تحديد كيفية تقبل دخوله من طرف القانون الداخلي عند نفاذه إلى إقليم الدولة ، كل هذه المسائل هي التي تسمح لنا بتحديد ذاتية هذا القانون أي تحديد مدى اعتباره قانونا له أساس مقبول يجعل قواعده له مرتبة القاعدة القانونية .

1.2- الفرع الأول: استقلالية المصدر

لم تعد الدولة الفاعل الوحيد على المسرح القانوني ، لقد وجدت نفسها مجبرة على القبول بمشاركة سيادتها مع جهات فاعلة أخرى ، هذه الجهات تتدخل على مستوى فوق وطني أو عبر وطني ، أين تقوم هذه الجهات بإظهار وجودها على المسرح عبر الوطني كسلطة خاصة قادرة على إنشاء قواعد قانونية من نوع خاص .

إن هذه القواعد الخاصة هي قواعد موجهة بالأساس إلى مجموع الفاعلين في المجتمع عبر الوطني أين تسود المشاركة النشطة للفاعلين المستقلين عن الدول في المواقع عبر الوطنية والعالمية ، ففرضية احتكار الدولة لسن القانون وتنفيذه أصبحت فرضية نسبية ، لأن هناك فاعلين آخرين مستقلين عن الدولة صاروا يقاسمون الدولة في هذا الاختصاص السيادي . لقد اهتز بذلك منطق الدولة الذي يرتكز على مقومات الإقليمية والسيادة والأمن من خلال العولمة . فالفاعلون الجدد الذين يمكنهم الإفلات عن حدود الدولة وسيادتها يحلون محلها على مستوى المسرح الدولي بشكل يظهر في كل مرة أنه أكثر استقلالية [20].

إن البحث عن مصدر القاعدة القانونية هو البحث عن الأسباب المنشئة لها في مجتمع معين ، فالقاعدة القانونية لا يمكن أن تنشأ من العدم ، بل لا بد من وجود سبب منشئ لها وذلك طبقا لقانون السببية الذي يقرر أنه لا يوجد شيئ بلا مصدر ولا توجد نتيجة بلا سبب [21].

إن تعريف القانون عادة ما يؤدي إلى انقسام بين الفقهاء، حيث يحتدم النقاش الذي يدور حول مصدر القانون هل أن القانون ينشأ بصفة حصرية عن الدولة أم أن السلطات الأخرى في المجتمع هي كذلك يمكنها أن تنشأ القاعدة القانونية.

كان القانون طيلة القرن العشرين مرتبطا وبشكل حصري بشخصية الدولة الوطنية، الوضعية القانونية الكلاسيكية تنبثق من مصدرها هذا أين إرادة المشرع يتم التعبير عنها بواسطة القانون حيث يصبح المشرع المحتكر الشرعي للقانون. فالعلاقة بين المصدر ووجود أو مضمون القاعدة القانونية يجب أن تكون قانونية وليس واقعية.

الكثير من فقهاء القانون الداخلي يواصلون في هذا التصور الذي لا يرى القانون إلا في حضرة وجلالة الدولة، فها هو الفقيه الدستوري الفرنسي "جيسكال " يعرف القانون على أنه مجموعة قواعد السلوك البشرية الصادرة عن الدولة والتي يفرض تطبيقها عن طريق هذه الأخيرة ، والتي تهدف إلى تنظيم وحكم العلاقات الإنسانية والسلطة والحرية [22].

يعرف النظام القانوني على أنه مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدرجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها. وإضافة إلى ذلك فإن النظام القانوني يستلزم في تكوينه وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرتها على إنتاج وإنشاء قواعد تنظيم السلوك [23] .

يرتبط مفهوم النظام القانوني ارتباطا مباشرا بمفهوم الاستقلالية ، فكل نظام قانوني حتى يخلع عليه هذا الوصف ينبغي أن ينتظم ويعمل بشكل اعتيادي دون تدخل خارجي ، أي يجب أن تكون له قوة تأثير ذاتية ، والذاتية هذه تتميز عن عدم التبعية التي قد تفترض الاستقلالية التامة في حين أنه في أغلب الحالات لم تكن إلا استقلالية نسبية [24].

وأوضح الفقيه الفرنسي " ميشال فيرالي " أن أي نظام قانوني لا يكتمل ولا يتمتع بالاستقلالية التامة إلا عندما يكون لديه مصادر قانونية أصيلة خاصة به يستمد منها شرعيته ويكون لديه جهاز للرقابة وللتنفيذ الجبري ، وعندما لا يعتمد على أي نظام قانوني آخر لا في تكوينه ونشأته ولا في تطبيقه للقواعد التي أنشأها [25]، أي أن الاستقلالية التامة تتمظهر في عدم التبعية إلى الأنظمة القانونية الأخرى .

يقوم منظرو القانون العبر وطني بتطوير نظرية الفضاء المعياري التي تنقض الهرم المعياري للفقيه كلسن، وفي نفس الوقت ومن خلال منهجهم يسعى الفاعلون إلى تحقيق الشرعية لاختيار الجهات القضائية واختيار القوانين، بل أيضا اختيار النظام العام و التدرج المعياري.

إن إنشاء القانون عبر الوطني يفترض أشكالا أخرى غير تلك الأشكال المعروفة والمتمثلة في المعاهدات الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف.

فإذا افترضنا وجود تعددية في إنشاء القواعد القانونية، فإنه في هذا الفضاء المعياري تكون سلطة الدولة الإنشائية في منافسة شديدة مع ما تعرضه الجهات الفاعلة غير الوطنية من قواعد معيارية. ففي مجال الحقوق يكون بمقدور مواطن الدولة المنتمي في نفس الوقت إلى جهة فاعلة غير وطنية أن يختار السلطة الأكثر ملائمة له في إنتاج القواعد القانونية [26].

إن ظهور مشرعين آخرين غير المشرع المعروف في نظرية القانون التقليدية أو ما يعرف بالمصادر البديلة في سن القانون ، وكذلك وضع سلطات إدارية هجينة ، وإنشاء محاكم عبر وطنية مستقلة عن القضاء الوطني أو الدولي هي كلها تجسد المظاهر المعاصرة لتفتت سلطة الدولة [27].

قد يتم منح سلطة التشريع لهيئات مستقلة عن الدولة بموافقة صريحة من الدولة نفسها، فعلى سبيل المثال تنص المادة 106 من قانون المحاماة على منح مجلس الاتحاد مهمة إعداد النظام الداخلي للمهنة وعرضه على وزير العدل للموافقة عليه ونشره في الجريدة الرسمية [28] ، فهل يمكننا هنا القول بأن هذه الهيئة المستقلة أصبحت مصدرا مستقلا للتشريع ؟ .

يرى البعض أن هذه الهيئات وبقرار من الدولة أصبحت تتمتع بسلطة إنشاء بعض القواعد القانونية الخاصة [29]، وبالتالي فإنها تعد مصدرا من مصادر التشريع المستقل عن سلطة الدولة .

ويرى البعض الآخر أنه بالرغم من أن هذه الهيئات تتمتع بسلطة إنشاء القواعد التنظيمية الخاصة بأعضائها ولكن لا يمكن اعتبارها مصدرا لهذه القواعد ، لأن سن هذه القواعد يتم تأطيره من طرف الدولة التي سمحت لهذه الهيئات سلطة إنشاء تلك القواعد كما أن هذه الأخيرة لا يكون لها قوة معيارية إلا بموافقة الدولة[30].

إن استقلالية سلطة التشريع لهذه الهيئات عن سلطة تشريع الدولة يجب إذن أن تكون مستقلة عن الدولة في وجودها وفي تجسيدها، وبالتالي فإن الاستقلال النظامي لهذه الهيئات ليس إلا مجرد مؤشر لهذه الاستقلالية في التشريع [31].

إن اعتبار هذه السلطة المعيارية كمصدر لا يكون إلا عندما تكون سلطة الإنشاء ليست تحت ضغط معيار ناجم عن سلطة معيارية أخرى [32].

ولا تتمتع هذه الجهات الفاعلة بالشخصية القانونية الدولية المعترف بها في القانون الدولي، أي أن القانون الدولي لا يعطيها صفة شخص من أشخاص القانون الدولي العام كالمنظمات الدولية مثلا ، فمعظم هذه الكيانات غير الوطنية تستمد حريتها في التأسيس من حق الأفراد في تأسيس جمعيات المضمون من طرف القانون الدستوري الداخلي للدول ، ولهذا السبب فإن هذه الجهات تملك الشخصية القانونية الوطنية للدولة التي يوجد فيها مقر تلك الجهة [33]، فمثلا الاتحادية الدولية لكرة القدم الفيفا هي في الأصل جمعية تخضع في تأسيسها للقانون السويسري أي أنها تستمد شخصيتها القانونية من القانون السويسري .

وفي مرحلة تاريخية حديثة تم الاعتراف لأشخاص القانون الخاص بحق تكوين والانضمام للجمعيات ذات الطابع الدولي، هذا الحق يجيز لهؤلاء الأشخاص فيما يخص تنظيم علاقاتهم ذات الطابع العابر للحدود إقامة بعض الخدمات المتخصصة. وفي هذا السياق المعقد للمجتمع الحديث نجد أن التعددية القانونية تستطيع أن تفسر جيدا حقيقة أن بعض المجالات المتخصصة هي الميادين الأكثر ملائمة للفاعلين المستقلين عن الدول. وتطالب هذه الجمعيات ذات الطابع المستقل عن الدول ببعض

الاستقلالية في مجال احتكار الدولة لسن القانون، لأنه بذلك سوف يمكن لهذه الجمعيات أن تمارس سلطة خاصة في مجالات متخصصة [34]. فمثلا نجد أن المشرع الجزائري قد فوض الاتحاديات الرياضية الوطنية سلطة التشريع عن طريق منحها الاختصاص بسن التنظيمات التقنية والتنظيمات العامة والخاصة باختصاصها أو اختصاصاتها الرياضية [35]. كما نجد أن لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية تمارس نوع من السلطة التشريعية في مجال التجارة الدولية نظرا للإسهامات القانونية التي تسعى إلى تحقيقها في مجال وضع قواعد وأحكام خاصة بمعاملات التجارة الدولية.

و يشير القانون الرياضي إلى مجموع القواعد القانونية الصادرة مباشرة عن منظمات رياضية ذات طابع عابر للأوطان لأن هذه المنظمات هي التي تساهم في التنظيم الذاتي وفي إدارة القطاع الرياضي التنافسي، وبالتالي فإن القواعد القانونية المطبقة في ميدان المنافسة الرياضية لم تكن نتاج منظمات دولية منشئة بموجب معاهدات دولية بل هي نتاج منظمات ذات طابع عابر للأوطان مستقلة عن الدول وعن القانون الدولي [36]. إذن إنه يمكننا أن نجرؤ على القول بأن الرياضة تشكل نظاما قانونيا عالميا أو بعبارة أخرى وجود نظام قانوني عالمي للرياضة إلى جانب الأنظمة القانونية للدول والقانون الدولي العام .

ويستند هذا التنظيم الذاتي بالكامل على العقد المسمى بعقد التنظيم . والذي تسند له وظيفتان : وظيفة هيكلية تسمح بتنظيم الجهات الفاعلة غير الحكومية في شكل جمعيات داخل الحركة الرياضية أو في شكل مجموعات مؤسسات ذات طابع اقتصادي، ووظيفة إنشائية حيث يكتسي العقد بعدا إنشائيا ، فبمجرد تنظيم الفاعلين غير الحكوميين في شكل من تلك الأشكال فإنه يكون باستطاعتهم إنشاء القانون وفقا للطرق المنصوص عليها في عقد الجمعية أو المؤسسة، فمثلا تحديد التزامات البائع والمشتري وشروط التجارة الدولية المنشأة من طرف غرفة التجارة الدولية " سي سي إي " ولوائح الاتحاد الدولي لكرة القدم فيفا التي تحكم انتقال الاعبين بين الأندية تظهر لنا على الخصوص هذه الظاهرة المتعلقة بالتنظيم الذاتي .

2.2- الفرع الثاني: القدرة على توليد الشعور بالإلزام وفرض الجزاء

يلاحظ فقهاء المدرسة الوضعية أن هناك ارتباط ما بين القاعدة القانونية وفكرة القهر ، حيث يؤكدون أن القهر باعتباره العنصر الأساسي في القاعدة القانونية فإن الدولة هي وحدها التي تحوز على سلطة فرضه ، فحسب الفقيه " كاري دي مالبورغ " فإن القانون ما هو إلا مجموعة من القواعد المفروضة على الأشخاص المقيمين على إقليم محدد من طرف سلطة عليا قادرة على توجيه الأوامر بنفوذ فعلي وقادرة أيضا على الهيمنة وعلى القهر غير قابل للمقاومة . والوضع هكذا فإن هذه السلطة المهيمنة لا توجد إلا في الدولة،هذه السلطة المهيمنة المتمثلة في سلطة الأمر والإكراه هي بعبارة أوضح سلطة الدولة [37]. وفي نفس الاتجاه يقول الفقيه " اهرينج " أن القانون لا يجد شرط وجوده إلا في الدولة حيث إن القانون هو مجموعة القواعد التي بموجبها يمارس القهر داخل الدولة [38]. ويذهب الفقيه " كلسن " إلى رفض أي تعريف للقانون لا يظهر خاصيته الأساسية المتمثلة في اعتباره أمر ذو طابع قهري 39.

فإذا كان هذا الربط بين وجود القاعدة القانونية وبين الجزاء الذي يكون في صورة القهر الذي تباشره السلطة العامة هو الرأي الذي يأخذ به أنصار الوضعية القانونية والذي يكاد يكون هو السائد في تحديد خصائص القاعدة القانونية إلا أن هناك من يذهب إلى القول بأن الدولة ليست هي المؤسسة الوحيدة التي تمارس سلطة القهر بحيث أنه يوجد عدد غير محدد من المؤسسات في المجتمع من يملكون ممارسة هذه السلطة وبأكثر قوة من سلطة الدولة [40] ، وهذا ما يمكن ملاحظته على القاعدة القانونية العابرة للحدود الوطنية والتي تتميز بأن الجزاء فيها لا يأخذ صورة القهر الذي تمارسه السلطة العامة ، حيث إنها تتمتع بصور أخرى من صور الجزاء الذي له وسائل خاصة تكفل تطبيقه .

لقد بات من الممكن القول بوجود مجتمع منظم ومتماسك يجمع كل المتعاملين في نشاط معين قادر على خلق قواعد سلوكية منظمة وملزمة لهم أي قانون خاص بهم، بحيث أن الدول أصبح لديها الاستعداد لتقبل بروز نظام قانوني مستقل عن نظامها القانوني يتعايش معه [41]، وأصبحت تقبل بترك المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافا فيها كي يحكمها ذلك القانون ، بل الأكثر من ذلك أصبحت تلك الدول تقبل حتى تطبيق ذلك القانون على وقائع حدثت على إقليمها .

ويستهدف القانون عبر الوطني في المقام الأول أشخاصه المباشرين والذين هم في العادة ما يكونون الأعضاء المنضمين إلى الجهات الفاعلة المنشئة لهذا القانون ، حيث يحرص هؤلاء الأعضاء على الالتزام باحترام هذا القانون بل يقومون بإدراجه في النصوص الخاصة بالتجمعات الداخلية التي ينشئها هؤلاء الأشخاص ، فمثلا القواعد القانونية التي يصدرها الاتحاد الدولي لكرة القدم تلتزم الاتحادات الوطنية لكرة القدم باحترامها وإدراجها في تنظيماتها الداخلية ، ونفس الأمر بالنسبة للأندية واللاعبين حيث يلتزمون أيضا بالتقيد بالقواعد القانونية التي يصدرها الاتحاد الدولي لكرة القدم [42].

إن الجزاءات التي تنشأ عن الإخلال بتلك القواعد العبر وطنية هي جزاءات خاصة تذكرنا بالصورة الأولى التي ظهرت بها العقوبة الفردية في المجتمعات القبلية .

إن مجموعة القواعد القانونية المكونة للقانون الرياضي تخاطب الرياضيين والفرق الرياضية التي تتنافس في مسابقات محلية أو وطنية أو قارية أو عالمية، حيث تجتمع كل المنظمات الرياضية العابرة للأوطان تحت مظلة الحركة الأولمبية الدولية.

فمن وجهة نظر الحركة الرياضية " تسري قواعد الاتحاد الرياضي أو اللجنة الدولية الأولمبية على جميع الجمعيات الرياضية أي في جميع البلدان التي تمارس فيها هذه الرياضات أو في البلدان التي تنظم فيها الألعاب الأولمبية.

لقد أصبح التحكيم الرياضي أمرا مقبولا وشائعا حيث أصبح يستغرق في جزء كبير استقلالية القواعد المادية للقانون الرياضي وهذا ما أكده الميثاق الأولمبي حين نص على أن محكمة التحكيم الرياضية هي الجهة القضائية الدائمة والحصرية المختصة بحل النزاعات الرياضية ، حيث نصت المادة 60 من

الميثاق الأولمبي على " كل نزاع يحدث بمناسبة الألعاب الأولمبية أو له علاقة بهذه الألعاب يخضع في حله للاختصاص الحصري لمحكمة التحكيم الرياضية " تاس " طبقا لقانون التحكيم في المواد الرياضية .

لقد أكد الفقه أيضا هذه السلطة العالمية المعترف بها لمحكمة التحكيم الرياضي في ميدان الفصل في النزاعات الرياضية ، حيث أن هذه المحكمة تحوز على وضعية في ميدان التحكيم الرياضي تسمح لها باحتكار سلطة الفصل في النزاعات الرياضية ، إذ أن جل الاتحاديات الرياضية الدولية أصبحت تضع في قوانينها الأساسية ما يقضي بمنح محكمة التحكيم الرياضية السلطة الحصرية في فض المنازعات الرياضية واستبعاد اللجوء إلى المحاكم الوطنية [43].

إن تمتع محكمة التحكيم الرياضية بهذه السلطة يشكل أيضا الاستقلالية المتنامية لقواعد القانون الرياضي وللحركة الأولمبية هذه الأخيرة تعتبر كفاعل مستقل عن الدول والتي تشارك في اقتسام السلطات السيادية في العلاقات الدولية [44].

وإزاء تبني الاتحاديات الرياضية الدولية كالفيفا مثلا لمبدأ منع التدخل السياسي للدول في الشأن الرياضي تحت طائلة العقوبات التأديبية التي قد تصل إلى منع المنتخبات الوطنية والأندية المحلية من المشاركة في البطولات والمسابقات الرياضية الدولية التي يجرى تنظيمها تحت إشراف هذه الاتحاديات ، أو حتى منع تلك الدول من احتضان منافسات رياضية دولية فإنه قد ثار جدل حول مدى قوة تراتبية القوانين التي تصدرها هذه الاتحاديات في مواجهة القوانين الداخلية التي تصدرها الدولة ، أي بمعنى آخر ما هي قوة إلزامية القانون الداخلي الصادر عن الدولة بالنسبة لاتحادياتها الوطنية الرياضية إذا كان هذا القانون يعـــارض أو يقوض التنظيمات أو اللوائح التي تصدر عن الاتحاديات الرياضية الدولية ؟

فهناك رأي يذهب إلى أن القانون الداخلي يجب تطبيقه بصرف النظر عن ما تتضمنه اللوائح والأنظمة الدولية والتي هي مجرد نصوص صادرة عن مؤسسات لا تتمتع بالسيادة ، ومنطقي أن هذه اللوائح والأنظمة لا يمكن أن تسمو على قانون الدولة ذات السيادة ، فالمحاكم الوطنية لا يمكنها أن تسبق لوائح وتنظيمات الفيفا على قانون بلدها متى كانت تلك القوانين آمرة . لكن في المقابل إصرار المشرع الوطني على عدم الدخول في صراع إرادات مع المشرع عبر الوطني من شأنه عزل طائفة من أفراد دولة ذلك المشرع عن محيطهم الدولي ،لأن المشرع عبر الوطني سوف يواجه ذلك بصرامة عن طريق تسليط عقوبات على تلك الطائفة، فعقوبات الفيفا مثلا لا تتصرف إلى الدولة بل إلى الاتحادية الرياضية لكرة القدم في تلك الدولة وهي عقوبات من شأنها أن تثير ردود فعل شعبية عنيفة تسعى الدولة إلى تحاشيها [45].

إذن فالحل يكون من خلال تفادي الدولة الصدام مع المشرع عبر الوطني وذلك إما بعدم التدخل أو بالتدخل الناعم أي بالسيطرة وبصفة شرعية على الهيئات الوطنية المنضوية تحت لواء تلك الهيئات الدولية ، حيث تتم تلك السيطرة من خلال اشتراط الموافقة المسبقة لسلطات الدولة على انضمام هيئاتها الوطنية إلى تلك الهيئات الدولية [46]، وكذلك من خلال تدخلها بصفة غير مباشرة عن طريق إيصال موالين إلى سلطتها وبطريقة قانونية إلى رئاسة الهيئات الوطنية [47].

3.2– الفرع الثالث: حدود قبول الدولة للقانون عبر الوطني

رغم أن القانون العبر وطني يتميز بطابعه العالمي الذي لا يعترف بالحدود الوطنية ، إلا أن مصير تطبيقه أمام المحاكم الوطنية يرجع دائما إلى إرادة الدولة، فكلما كانت الدولة أكثر تفتحا فإنها ستقبل بتطبيق قواعد هذا القانون على إقليمها وبالعكس كلما كانت أقل تفتحا فإنها سترفض ذلك ، حيث أن هذا القبول هو الذي يمنح له الشرعية الكاملة كقانون معترف به [48]، وإن كان يتمتع بنوع من الشرعية يأخذها من حكم الواقع أو ما يعرف بشرعية الواقع ، فطبيعته العفوية تمنح له شرعية يكتسبها من خارج اعتراف الدولة به ، ويمكن رد هذه الشرعية إلى قدرة هذا القانون على الاستجابة لضرورات التنظيم التي يحتاجها المجتمع [49].

يذهب بعض فقهاء القانون الدولي الخاص إلى أن القواعد الموضوعية للقانون عبر الدول لا تحتاج في تطبيقها لإعمال منهج تنازع القوانين لأنها قواعد ذات صبغة قانونية وتتمتع بقوة الإلزام الذاتي التي تتيح للمحكمين تطبيقها بشكل مباشر ودون الحاجة لإبداء رغبة المتعاقدين في ذلك ودون الحاجة لإعمال منهج تنازع القوانين وأن هذا يتفق مع طبيعتها والهدف الذي تسعى إليه لأنها قواعد ذات نشأة تلقائية ووضعت في الأساس لمواجهة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي وتعد من قواعد القانون الدولي الخاص المادي التي يلتزم القاضي أو المحكم بتطبيقها دون حاجة لإعمال قواعد التنازع ما دامت تشكل جزءا من النظام القانوني الذي ينتمي إليه . فعلى سبيل المثال نجد أن عادات وأعراف التجارة الدولية باعتبارها قواعد غير منتمية لأي دولة أو نظام قانوني معين فهي بذلك تعد قواعد عبر وطنية وبالتالي لا يمكن تطبيقها بصفة تنازعية انطلاقا من قاعدة الاسناد، إذ أنه لا يتصور وجود تزاحم بينها وبين القانون الوطني.

فإذا اعتبرنا أن القانون عبر الوطني يشكل بذاته نظاما قانونيا مستقلا يختلف عن القانون الأجنبي وعن القانون الوطني ، فإنه وفي حالات معينة يكون له أثر مباشر في إقليم الدولة عندما يكون باستطاعة أحد الأشخاص الخاصة إثارته أمام المحاكم الوطنية ، وفي مثل هذه الحالات إذا تعارض القانون الوطني مع هذا القانون فإن الأولوية في التطبيق تكون لهذا الأخير [50].

وفي المقابل هناك من يرى أنه لا يمكن تطبيق القواعد الموضوعية عبر الوطنية مباشرة أمام القاضي الوطني بطريقة مباشرة دون المرور عبر قاعدة الإسناد إلا إذا كرستها معاهدة دولية تكون دولة القاضي الوطني طرفا فيها ، فتطبق حينئذ بهذه الصفة وكقواعد مباشرة من أصل تعاهدي ، ولكن لا يمكن إطلاقا اعتبار تلك القواعد قوانين وطنية لازمة التطبيق إذ أنها ليست أساسا من إعداد داخلي، كما أنها ليست قوانين أجنبية [51] ، فعلى سبيل المثال نجد أن القواعد الإجرائية التي أقرتها الأمم المتحدة والمعروفة باسم قواعد اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي لا تتمتع بقوة إلزام قانوني أمام القضاء الوطني أو غيره من الجهات الرسمية ، ذلك أن تلك القواعد المذكورة لم يتم إصدارها كنص تشريعي ملزم مع ما يقتضيه الإصدار وفقا للمبادئ الدستورية المقررة من نشر في الجريدة الرسمية حتى تكتسب تلك القواعد الإجرائية قوة النصوص التشريعية ، والأساس القانوني لتطبيق قواعد اليونسترال الإجرائية هو إرادة

الأطراف كما يفصح عنها اتفاق التحكيم ، ومؤدى هذا الأساس الإرادي الصرف أن هذه القواعد لا تسمو على القانون الداخلي [52].

ويذهب رأي آخر إلى أن القانون عبر الوطني مثله مثل القانون الأجنبي لا يمكن تطبيقه من طرف المحاكم الوطنية إلا إذا تم الاعتراف به وقبوله من طرف القانون الوطني لتلك المحاكم أي أن القانون الوطني وبموجب قواعد الإسناد يقوم بالإحالة إلى تطبيق القانون عبر الوطني في النزاعات التي تعرض على المحاكم الوطنية والتي يمكن حلها عن طريق تطبيق قواعد هذا القانون .

ومع ذلك فإن هذه الفكرة تصطدم بالشروط التي يضعها الفقه عادة في بناء قاعدة الإسناد ، حيث لا يكفي لتطبيق قاعدة الإسناد أن تكون العلاقة القانونية متصلة بأكثر من نظام قانوني وإنما يجب أن تكون هذه القوانين المتنازعة صادرة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة [53].

غير أن القابلية لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي لا تتوفر فقط في جانب القوانين الوضعية للدول، بل أيضا في القوانين الموضوعية ذات النشأة التقليدية التي تنظم معاملات التجارة الدولية، أي التي تشكل ما يسمى بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية. ويمكن لقاعدة التنازع أن تختار ذلك القانون ليسري على العلاقات أو المعاملات ذات الطابع الدولي التي تدخل في مجال سريانها وهذا ميدان جديد لعمل قاعدة التنازع ووظيفة قانونية لها [54].

إن تطبيق تلك القواعد من خلال المرور على قاعدة التنازع يجب أن يأخذ بعين الاعتبار أن الأمر يتعلق بقواعد مستقلة ومتكاملة تنتمي إلى بيئة معينة فهي تشكل نظاما أجنبيا عن دولة القاضي كونها لم تصدر عن السلطة المؤهلة لإصدار القوانين في تلك الدولة ، وهنا يجب أن يحوز هذا النظام الأجنبي على قبول النظام القانوني لقاضي النزاع بإعمال قواعده [55].

وهكذا فإن إعمال القضاء الوطني لتلك القواعد يتم عندما يتبنى المشرع الوطني تلك القواعد بصفة مباشرة وإما بالاستناد إليها من خلال قاعدة التنازع.

لكن كل هذه العقبات التي يضعها القانون الوطني أمام القانون عبر الوطني يمكن لهذا الأخير أن يتجاوزها من خلال قيام الجهة المنشأة له بفرض تطبيقه عن طريق إلزام الأشخاص الخاضعين لهذه الجهة باللجوء إلى التحكيم وعدم اللجوء إلى المحاكم الوطنية في أي نزاع ينشأ بينهم من شأنه أن يثير تطبيق القواعد القانونية التي تنشأ عن هذه الجهات ، وبفرض عدم قابلية الطعن في القرارات التي تصدر عنها إلا أمام جهات التحكيم التي تعترف بها دون سواها [56].

و بالتالي فإن الجهة المصدرة للقانون تفرض نفاذه داخل إقليم الدولة وفق آليات خاصة بها ، وفي أسوأ الحالات فإن تدخل المحاكم الوطنية لن يكون إلا بمناسبة منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، وهذا ما يثبت أن القانون عبر الوطني قد وضع لنفسه آليات تسمح الاعتراف له بنوع من الشرعية يستمدها من الأمر الواقع .

خاتمة:

إن التحول في النظرية العامة للقانون الذي بدأ في التشكل تدريجيا ، قد يؤدي في نهايته إلى تفجير التقسيم الثنائي للقانون الخاص منتجا لنا تقسيما ثلاثيا قانون وطني وقانون أجنبي وقانون عبر وطني ، و قد ينجر عنه أيضا إعادة النظر في وحدة مصدر القانون المنطلق من فكرة ربط القانون بالدولة ، حيث يعمل ظهور هذا النوع الثالث من القوانين على تحقيق تحول نظري من الفكرة القائلة بأن الدولة هي التي تخلق القواعد القانونية إلى الفكرة التي تقول بوجود جهات فاعلة غير الدولة هي أيضا قادرة على إنشاء القاعدة القانونية . وما يزيد في الاقتناع بأن هذا التحول قد بدأ فعلا هي تلك الإرهاصات التي عاينها عديد الفقهاء سواء في مدرسة القانون الأنجلوسكسوني أو مدرسة القانون اللاتيني ، والتي حاولنا كشفها بإعطاء تطبيقات لقانون من نوع ثالث فعلا تشكل خارج الإطار المعروف في النظرية العامة للقانون ، ومن خلال تحليل العناصر التي تكشف عن ذاتية هذا القانون ، أين بدا لنا أن هذا القانون يتمتع بنوع من الاستقلالية اعتبارا من أنه ينتج عن مصدر خاص ، وأنه في نفس الوقت يجمع كل مقومات القانون بتشكله من مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة ذات الطابع الإلزامي والمقترنة بجزاء ، وبقدرة هذا القانون على وضع آليات تكفل نفاذه وتطبيقه على المخاطبين به من دون الحاجة إلى قوة القهر التي تحتكرها الدولة .

ومع ذلك ، فإن وصول هذا التحول إلى منتهاه ، أي الوصول إلى ما يشبه الإجماع على تشكل القانون عبر الوطني كجزء مقبول في النظرية العامة للقانون ، يبقى مرهونا بتقبل الدول له أي بأخذ الشرعية الكاملة ، وهذه مسألة مرجحة الحدوث بالنظر إلى التطور في العلاقات الخاصة الدولية ، حيث أن فكرتي الإقليمية والسيادة قد فقدتا صرامتهما في التطبيق في مقابل نظرة أكثر مرونة تسمح بتقبل القانون عبر الوطني كجزء من نظام قانوني جديد يقوم على تعدد المصادر.

الهوامش:

1- Frank latty , la lex sportiva recherche sur le droit transnational, LEIDEN 2007,p01
2- Frank latty, op cite , p 02 .

3– وهي القواعد المعروفة بمصطلح (lex marcatoria)

4- Frédéric Buy , droit du sport, 3éd , LGDJ, paris 2012, p159.
5- Frank latty, op cite , p 04 .

6- سامي بديع منصور، تنازع الاختصاص التشريعي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت 2009 ، ص 609.

7- أحمد القشيري ، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، 1986 ، ص 136.

8-وهي القواعد المعروفة بمصطلح (lex sportiva)

9 -Frédéric Buy , op cit, p158.
10 -Philip C. Jessup, Transnational law, New Haven: Yale University Press, 1956, p2.
11- Jean Salmon, Dictionnaire de droit international public, Bruxelles , Bruylant, p 394.

12-أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، ط01 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 47.

13- أحمد عبد الكريم سلامة ، م س ، ص 42.

14-أحمد عبد الكريم سلامة ، م س ، ص 58.

15-أحمد عبد الكريم سلامة ، م س ، ص 58 .

16- سامي بديع منصور ، م س، ص 111 .

17- أحمد عبد الكريم سلامة ، م س ، ص 61 .

18- سامي بديع منصور ، م س، ص 77 .

19- V.F. Rigaux , les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale –cours général de droit international privé , R.C.A.D.I. 1989-I, vol.231 ,pp 70.71.
20- Nelson Arturo Ovallez Diaz , la production pluraliste du droit transnational contemporain, thèse doctorat en droit , faculté du droit université d'Ottawa, 2015, p 273.

21 سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 234 .

22- Jean Gicquel, droit constitutionnel et institutions politiques , 19 ed. Paris , Montchrestien , 2003 , p 15.

23 أحمد عبد الكريم سلامة ، م س ، ص 62.

24 - Franck LATTY, «Lex sportiva et autonomie du sport», in Jean-Loup CHAPPELET (dir.), L'autonomie des organisations sportives, Observatoire international des politiques publiques sportives, Université de Lausanne/ Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2019, pp. 37-38.
25- Franck LATTY, «Lex sportiva et autonomie du sport», op cit , pp37-38.
26- Nelson Arturo Ovallez Diaz, op cit ,p06.
27- Nelson Arturo Ovallez Diaz , op cit , p 277.

28- المادة 106 من القانون 13–07 المؤرخ في 2013/10/29 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة ، ج ر ع 55 س 2013 .

29- Santi Romano, L'ordre juridique, 2e édition, Paris : Dalloz, 2002, p.93

30- Pierre Auriel, les ordres juridiques transnationaux : conditions et concrétisations des droits hors de l'Etat , www.ihei.fr/wp-content/uploads/2014/12/Les-ordres-juridiques-transnationaux.pdf, consulté le06/02/2020, p 21.

31- Pierre Auriel , op cit, P30.

32 -Pierre Auriel , op cit , p 21.

33 - Nelson Arturo Ovallez Diaz , op cit , p 259.

34 -Scelle, Georges. Précis de droit des gens : principes et systématique, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.p290.

35 – المادة 91 من القانون رقم 13–05 المؤرخ في 2013/07/23 المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها ، ج ر ع 39 س 2013.

36 -Frank Latty , op cit , p626.

37 -R.Carré de Malberg , contribution à la théorie générale de l'Etat , t2, paris , Sirey,1992, p490.

38 -G.Timist , thèmes et systèmes de droit , Paris, P.U.F , 1986 , p36.

39 -H.Kelsen , théorie pure du droit , Paris , Dalloz,1962 , p73.

40 - Sabine Lavorel , des manifestations du pluralisme juridique en France, thèse de doctorat en droit public , université Grenoble II ,2007, P97.

41 -Frédéric Buy , op cit , p32.

42 -G.Simon , puissance sportive et ordre juridique étatique, Paris, LGDJ ,1990, p115.

43-Frank Latty , op cit , p285.

44 -Jean-Loup Chappelet, De L'autonomie du sport En Europe, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2010, aux pp11 et ss.

45- أحمد الورفلي ، المختصر في القانون الرياضي ، ط 3، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس 2015 ، ص 141.

46- انظر المادة 91 من القانون 13–05 المؤرخ في 2013/07/23 المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها.

47- أحمد الورفلي ، م س ، ص 141.

48 -Michel Virally , le doit international en devenir , GIP, Genève 1990, https://books.openedition.org , consulté le 01/04/2020.

49 -Sabine Lavorel , op cit, p 83.

50 -Kaarlo TUORI , vers une théorie du droit transnational, Revue Internationale de Droit Économique – 2013/1 , p21. Diffusée sur www. Cairn.info consultée le 16/03/2020.

51 - سامي بديع منصور ، م س ، ص 610.

52- سامية راشد ، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1986، ص 57.

53-عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت 2008، ص 34 .

54-أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2008 ، ص 32.

55 - سامي بديع منصور ، م س ، ص610.

56- l'article 64 de ses statuts pour la version de 2011 :«(1) Les confédérations membres et les ligues s'engagent à reconnaître le TAS comme instance juridictionnelle indépendante. Ils s'engagent à pendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres ainsi que leurs joueurs et officiels se soumettent à l'arbitrage du TAS. Les mêmes dispositions s'appliqueront aux agents de matches et aux agents de joueurs licenciés.
(2) Tout recours devant un tribunal ordinaire est interdit, sauf s'il est spécifiquement prévu par les règlements FIFA.
(3) Les associations doivent insérer dans leurs statuts une disposition selon laquelle leurs clubs et leurs membres ne peuvent pas porter un litige devant les tribunaux ordinaires mais doivent soumettre tout différend éventuel aux organes juridictionnels de l'association de la confédération ou de la FIFA ».

مظاهر تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية من خلال هيمنة المصادر الدولية

ASPECTS OF THE INTERNATIONALIZATION OF NATIONAL CONSTITUTIONS IN THE FIELD OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS THROUGH THE DOMINANCE OF INTERNATIONAL SOURCES

علي معزوز [1]

[1]كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة البويرة (الجزائر) a.mazouz@univ-bouira.dz

تاريخ الإرسال: 2021/10/05 تاريخ القبول:04/ 2021/11 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

ملخص

تتجاوز ظاهرة تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية دراسة العلاقة بين القانونين الداخلي والدولي، وتتجلى من خلال هذا التأثير العام للقانون الدولي بصفة عامة والقانون الدولي لحقوق الإنسان بصفة خاصة على القواعد الدستورية، حيث يطال التدويل قواعد الحماية الموضوعية والحماية الإجرائية للحقوق والحريات الأساسية، في هيمنة واضحة للمصادر الدولية على المصادر الداخلية، ويمتد ليؤثر حتى على السلطات العامة في الدولة، وعلى المؤسسات الدستورية فيها.

الكلمات المفتاحية: تدويل الدساتير؛ مصادر دولية؛ مصادر داخلية؛ حقوق الإنسان؛ حريات أساسية؛ حماية موضوعية؛ حماية إجرائية.

Abstract:

The phenomenon of internationalizing national constitutions in the field of fundamental rights and freedoms exceed beyond the study of the relationship between internal and international law. That’s case is reflected through this general impact of international human rights in general ,and international human rights law in particular on constitutional rules. As internationalization affects the rules of substantive protection and procedural protection of fundamental rights and freedoms. Within a clear domination of international sources over internal sources, this extends to affect even the public authorities in the State, and the constitutional institutions that are linked to them.

Key Words: Internationalization of constitutions; International sources; Internal sources; human rights; basic freedoms; substantive protection; procedural protection.

المؤلف المرسل:علي معزوز، الإيميل المهني: a.mazouz@univ-bouira.dz

مقدمـــة:

لا يمكن الاعتماد على دراسة العلاقة ما بين القانونين الداخلي والدولي لفهم ظاهرة تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية، كما لا تعني الظاهرة إيجاد نظريات جديدة لتوضيح هذه العلاقة، أو الدخول في الجدل مابين النظريتين القائمتين (الوحدة والثنائية)؛ صحيح أن هذه المواضيع مهمة لكن ظاهرة تدويل الدساتير الوطنية في هذا المجال الدقيق تتجاوزها.

ننطلق في فهم تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية من هذا التأثير العام للقانون الدولي على الدستور في مجمله، بل إن هذا التأثير لا يقف عند القواعد، بل يطال أيضا السلطات العامة في الدولة التي تضع وتنفّذ وتطبق هذه القواعد، وعلى وجه التحديد والوضوح القواعد الدستورية المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

فحتى وإن كان الدستور يُعدّ فضاءً للتعايش مابين السلطة والحرية، ويتضمن بالتالي قواعد تحدد مجال ممارسة السلطة؛ إلا أن القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية تشكل السمة الواضحة للوظيفة الحقيقة للدساتير الوطنية؛ لأن غاية الدساتير الشرعية والديمقراطية هي البحث عن تطبيق القواعد التي تضمن أكبر قدر ممكن من الحماية للحقوق الفردية، سواء كانت ذات مصدر دولي أو داخلي.

لقد بات من الصعب تقبل استئثار الدولة بوضع قواعد دستورية داخلية تضمن منظومة الحقوق والحريات الأساسية؛ لأن الدولة طرف أساس في معادلة الحقوق والحريات، بل إنها في أغلب الأحيان تُعدّ المتهم الأوحد بانتهاك هذه الحقوق والحريات، لذلك شهدنا ونشهد باستمرار نفوذ سلطان التدويل إلى الحقوق والحريات، بل وعدم الاكتفاء بالحماية الموضوعية، إذ تعدى ذلك إلى آليات وإجراءات ضمانها، فتعززت بالفعل المنظومة الداخلية للحقوق والحريات وأصبحت امتدادا للتشريع الدولي.

أدى كل ذلك إلى تفوق وهيمنة واضحين للمصادر الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على المصادر الداخلية، وبات مطلوبا من القواعد الدستورية الوطنية والمصادر الوطنية ضرورة تحمل ضغوط القواعد الدولية والتعايش معها وهو ما يتطلبه التدويل.

ستتناول هذه الدراسة مظاهر هذا التدويل في مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من خلال محاور تتركز أساسا في: مظاهر التأثير العام للقانون الدولي على الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية؛ وفي الاعتماد الكلي على المصادر الدولية وهيمنتها في هذا المجال؛ وفي التماس مظاهر هذا التأثير كذلك على السلطات العامة في الدولة وفي مختلف الأجهزة والآليات المتعلقة بالحقوق والحريات كصورة أخرى –وإن كانت نسبية– من صور التدويل ؛ مع التعريج على المقاومات والتحمل الذي مازالت تتحلى به القواعد الدستورية ذات المصدر الداخلي في مجال الحقوق والحريات الأساسية ضد تسرب ونفوذ سلطان التدويل إليها، وهي مقاومات تتعلق أساسا بالحاجز الثقافي والخصوصية الثقافية المعبر عنهما عادة بالمجال المحجوز للدولة.

المبحث الأول: مظاهر تدويل الدساتير الوطنية في مجال الحماية الموضوعية للحقوق والحريات الأساسية

يعدّ القانون الدولي المصدر الأساسي والمكان الطبيعي لحقوق الإنسان، ومع ذلك فإن النشأة الأولى لحقوق الإنسان كانت على الصعيد الداخلي، في شكل أفكار ونظريات فلسفية تطورت لتصبح مبادئ قانونية تضمنها الدساتير الوطنية والقوانين الداخلية، غير أن هذه المقاربة الداخلية لحماية حقوق الإنسان عجزت عن توفير الحماية اللازمة والكاملة للإنسان وحقوقه، فكان لزاما تدويل هذه الحقوق، وانتقالها إلى مجال القانون الدولي، حيث طُورت بشكل كمي ونوعي، ثم عادت الدساتير الوطنية من جديد لتنهل منها(**المطلب الأول**).

إن اعتبار الاتفاقيات الدولية مصدرا من مصادر القاعدة القانونية الداخلية، بل وضمان سمو هذه الاتفاقيات على القوانين الداخلية، وفي حالات عدة سموها –خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان– حتى على الدستور، يُعدّ مظهرا جليا لتدويل الدساتير الوطنية في مجال حقوق الإنسان، وهيمنة واضحة للمصادر الدولية في هذا المجال(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: قواعد القانون الدولي كمصدر مباشر للحقوق والحريات الأساسية

لا يمكن أن ننكر أن المصدر الأول لحقوق الإنسان كان الدساتير الوطنية، خاصة تلك النصوص المرجعية في هذا المجال[1]، وهو أمر طبيعي كون القانون الدستوري أسبق في وجوده من القانون الدولي بصفة عامة والقانون الدولي لحقوق الإنسان بصفة خاصة، ما ترتب عنه آليا انتقال قواعد حقوق الإنسان من القانون الداخلي، وبالضبط من الدساتير الوطنية إلى القانون الدولي[2].

وضع لم يعمر طويلا، بعدما تأكد أن الدساتير الوطنية لا يمكنها حماية حقوق الإنسان بالشكل الذي يطمح إليه الأفراد، ذلك أن الدولة في معادلة حقوق الإنسان طرف أساس، ومتهم طبيعي بانتهاك حقوق الأفراد؛ لذلك ما لبثت أن عادت مبادئ حقوق الإنسان إلى القانون الدولي؛ ليطورها ويوسعها ويضمن لها آليات التطبيق والحماية، ويعيدها إلى الدساتير الوطنية مصدرها الأول، لكن في شكل متجدّد، متطور، ومتحرّر من قيود السيادة.

إن تعدد النصوص الدولية لحماية حقوق الإنسان هو نتيجة مباشرة لما بعد الحرب العالمية الثانية، بعدما تبين أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات لوحدها لم تعد كافية في مواجهة الدولة، لذلك أُريد رفع حقوق الإنسان إلى مستوى القانون الدولي؛ للبحث عن حماية أكبر[3].

نتج كذلك عن نهاية الحرب الباردة من تسعينيات القرن الماضي تجديد دستوري واسع النطاق في عدة دول، بعودتها إلى الديمقراطية والحرية، فاحتلت حقوق الإنسان وحرياته الأساسية موقعا متقدما في النصوص الدستورية الجديدة[4].

كانت النصوص الدولية لحقوق الإنسان هي المرجعية الأولى والمصدر الجاهز الذي يمكن النهل منه؛ مما تطلّب خضوع إرادة المؤسسين الدستوريين للقانون الدولي، وهيمنت حينها المصادر الدولية على

المصادر الداخلية، كونها كانت جاهزة ومتطورة وتضمن حماية أكبر وحيادا أكبر، بل وميولا واضحا للفرد في مواجهة الدولة في معادلة الفرد – السلطة.

هذا التأثير الكبير للقانون الدولي على الدساتير الوطنية، خاصة في فرعه المتعلق بحقوق الإنسان، حمل بعض الفقهاء على تسمية ذلك بعملية "تدويل القانون الدستوري"[5]، أو "القانون الدستوري الدولي"[6]، أو"تدويل الدساتير الوطنية"[7].

إن هذه التأثيرات ذات أوجه متعددة، وتزداد باضطراد، وعلى الأخص في زمن العولمة، وأن النقطة الهامة لهذه التأثيرات تتعلق بحماية حقوق الإنسان، التي تتداخل وتتكامل فيها أدوات ووسائل ترسيخ وحماية حقوق الإنسان الدولية والإقليمية مع القواعد الأساسية للدستور، وكذلك مع التصورات القيمية الموجودة، سواء على الصعيد العالمي أو الإقليمي أو الوطني[8] .

يمكن وفقا لـ: "لتويرر (therer) " تحديد أربعة أصناف لهذه التأثيرات كالأتي[9]:

1-القانون الدولي كمصدر ملهم للدستور كما هو الحال في دساتير بعض دول أمريكا الجنوبية؛

2-القانون الدولي كمصدر مرافق للدستور كما هو الحال في دستور أفغانستان؛

3-القانون الدولي كمصدر موجه للدستور كما هو الحال في دستور تيمور الشرقية؛

4-القانون الدولي كمصدر مؤسس للدستور كما هو الحال في دستور كوسوفو.

يظهر أن السمة الغالبة في أصناف كل هذه التأثيرات هو القانون الدولي لحقوق الإنسان، أي مجال الحقوق والحريات، وسبب ذلك الأول هو أن القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدستوري تجمعهم دائما نقطة مشتركة تتعلق بحقوق الإنسان، فأسمى أنواع تأثير القانون الدولي على الدساتير الوطنية يظهر في مجال حقوق الإنسان، وهذا راجع إلى التطابق الموجود بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدستوري.

يتجلّى هذا التطابق الظاهر ما بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والدستور، في أن كليهما ينظّم علاقة عمودية طرفاها السلطة من جهة والشعب(الأفراد) من جهة أخرى.

يبدو إذن أن خضوع إرادة المؤسسين الدستوريين للقانون الدولي، خاصة في فرعه المتعلق بحقوق الإنسان، لم تعد محل شك، وقد تأكد –على الأقل– عدم إمكانية تجاوز هؤلاء المؤسسين الدستوريين للقانون الدولي عند صياغة الدستور أو تعديله، ويمكن التماس ذلك من خلال هذا التضمين الواسع للحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في النصوص الدولية ضمن الدساتير الوطنية.

يقرّ الدستور الجزائري بهذا الخـــضوع رغم المقاومات التي يبديها والمستمدة من خصوصـــيته الثقافية الدينية.

فقد جاء في ديباجة الدستور الجزائري لعام1996 المعدّل عام2020 ما يلي: " يُعبّر الشعب عن تمسكه بحقوق الإنسان المنـــصوص عليها في الإعلان العالمي لـــحقوق الإنسان لعام 1948 والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر". ثم جاء تفصيل لهذه الحقوق والحريات في الباب الثاني.

لا تقتصر الحقوق والحريات في هذا الدستور على الباب المخصص لها، إنما هناك مواد أخرى في صلب الدستور تضمن هذه الحقوق والحريات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما تمتد أيضا الحقوق والحريات إلى قواعد أخرى استخلصها المجلس الدستوري، وبسط لها حمايته، فتوسعت بذلك دائرة الكتلة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الدستور الجزائري[10].

المطلب الثاني: ضمان سمو الاتفاقيات الدولية باعتبارها مصدرا رسميا للحقوق والحريات الأساسية.

إن من مظاهر تدويل الدساتير الوطنية التي طالت الحقوق والحريات الأساسية هو الارتكان للنصوص الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة، الملزم منها وغير الملزم، والنهل منها كمصدر مباشر لتبني مجموع الحقوق والحريات الأساسية داخليا، وضمان سمو هذه الاتفاقيات الدولية خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان على القوانين الداخلية وأحيانا على الدساتير في حد ذاتها.

تُحدد العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية من قبل القانونين معا، القانون الدولي والقوانين الداخلية. فإذا كانت القوانين الداخلية تختلف فيما بينها في ترتيب هذه العلاقة بين من تعترف بسمو القانون الدولي حتى على الدستور، وسمو القانون الدولي على القوانين العادية فقط، ومساواة للقانون الدولي بالقوانين العادية، فإن القانون والقضاء الدوليين يؤكدان دائما على سمو القانون الدولي على القوانين الداخلية، وعندما يؤكدان هذا السمو فيقصدان سموه على جميع القوانين الداخلية دون تمييز بما فيها الدستور.

يظهر سمو القانون الدولي على القوانين الداخلية من خلال بنود الاتفاقيات الدولية عندما تتصدى لتحديد للعلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية، إذ تؤكد دائما على سمو القانون الدولي على القوانين الداخلية، ولا يمكن أن نتصور عكس ذلك، فالمادة (27) والمادة (46) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات مثلا تتحدث عن عدم إمكانية التذرع بالقوانين الداخلية للتحلل من الالتزامات الدولية[11].

كما أن ميثاق الأمم المتحدة أكد سموه على جميع المعاهدات الدولية الأخرى، وعلى القوانين الداخلية، وبل إمكانية تطبيقه حتى على الدول غير الأعضاء في مجال الحفاظ على السلم والأمن الدوليين[12].

كما أن العديد من الاتفاقيات الدولية، خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان، أكدت على هذه العلاقة القائمة أساسا على سمو القانون الدولي، وضرورة منح هذه الاتفاقيات أولوية التطبيق داخل الدول[13]. حيث يعزز إدراج الاتفاقيات الدولية بصفة عامة وتلك المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة خاصة المنظومة الداخلية المتعلقة بحقوق الإنسان؛ فيصبح التشريع الوطني امتداد للتشريع الدولي.

يظهر إذن تأثير وهيمنة المصادر الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، خاصة تلك التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، من خلال هذا السمو الذي يُمنح للاتفاقيات الدولية من قبل القانونين معا، الداخلي والدولي، وبمواد صريحة؛ فالمشرع الوطني نفسه هو من يقر بسمو القانون الدولي على ما يشرعه من قوانين.

أثّر ذلك كله على تطور المركز القانوني للفرد، فبعدما كان الفرد يُخاطب وفقط من قبل الأنظمة القانونية الداخلية، أصبح الآن مُخاطبا مباشرة بنصوص دولية، مما يؤهله لأن يصبح شخصا قانونيا دوليا بامتياز فيما هو قادم من تطور في مجال القانون الدولي.

ما تزال الشخصية القانونية الدولية للفرد حاليا محل جدل، ولكن يمكن القول أن هناك دلائل قوية على إمكانية اعتباره شخصا قانونيا دوليا –ولو بحذر– على الأقل في مجال حقوق الإنسان، وفي مجال المسؤولية الجنائية الدولية، حيث تتحقق أهلية التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، وهي مقومات الشخصية القانونية في نظام قانوني معين.

أدى ذلك إلى بروز فهم جديد للقانون الدولي يقوم على إعادة هيكلة الشرعية القانونية الدولية لتقوم على البشر بدل الدول، وهو فهم إجباري فرضته المكانة المتميزة التي أضحى يتمتع بها الأفراد في إطار القانون الدولي، وانتشار الديمقراطية وحقوق الإنسان، وسعي الأفراد في ظل عولمة مستبدّة للدفاع عن مصالحهم المشتركة في إطار نظام المواطن العالمي[14].

ساعد على ذلك أيضا تطور ونمو المنظمات الدولية، باعتبارها هيئات فوق دولية، تمارس صلاحيات مباشرة على الدول الأعضاء، لاسيما تلك المنظمات التكاملية، حيث يعدّ الاتحاد الأوربي أنموذجا متطورا جدا لهذا النوع من المنظمات، وقد باءت بالفـــشل كل محاولات تقليده في مناطق إقلـــيمية أخرى [15].

تسمو في الجزائر الاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور على القوانين الداخلية، وذلك بصراحة نص المادة 154 من الدستور الجزائري الحالي[16]. وتحتكم لشروط الدستور حتى يتم التصديق عليها، فهي بذلك لا تسمو على الدستور، وهو ما تؤكده المادة 198 من الدستور الحالي(2020)، حيث بعد إخطار المحكمة الدستورية بشأن دستورية المعاهدات قبل التصديق عليها وفقا للمادة 190، ورأت المحكمة الدستورية عدم دستوريتها فلا يتم التصديق عليها[17].

مع ذلك يمكن الجدل حول إمكانية سمو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان حتى على الدستور، ذلك أن أي تعديل دستوري لا يمكنه أن يمس الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن(المادة 223 من الدستور الجزائري)، وهذه الحقوق والحريات كما أكدت ذلك هذه الدراسة تجد مصدرها الأول في مجمل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بها.

فما دام التعديل الدستوري لا يمسها، وتعدّ بذلك مادة دستورية صماء، فبالتالي يمكن القول إن النصوص التي تتضمنها، وأغلبها نصوص دولية، تسمو حتى على الدستور.

ما يؤكد هذا الاستنـــتاج هو خروج حقـوق الإنـــسان – كما يؤكد ذلك أغلب الفقهاء – من المجال المحجوز للدولة، بعدما أصبـــحت قضية عالمية تهم الإنسانية جمعاء وقواعدها أضحت قواعد آمرة(jus cogens) تهم الكافة ويُتحجّج بها قبل الكافة[18] .

كما كان للقانون الجماعي الذي ظهر وتطور عقب الحرب العالمية الثانية ونموذجه القانون الجماعي الأوروبي تأثير قوي في الأنظمة القانونية الداخلية، ليس فقط العادية إنما الدستورية كذلك[19]، فقد تفاعلت العديد من الدول مع الهيئات فوق الوطنية التي يمثلها هذا القانون الجماعي، ووجدت نفسها مجبرة على إجراء تعديلات دستورية من أجل تسهيل عملية تفويض صلاحيات الوطنية إلى هذه الهيئات فوق الوطنية، وتحقيق التجانس ما بين المبادئ الدستورية الوطنية وقواعد القانون الدولي[20].

لقد نصت بعض الدساتير الوطنية صراحة في هذا الصدد أن الإقرار بعدم دستورية معاهدة معينة، لا يؤدي فقط إلى استبعاد المصادقة عليها، بل يمكن أن يكون ذلك سببا لإجراء تعديل دستوري من أجل أقلمة القواعد الدستورية مع بنود الاتفاقية الدولية. فقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن المعاهدة المتضمنة الدستور الأوروبي تتضمن أحكاما متعارضة مع الدستور الفرنسي، وبالنتيجة فإن المصادقة عليها تتطلب بالضرورة تعديل أحكام الدستور الفرنسي لتصبح المعاهدة جزءا من النظام القانوني الداخلي[21].

كل ذلك يدل على هيمنة المصادر الدولية على المصادر الداخلية في مجال الحقوق والحريات الأساسية؛ لتطال هذه الهيمنة في الكثير من الأحيان القواعد الدستورية، ولا تتوقف عند القواعد العادية. مع ذلك تبقى القواعد الدستورية في مركز المراقب الذي لا يسمح بتغلغل القانون الدولي ضمن الأنظمة القانونية الداخلية إذا كان متعارضا مع أحكام الدستور، فإذا تقرر السماح بهذا التسرب للمحافظة على هذا السمو –على الأقل الشكلي– للقواعد الدستورية، سيتم اللجوء إلى تعديل الدستور، في نوع من أنواع التضحية من قبل القواعد الدستورية، وذلك تحت ضغط قواعد القانون الدولي من جهة وبحثا كذلك عن سمو دائم للقواعد الدستورية ولو شكليا من جهة أخرى.

بما أن المعاهدة تسمو على القوانين، فإن تطبيقها كأصل عام إذا كانت متعارضة مع التشريع يكون إعمالا لمبدأ تدرج القوانين، وبالتالي تمنح الأولوية على ما دونها من قوانين عادية. وتلغيها إما صراحة، عندما يأخذ المشرع بعين الاعتبار هذا التعارض في تعديله لهذا القانون، وإما ضمنا إذا لم يأخذه بعين الاعتبار، وهو الحل الذي انتهجه القضاء الجزائري مع قضية "الإكراه البدني" في المواد المدنية والتجارية، والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قبل تعديله)، والتي تسمح بحبس المدين الذي يعجز عن تسديد دينه التعاقدي في المواد المدنية والتجارية، وهو ما يتنافى ونص المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، التي تقضي بعدم حبس هذا المدين، ولأن الجزائر صادقت ونشرت هذا العهد في الجريدة الرسمية، فإن نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلق بذلك أصبح ملغى ضمنيا بنص هذه المادة للفترة التي سبقت تعديل هذا القانون، ثم جاء تعديل 2008 ليلغي الإكراه البدني صراحة، تطبيقا للمادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمصادق عليه من قبل الجزائر[22].

هو إذن مظهر آخر من مظاهر هذه الهيمنة للمصادر الدولية على المصادر الداخلية، حيث يستطيع المواطن الجزائري التحجج والتمسك بهذه النصوص أمام القضاء الجزائري، خاصة تلك التي لم

ينص عليها النظام القانوني الجزائري، والقضاء ملزم بتطبيق هذه النصوص، وهو الأمر الذي أكده المجلس الدستوري في قراره الشهير الصادر في 20 أوت 1989 حيث جاء في إحدى حيثياته: " تندرج كل اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى (المادة123 من الدستور1989)، (132 من دستور 1996)، (154 من التعديل الدستوري لعام 2020) سلطة السمو على القانون، وتخول لكل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"[23].

المبحث الثاني: امتداد مظاهر التدويل إلى المؤسسات الدستورية وآليات الحماية الإجرائية للحقوق والحريات الأساسية

يمتد تأثير التدويل على الدساتير الوطنية في مجال الحقوق والحريات الأساسية ليشمل الحماية الإجرائية للحقوق والحريات الأساسية، ولا يتوقف عند الحماية الموضوعية، وتظهر مظاهر هذا التدويل من خلال التأثير على المؤسسات الدستورية في الدولة ذات العلاقة بحماية حقوق الإنسان **(المطلب الأول)** ومن خلال كذلك تكييف آليات ووسائل الحماية الإجرائية الداخلية للحقوق والحريات الأساسية مع ما تقتضيه القواعد الدولية**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: من خلال التأثير على المؤسسات الدستورية في الدولة

أدى تطور العلاقات الدولية ما بين الدول إلى تداخل كبير في الصلاحيات ما بين الدساتير الوطنية والمؤسسات الدستورية التي تمثلها من جهة، والقانون الدولي من جهة أخرى، وأحدث ذلك تقاربا كبيرا أيضا على صعيد المفاهيم والقيم الدستورية والقانونية[24].

ساعد على ذلك تراجع مفهوم السيادة، من السيادة المطلقة إلى السيادة النسبية، حيث لم يعد للسيادة في إطار القانون الدولي المعاصر المفهوم ذاته الذي تبناه القانون الدولي التقليدي[25].

فقد أعادت حقوق الإنسان تكييف المفهوم المطلق التقليدي للسيادة؛ ليستجيب لتطورات الإنسانية ويواكبها ويصبح مفهوما نسبيا، تخرج من خلاله حقوق الإنسان من المجال المحفوظ للدولة، وتصبح سيادة الدولة مقيدة في الكثير من المستويات بقواعد ومعايير دولية عالمية وإقليمية؛ لذلك يمكن القول أن حقوق الإنسان غيّرت وجه السيادة[26]، فنقلتها من السيادة المطلقة إلى السيادة النسبية.

لم يكتف القانون الدولي بصفة عامة والقانون الدولي لحقوق الإنسان بصفة خاصة بالتأثير على السيادة كمفهوم سياسي وقانوني فحسب، إنما تجاوز ذلك للتأثير على المؤسسات الدستورية العامة في الدولة، والتي تتجسد السيادة من خلالها وتُمارس بواسطتها.

فقد أدى تطور دور المنظمات الدولية في صياغة وإعداد القواعد القانونية في شكل اتفاقيات دولية بطريقة تشبه كثيرا الطريقة الداخلية في التشريع، إلى تنامي عدد هذه الاتفاقيات الدولية باضطراد، وتنامي مجالات اهتمامها وتنوعها، فأصبحت هذه المنظمات عندما تمارس أهليتها في التشريع تشبه السلطة التشريعية العالمية التي تعلو وتشرّع لكل الدول.

لقد أصبح واضحا الآن أن الاختصاص الأصلي للسلطة التشريعية الداخلية في صياغة القواعد

القانونية قد مسه التعديل بصورة ملموسة، نتيجة توجه الدول وقبولها فكرة تنظيم الحقوق الأكثر تبادلا للنشاط الإنساني في شكل مشترك تحت قبعة منظمة دولية عالمية أو إقليمية معينة في شكل معاهدات دولية تبرمها الدولة أصلا ضمن هذه المنظمات الدولية، مما يمكن الاستنتاج معه أن نشاط المشرع الوطني وأحيانا المؤسس الدستوري أصبحا موجها من قبل كل هذه التأثيرات[27].

تأكيدا لكل ذلك اعتبر "كوفي أنان" الأمين الأممي السابق في مشروعه الذي طرحه على الجمعية العامة في دورتها 54، أن السيادة لم تعد خاصة بالدولة القومية التي تعتبر أساس العلاقات الدولية المعاصرة، ولكن تتعلق بالأفراد أنفسهم، وهي تعني الحريات الأساسية لكل فرد، والمحفوظة من قبل الأمم المتحدة، وقد دعا بذلك إلى حماية الوجود الإنساني للأفراد وليس حماية الذين ينتهكونه. وبذلك يكون "أنان" قد أزال العقبات أمام المنظمات الدولية لتباشر أعمالها في مشروع التدخل لوقف انتهاكات حقوق الإنسان من دون تفويض من الأمم المتحدة.[28].

تُضيّق الاتفاقيات الدولية المعدة من قبل المنظمات الدولية، خاصة تلك الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، من مجال تحرك وعمل المشرع الوطني، بل وتوجهه كذلك، حين تطلب منه ضرورة مواءمة ما يُصدره من تشريعات مع تلك الواردة في المعاهدة، أو تطلب إليه كذلك اعتماد تشريعات ضرورية للتطبيق الكامل والفعال للمعاهدة؛ إن هذا التضييق على الوظيفة التشريعية الوطنية من قبل القواعد الدولية قد جوبه بمقاومة وطنية، فقد سعت الدول دائما لإيجاد بعض الضوابط والقيود لتطبيق القواعد الدولية التي تتوجه بالخطاب لمواطنيها والقابلة للتطبيق على إقليمها[29].

الأكـــثر من هذا يقع على عاتق السـلطة التشريعية واجـــب تعديل بعض التشريعات الداخلية التي اعتمدتها من قبل، من أجل أن تتلاءم ولا تتعارض مع التزامات الدولة الدولية، المعبر عنها في الاتفاقيات الدولية المبرمة والمصادق عليها، أو اعتماد تشريعات جديدة كليا من أجل وضع هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ، ثم مراعاة مستقبلا عدم تعارض أي تشريع لاحق مع ما ورد في هذه الاتفاقيات؛ وهو ما يعبر عنه عند بعض الفقهاء بعملية "تدويل العمل التشريعي"[30].

يظهر جليا أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يفرض الآن ضغطا متصاعدا على السلطة التشريعية، ويشاركها التشريع بقواعد دولية تسمو على القوانين الداخلية، ويوجهها ويرسم لها حدودا لا يمكن أن تتعداها، مادام الأمر يتعلق بحقوق الإنسان التي تنظر لإنسانية الإنسان مجردة من أي اعتبارات وطنية، وقد خرجت قواعدها من المجال المحجوز للدولة، فهو الآن(القانون الدولي لحقوق الإنسان) يقيّد الاستقلالية التشريعية للدول.

يؤثر أيضا القانون الدولي في السلطة التنفيذية، كون هذه الأخيرة صاحبة القرار الرئيس في مجال العلاقات الدولية. فمجمل الدساتير الوطنية الحديثة تمنح رئيس الدولة أو الحكومة وظيفة تمثيل الدولة في علاقاتها الدولية[31].

لقد أدى اعتبار المعاهدات الدولية مصدرا رئيسا من مصـــادر القانون الدولي عامة والقانون الدولي

لحقوق الإنسان خاصة، إلى مزيد من المتاعب للسلطة التنفيذية، كما أدى التفوق التقليدي للسلطة التنفيذية في مجال إبرام وعقد الاتفاقيات الدولية إلى المزيد من الترابط والتشابك والمزيد من الصلاحيات وما يترتب عنها من تعقيدات ما بين السلطة التنفيذية صاحبة الاختصاص الأصيل في إبرام الاتفاقيات الدولية من جهة والقانون الدولي من جهة ثانية.

لذلك يمكن القول أن هناك تأثيرا مزدوجا ومتناقضا في نفس الوقت من قبل القانون الدولي خاصة المتعلق بحقوق الإنسان على السلطة التنفيذية، فمن جهة استفادت السلطة التنفيذية من هذا التدويل المتزايد لكل ما هو نظام قانوني داخلي، وذلك بتوسع صلاحياتها داخليا وخارجيا من خلال المساهمة في خلق القاعدة القانونية الدولية عند عقد وإبرام الاتفاقيات الدولية[32].

من جهة أخرى كان هذا التأثير سلبيا على السلطة التنفيذية، حيث فقدت العديد من صلاحياتها التقليدية لصالح كيانات أخرى فوق دولية في غالب الأحيان(المنظمات الدولية الحكومية) ودون دولية أحيانا أخرى(المنظمات الدولية غير الحكومية والشركات المتعددة الجنسيات)، ويظهر ذلك جليا في تقييد مفهوم سيادة الدولة، واستفادة حقوق الإنسان من ذلك بخروجها من المجال المحجوز للدولة، ولم يعد مصير حقوق الإنسان يُقرَر من قبل الدولة وفقط إنما الاعتبار الأول يعود للمجتمع الدولي وللقانون الدولي لحقوق الإنسان.

أما السلطة القضائية فتتحمل مسؤوليات جديدة تتعلق بتطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان، فالغاية من أي نظام قانوني كان هو تطبيقه الفعلي على الأشخاص الموجه إليهم؛ ولما كان القانون الدولي لحقوق الإنسان يتوجه بخطابه للأفراد، فإن تحقيق الهدف من وجوده ومن إدماجه في المنظومة القانونية الداخلية هو تطبيقه فعلا وبفعالية على الحالات الفردية داخل إقليم الدولة ومن قبل قضائها.

يبدي القاضي الوطني في العموم تحفظا اتجاه القانون الدولي، وغالبا ما يكون قليل الألفة معه[33]، كون القاضي الداخلي يستمد صلاحياته من الدستور، ولا يعتبر نفسه مؤهلا لتطبيق القانون الدولي على الحالات الفردية، إلا إذا وجد من أجل ذلك سندا صارما بما فيه الكفاية ومجرّدا من الالتباس في النص الدستوري نفسه، فيعتبر نفسه حينها ائتمر بأمر دستوره وليس بأمر خارج عنه[34].

أما تأثير القانون الدولي لحقوق الإنسان على القضاء الدستوري الوطني فيحتم على الاثنين إيجاد نوع من رقابة التعايش ما بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الدولي، ورغم المصاعب التي أضافها هذا الدور للقضاء الدستوري[35]، إلا أن العملية ممكنة وذلك بإعادة تنظيم علاقة القانون الدستوري بالقانون الدولي وإدراج قواعده ضمن الكتلة الدستورية، لتُبنى على التعايش والتجاوب والتكامل أو بالأحرى لتبنى على الحوار[36].

يبدو إذن أن وظيفة القاضي الوطني في تطبيق القواعد الدولية بصفة عامة وتلك المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة خاصة هي مهمة معقدة وغير عادية ومثقلة بعدة اعتبارات خاصة تلك التي تتحكم في

العلاقات الدولية (السياسة والمصالح) حيث أغلب الاتفاقيات الدولية ظاهرها تعاون دولي وباطنها مصالح وأبعاد سياسية، حينها يجد القاضي الذي يسعى لتطبيق القانون دون أي اعتبارات أخرى صعوبة كبيرة في التعامل مع هذا الواقع الغريب عنه، ومع ذلك هو ملزم بالانتصار للمنتهكة حقوقهم المطالبين بتطبيق الحقوق الواردة في مجمل الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان خاصة، وفي القانون الدولي عامة.

المطلب الثاني: التدويل النسبي من خلال آليات ووسائل الحماية الإجرائية للحقوق والحريات الأساسية

إن الإقرار بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النصوص الدولية أو حتى الداخلية، وهو ما يشكل حماية تشريعية لها، ليس غاية في حد ذاته إنما مجرد وسيلة لتحقيق الغاية السامية من وراء كل ذلك ألا وهي حماية إجرائية فعلية ملموسة لهذه الحقوق والحريات الأساسية، فما جدوى حقوق من دون حماية؟ حيث يبقى عنصر الحماية هو أهم مكون للحق بصفة عامة.

أضف إلى ذلك أن حقوق الإنسان ليست في حاجة إلى قوائم جديدة بقدر ما هي في حاجة التي تطبيقي فعلي وفعال للحقوق الموجودة أصلا، فغاية حقوق الإنسان إذن هي تمكين الأفراد المنتهكة حقوقهم من آليات ووسائل يلجؤون إليها للمطالبة بحقوقهم وحمايتها في مواجهة الدولة.

قد تكون هذه الآليات والأجهزة داخلية ولكن لا يمكن تصور فعاليتها في حماية حقوق الإنسان بالشكل الذي يرغب فيه الأفراد، مادامت تُنشأ من قبل الدولة، وتخضع لها، بينما الآليات والوسائل التي تنشئها المنظمات الدولية أو تتضمنها اتفاقيات دولية، يمكنها ضمان حماية فعالة وضمان رقابة دولية على مدى تمتع الأفراد بحقوقهم داخل الدولة، غير أن ذلك يبقى مرهونا دائما باستعداد الدول لقبول الإجراءات المتخذة من قبل هذه الآليات.

لذلك نتحدث هنا عن نسبية التدويل في هذا المجال، إذ مازالت الدول تمتع بسلطة واسعة في قبول اختصاص اللّجان في تلقي شكاوى الأفراد أو قبول لجوء الأفراد إلى المحاكم للنظر في دعاوى مرفوعة من قبل هؤلاء الأفراد على الدول التي تنتهك حقوقهم، فنظام الشكاوى والبلاغات في إطار الأمم المتحدة هو نظام اختياري يتوقف على إرادة الدول، وهو الأمر الذي لا يساعد على تدويل الحماية الإجرائية للحقوق والحريات الأساسية[37].

يصنع النظام الأوروبي لحقوق الإنسان، القائم على التكامل بدل التعاون، الاستثناء في هذا المجال، وذلك بنظامه الرقابي المتطور جدا، والذي يُعتبر محوره الأساسي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك بعدما تمّ التراجع عن النظام المزدوج "لجنة – محكمة"عقب اعتماد البرتوكول الحادي عشر في 01 نوفمبر سنة 1998، إذ كان النظام الرقابي قبل ذلك متوزع بين اللّجنة والمحكمة، وعندما لُوحظ بأنه يُعرقل أكثر ويُعقّد إجراءات الحماية، تّمّ العدول عن إجراء اللّجوء إلى اللّجنة، بحلها نهائيا وإيجاد محكمة جديدة وحيدة دائمة على أنقاض المحكمة القديمة واللّجنة[38].

فإلى جانب الشكاوى التي تقدمها الدول تجاه الأطراف الأخـرى الموقعة على الاتفاقـية –وهذا وفقا لنص المادة 33 من الاتفاقية[39]–فإن الضّمانة الحقيقية التي تميزت بها المحكمة الأوروبية لحقوق

الانسان، والتي تضمن رقابة فعلية وفعالة للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، هي سماحها للأفراد ولمجموعات الأفراد وللمنظمات غير الحكومية بتقديم شكاوى فردية[40].

وقد أتاحت ذلك لكل من يتبع النظام القانوني الأوروبي لحقوق الإنسان، حتى وإن كان لا ينتمي قانونا بجنسيته إلى دولة من دول الاتحاد، بل يكفي أن يخضع الشخص للقضاء الداخلي لأية دولة عضو لكي يتمتع بالحقوق التي تَضْمنها الاتفاقية، في منحى عالمي واضح وتدويل دولي إقليمي لحقوق الإنسان الأوروبي يستفيد منه من يتبع هذا النظام أيضا[41].

ما عدا ذلك فإن حركة المجتمع الدولي على مستوى تقنين حقوق الإنسان(الحماية التشريعية) لا يوازيها تطور مماثل على مستوى الحماية الإجرائية لهذه الحقوق، ومع ذلك يعرف القانون الدولي نوعين من الحماية الإجرائية لحقوق الإنسان، حماية مدنية متفاوتة الفعالية إقليميا وضعيفة عالميا، وحماية جنائية موجودة عالميا وتفتقدها الأنظمة الإقليمية لحماية حقوق الإنسان بما فيها تلك المـــتقدمة في مجال الحماية المدنية[42].

تعتمد الحماية الإجرائية على آليات للرقابة على حقوق الإنسان، وهي أجهزة ومؤسسات تختص بمتابعة وتقييم التزام الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان بالمعايير الدولية الخاصة بحماية حقوق الأفراد، وتنقسم إلى آليات تعاهدية(عامة – مؤسسية) وآليات غير تعاهديه(خاصة) عالمية وإقليمية. فالآليات التعاهدية العالمية هي لجان نصت عليها المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، تختص بالرقابة على احترام الاتفاقية الدولية العالمية الخاصة بحقوق الإنسان التي نصت عليها[43].

تتضمن الاتفاقيات الدولية لحـقوق الإنسان من الناحية الشــكلية بنودا لتعريف وتبيان الـحقوق محل الحماية، وبنودا لآليات الرقابة على تنفيذ هذه الحقوق. حيث تستفيد الآليات التعاهدية– عكس الآليات غير التعاهدية– من القوة الملزمة للاتفاقية حين تصادق عليها الدول وترتضي إجراءاتها.

رغم أن هدف الحماية الإجرائية هو دائما إصدار إلزامات واضحة ودقيقة ومتساوية بالنسبة لجميع الدول، إلا أن ذلك ليس قابلا للتحقيق دائما؛ لأن الدول تمتلك وسائل كثيرة تمكنها من التملص من التزاماتها، حين لا تصادق على الاتفاقيات، أو تتحفظ على بنودها، أو في إطار المعاملة بالمثل، غير أن القانون الدولي لحقوق الإنسان يتميز وينفرد عن غيره من فروع القانون الدولي حين يحد من التحفظات على اتفاقيات حقوق الإنسان، ولا يقبل المعاملة بالمثل، ويعتبر بعض القواعد ذات طبيعة إلزامية تلزم الدول حتى وإن لم تصادق عليها[44].

إن تأكيد نصوص حقوق الإنسان الدولية على الصفة العالمية للإنسان محل الحماية، والمنبثقة من كرامته الإنسانية المتأصلة فيه، وعلى أنه يتمتع بالخصائص نفسها، ويتطلع إلى الحريات نفسها، أيا كان عرقه أو أصله أو جنسه أو معتقده أو جنسيته، يُستشف منه سمة "الموضوعية" لحقوق الإنسان، والتي تُفسَّر على أن التمتع بهذه الحقوق من قِبَل الأفراد لا علاقة له مبدئيا بموقف الدول، وبالتالي وخلافا للحالة العادية للقانون الدولي العام، لا تخضع قواعد حقوق الإنسان لمبدأ المعاملة بالمثل المعروف في

القانون الدولي العام، كما أن لجان الرقابة وضمان تنفيذ اتفاقيات حقوق الإنسان مستقلة تماما عن الدول وتُفسَّر كذلك على أن بعض قواعدها هي قواعد آمرة، والالتزامات الناتـــجة عنها يمكن الاحتـــجاج بها قبل الجميع[45].

يمكن القول في نهاية هذه النقطة أنه ورغم وجود آليات ووسائل داخلية للحماية يمكن للأفراد اللجوء إليها لحماية حقوقهم وحرياتهم الأساسية، على رأسها القضاء وبعض المؤسسات الموكول لها حماية حقوق الإنسان، حيث تتفاوت هذه الآليات من دولة إلى أخرى من حيث فعاليتها في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وذلك حسب السياسة الوطنية المتبعة اتجاه الحقوق والحريات الأساسية، إلا أن التدويل طال هذه الحماية الإجرائية أيضا، ذلك أن الدولة وانطلاقا من كونها طرف أصيل في معادلة حقوق الإنسان لم تستطع ضمان حماية فعالة للأفراد، مع ملاحظة أن التدويل في هذا المجال الإجرائي لم يصل بعد إلى التدويل في مجال الحماية الموضوعية، ولا أدل على ذلك من اشتراط أغلب الآليات الدولية العالمية والإقليمية ضرورة استنفاذ كل طرق الطعن الداخلية.

خاتمة

لقد أصبح من الصعب تقبل انفراد الدول بتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، ما دامت هذه الدول طرف أصيل في العلاقة العمودية التي تربطها بأفرادها.

لذلك نلمس باستمرار تغلغل سلطان التدويل إلى الحقوق والحريات الأساسية، غير آبه بالسيادة وبحدودها، مخترقا بذلك تلك الحدود، وفارضا ضغطا متصاعدا على منظومتها القانونية الداخلية، خاصة بعدما تأكد تراجع مفهوم السيادة من مقاربتها المطلقة، إلى مقاربة نـــسبية تسمح ببعض التنازلات، وبإرادة الدول في حد ذاتها، ومجال هذه التنازلات الأساس هو حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية.

فقد أدى التطور المستمر للقانون الدولي لحقوق الإنسان، خاصة في شقه الاتفاقي، والذي يظهر من جراء القبول المتزايد لقواعده من قبل الدول، والمساعدة والمشاركة في مراحل إدخاله ضمن الأنظمة القانونية الداخلية، إلى تغييرات كمية ونوعية على السلطات العامة في الدولة، زيادة في الصلاحيات أو إنقاصا فيها. كما أثّر كذلك على العلاقة الأفقية بين السلطات الثلاث في حد ذاتها، حتى وضع مبدأ الفصل بين السلطات في الميزان. وأثّر أيضا على العلاقة العمودية التي كانت تربط الفرد بدولته، فأصبحت تقوم على المطالبة والاحتجاج بدل الإذعان؛ بل إن هذه العلاقة اليوم لم تعد تتوقف عند حاجز الدولة والسيادة، إنما تعدتها إلى المجتمع الدولي الفسيح.

كما أن الوظيفة التي كلّف بها الدستور القاضي الوطني قد لحقها التأثير والتعديل كذلك، حيث لم يعد بإمكان القاضي الوطني أن يؤدي دوره في نفس الظروف وبنفس المنطق والطريقة؛ وذلك بسبب تطور القواعد الدولية، وإدراجها في النظام القانوني الداخلي.

لقد بات واضـــحا اليوم الضـغط الذي يفرضه القانون الدولي بصـــفة عامة والقانون الدولي لحقـــوق الإنسان بصفة خاصة على المنـــظومة التشريعية الداخلية، من خلال الاتفاقيات الدولية المـصادق عليها،

والتي أصبحت مصدرا رسميا لحقوق الإنسان، يزاحم بل ويسمو ويهيّمن على المصادر الداخلية. حيث يمكن القول أن القانون الدولي لحقوق الإنسان حاليا بات يقيّد الاستقلالية التشريعية للدول.

وقد طال ذلك أيضا الحماية الإجرائية للحقوق والحريات ولم يتوقف عند الحماية الموضوعية، خاصة بعدما تأكد عدم فعالية الأجهزة والآليات الداخلية لحماية حقوق الإنسان بالشكل الذي يرغب فيه الأفراد، مادامت تُنشأ من قبل الدولة، في المقابل يمكن للآليات والوسائل التي تنشئها المنظمات الدولية أو تتضمنها اتفاقيات دولية، أن تضمن حماية فعالة، ورقابة دولية على مدى تمتع الأفراد بحقوقهم داخل الدولة، ومع ذلك يبقى الأمر مرهونا دائما باستعداد الدول لقبول الإجراءات المتخذة من قبل هذه الآليات، لذلك مازالت حركة التدويل في هذا المجال بطيئة مقارنة بالحماية الموضوعية التشريعية.

إن الدساتير الوطنية وإن أصبح ظاهرا تسرب التدويل إليها، خاصة في مجال الحقوق والحريات الأساسية، وقد أصبح جليا كذلك ضمانها لسمو هذه المصادر الدولية المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد على المصادر التشريعية الداخلية، فإنها مازالت مترددة ومتأرجحة في مسألة سمو المصادر الدولية على القواعد الدستورية في حد ذاتها.

لذلك فالمؤسس الدستوري مطالب اليوم بضرورة مراجعة علاقته بالقانون الدولي وجعلها تقوم على أساس تعايش وتبادل دائمين ما بين القانونين الدستوري من جهة والقانون الدولي، لا سيما المتعلق بحقوق الإنسان من جهة أخرى، خاصة وأنهما يشتركان في نفس الخصائص، ويتحقق هذا التعايش والتعاون والتبادل من خلال إدراج تدريجي للمصادر الدولية ضمن الكتلة الدستورية.

الهوامش

1- شكّلت النصوص الوطنية الدستورية الغربية إحدى الروافد الهامة لحقوق الإنسان كالنصوص الإنجليزية، وعلى رأسها "العهد الأعظم" (MAGNA CARTA) 1215، و"الإعلان الفرنسي1789"، و"الإعلان الأمريكي 1776"، وهي نصوص عبّرت عن بداية فعلية وحقيقية للتأطير الدستوري لحقوق الإنسان- ليس لدى الغرب فحسب- ولكن للعالم أجمع.ومن بين الوثائق الهامة جدّا التي يجب الوقوف عندها - باعتبارها مرجعية تاريخية- "وثيقة المدينة"أو "صحيفة المدينة"، إذ يعتبرها الفقهاء المسلمون أول دستور مكتوب للدولة الإسلامية، ولقد صِّيغ هذا الدستور لينظِّم القواعد الأساسية للدولة الإسلامية الأولى في السنة الأولى هجرية الموفق لسنة622 ميلادية، وقد انتهج في ذلك المبادئ التي تنتهجها الدساتير الحديثة من تنظم للسلطات وتبيان لحقوق الأفراد وحرياتهم.انظر: محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، ضرورات لا حقوق،عالم المعرفة سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1985، ص153. ويستغل الكاتب هذه المساحة ليرد على اللّذين يعتبرون أنه لا دستور للدول الإسلامية في وجود القرآن الكريم، لكن الكاتب يرى بأن وجود القرآن لا يمنع من وجود الدستور، ويستدل على ذلك بدستور المدينة الذي وضعه النبي (صلى الله عليه وسلم) والقرآن مازال ينزل عليه.

2 - قريبا من هذا المعنى انظر: هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة باسيل يوسف، مراجعة وتقديم، أكرم الوتري، بيت الحكمة، العراق 2004، ص21 ؛ انظر أيضا: سلوان رشيد عنجو السنجاري، القانون الدولي لحقوق الإنسان ودساتير الدول، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الموصل، العراق 2004، ص26. انظر أيضا: جورج فيديل، "العدل الدستوري وحقوق الشخصية الإنسانية"، مقال منشور في مؤلف جماعي، تحت إشراف محمد بنونة، بعنوان المجتمع الدولي وحماية الشخصية الإنسانية، ترجمة فاطمة الزهراء أزريول، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية، دار النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب2001،ص61-79، وص69- 70 على وجه التحديد.

3 - Imre SZABO,fundaments historiques et développement des droits de l'homme ,in, Karl VASAK, les dimensions internationales des droits de l'homme UNESCO1978 ;p.11-42,p22

مشار إليه لدى: هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، المرجع السابق، ص368.

4- هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، المرجع السابق، ص368.

5 - من بينهم الألماني(بروان- أوتوبرايدا- Brun- Oto BRYDE)، الذي يرى بأن هناك تداخل وتكامل بين القانون الدولي والدساتير الوطنية ويسمي ذلك بعملية "دسترة القانون الدولي وتدويل القانون الدستوري" وأن هذه العملية ليست مجرد إضافة لما هو موجود في الواقع، بل إنهما تشكلان عمليتان متداخلتان مع بعضهما البعض، لهما جوهر واحد مشترك... إن السلطة السياسية ستكون حينذاك مقبولة فقط شرعيا عندما تصون حقوق الإنسان. انظر: بروان- أوتو برايد، دسترة القانون الدولي وتدويل القانون الدستوري، دراسة منشورة في مجلة ديرشتات، العدد42، السنة 2003، ص ص 61-75 الإحالة هنا إلى ص61، مشار إليه لدى: خانزاد أحمد عبد، القانون الدســـتوري الدولي، دراسة في التأثيرات المتبادلة ما بين قواعد القانون الدســـتوري وقواعـد القانون الدولي، دراسة

تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2011، المرجع السابق، ص134.

6 – من بينهم خانزاد أحمد عبد، في مؤلفه: القانون الدستوري الدولي، المرجع السابق.

7 – هيلين تورار، في مؤلفها: تدويل الدساتير الوطنية، المرجع السابق.

8 – فون بوكداندي. مشار إليه لدى: خانزاد أحمد عبد ، القانون الدستوري الدولي، المرجع السابق، ص171.

9–خانزاد أحمد عبد، المرجع السابق، ص172.

10– قريبا من هذا المعنى، انظر: نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة– مجال ممدود وحول محدود– أطروحة لنيل لدرجة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008–2009، ص15–17؛ انظر أيضا: محمد بجاوي، "المجلس الدستوري، صلاحيات، إنجازات، وآفاق"، الفكر البرلماني، العدد الخامس 2004، ص35–53؛ وفي ذات النقطة يرى سعيد بوشعير أن المجلس الدستوري تفتح ومد يده خارج صلب الدستور إلى الاتفاقيات الدولية، والمبادئ التي أقرها بموجب آرائه وقراراته والديباجة، تماما كما فعل المجلس الدستوري الفرنسي، وهو مطالب بالتمسك بهذا التوجه لتوسعة الكتلة الدستورية بما يكفل ضمانا أوسع للحقوق والحريات، واندماجا أكثر في المنظومة القانونية الدولية مع مراعاة خصوصيات المجتمع المكرسة في الدستور، وبالنتيجة تقييد السلطة. انظر: سعيد بوشعير، المجلس الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2012، ص120–121.

11– المادتين :27،46 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول لعام 1969، صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم: 87–222 مؤرخ في 1987/10/13، ج.ر 1987، العدد42.

12– المادة 103 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المعتمد في سان فرانسيسكو في 26 جوان 1945، دخل حيز النفاذ في 24 أكتوبر 1945، انضمت إليه الجزائر في 8 أكتوبر 1963.المعلومات مستقاة من الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة في نافذته المتعلقة بتاريخ النشأة :
https://www.un.org/ar/sections/history/history-united-nations/index.html.

ونافذة العضوية:

https://www.un.org/ar/member-states/index.html .

13– من أمثلة ذلك نذكر: –الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري: حيث جاء في مادها (2/ج) "على كل دولة طرف في هذه الاتفاقية اتخاذ الإجراءات الفعالة لمراجعة السياسات الحكومية والوطنية والمحلية وتعديل أو إلغاء أو إبطال أية قوانين أو لوائح يكون من نتائجها خلق أو إبقاء التمييز العنصري.– المادة (2/5) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 التي تنص: "لا يجوز تقيد حقوق الإنسان الأساسية المقررة أو القائمة في أية دولة استنادا إلى القانون أو اللوائح أو العرف". – المادة: (3/2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية " تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية الحالية عند غياب النص في إجراءات التشريعية القائمة أو غيرها من الإجراءات باتخاذ الخطوات اللازمة... من أجل وضع الإجراءات التشريعية أو غيرها اللازمة لتحقيق الحقوق المقررة في الاتفاقية ". – المادة 2/5 من نفس الاتفاقية: التي تقرر أنه " لا يجوز

تقييد أي من حقوق الإنسان استنادا إلى القوانين واللوائح أو العرف ....." .والأمثلة في الاتفاقيات الدولية عديدة جدا.

14- خانزاد أحمد عبد ، المرجع السابق، ص147.

15- بيار- ماري دوبوي، القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا، سليم حداد،مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2008، ص171.

16- مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام1442 الموافق 30 ديسمبر2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد82، المادة 154.

17- المادتين190 و198 من الدستور الجزائري(2020).

18- *En effet, avec une autorité supérieure à celle des droits nationaux, les principaux droits de l'Homme sont désormais définis dans des instruments internationaux de caractère universel. Comme l'obligation de les respecter concerne avant tout les rapports de l'État avec ses propres nationaux, il est clair que le droit international pénètre cette fois "au cœur même du sanctuaire de la souveraineté" pour en endiguer les excès les plus graves".* Voire: Gérard Cohn –JONATHAN, Universalité et Indivisibilité des Droits de L'homme, Acte de Colloque sur la Déclaration Universelle des Droits de L'homme1948-98, Mission Nationale Consultative des Droits De L'homme, la Documentations Française, Paris 1999, P. 46.

19- la place du droit international et du droit communautaire dans l'ordre juridique interne.conseil-etat.fr (dossier thématiques)

20- P.De VSSCHER. Les tendances internationale des constitutions modernes R.C.A.D.I.1952-1,vol 80, pp511-572.

مشار إليه لدى :خلفان كريم وصام إلياس، العلاقة بين قواعد القانون الدولي وأحكام القانون الدستوري: تبعية، سمو، أو تكامل؟ مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، تصدر عن المجلس الدستوري الجزائري، العدد 3- 2014، ص23.

21 -Décision du conseil constitutionnel français,2004-505DC,19novembre 2004,cons, n 6,7 et 24.

22- حكم محكمة غرداية بتاريخ 2002/02/11 قضية رقم:2001/06 فهرس رقم:2002/12.

23- المجلس الدستوري: قرار رقم 1- ق – ق – مد – مؤرخ في: 18 محرم عام 1410 الموافق 20 أوت سنة 1989 يتعلق بالانتخابات.

24- قريبا من هذا المعنى انظر:خانزاد أحمد عبد، المرجع السابق، ص28.

25- أحمد الرشيدي،" بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام"،المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 55، سنة 1999، ص56-100.

26- العنوان مستوحى من مقولة: (Michel Virally) التي عبّر فيها على أن تطورات القانون الدولي – وهنا حقوق الإنسان- غيّرت وجه السيادة حيث قال:

«Tous ces développements du droit international ont remodelé le visage de la souveraineté»

انظر في الإشارة إلى هذا القول:

-Juan-Antonio Carrillo-SALCEDO, op. cit. p. 22.

27- قريبا من هذا المعنى، انظر: هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، المرجع السابق، ص121.

28- انظر في الإشارة إلى هذا القول: محمد بوبوش، " أثر التحولات الدولية الراهنة على مفهوم السيادة الوطنية"،السيادة والسلطة، الآفاق الوطنية والحدود العالمية، سلسلة كتب المستقبل العربي(52)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2006، ص125- 126.

29- قريبا من هذا المعنى، انظر: هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية، المرجع السابق، ص122.

30- هيلين تورار، المرجع نفسه، ص123.

31- المادتان 84 و3/91 من الدستور الجزائري (2020).

32- قريبا من هذا المعنى، انظر: هيلين تورار، المرجع السابق، ص123.

33- ما يدل عمليا على عدم الألفة هذه، ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا في قضية تمسكت فيها المستأنفة أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتطبيق المادة13 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صادقت عليه الجزائر عام 1989 ولم تكن قد نشرته بعد في تاريخ الاستئناف(1994) فقد تأخر نشر هذا العهد إلى سنة 1997، ومع ذلك لم يثر القاضي مسألة النشر إنما أثار تحييثا غريبا يعبر فعلا عن الرفض الذي يُجابه به القانون الدولي، فقد جاء في تحييث القاضي:" حيث أنه فضلا عن ذلك وفيما يتعلق بالعهد الدولي المصادق عليه بالقانون 25-11-89 فإنها لا تطبق إلا في حالة عدم تناقضه مع التشريع الداخلي وعدم المساس بالسيادة الوطنية". إن هذه الحيثية مخالفة تماما لمقتضيات الدستور لاسيما المادة123 من دستور 89 و132 من دستور96 و150 من دستور2016. وحاليا المادة154 من دستور 2020. قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/03/20 في قضية: ب.ف ضد والي ولاية تيبازة، رقم الملف:93573 رقم الفهرس:114. ومع ذلك لا يمكن تعميم هذا الاستنتاج، ففي عدة أحكام وقرارات قضائية أخرى طبّق فيها القاضي المعاهدة الدولية واستبعد القانون الداخلي؛ بل إن ذلك كان أحيانا سببا في تعديل القانون الداخلي في حد ذاته، من ذلك مثلا: ما ورد في حكم صادر عن محكمة غرداية بتاريخ 2002/02/11 قضية رقم:2001/06 فهرس رقم:2002/12 حيث جاء في منطوق الحكم ما يلي:"حيث يتبين للمحكمة أن تطبيق الإكراه البدني في العقود المدنية والتجارية لا يمكن إسنادها لنص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية وإنما تسقط عليه أحكام المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 1966/12/16 والذي صادقت عليه الجزائر. وبالفعل عند وضع قانون جديد للإجراءات المدنية والإدارية عام 2008 تم إلغاء هذه المادة منه؛ لأنها كانت تخالف نص المادة 11 السالفة الذكر والتي تسمو بموجب نص المادة 150 (132 سابقا) من الدستور. الأحكام التي تم تحليلها والتعليق عليها جمعها: جمال منعة في مذكرته للماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية تحت عنوان نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص98-129.

34- لأكثر تفاصيل: انظر: بيار- ماري دوبوي، المرجع السابق، ص448.

35- هيلين تورار، المرجع السابق، ص297.

36- في الإشارة إلى ذلك انظر: خلفان كريم وصام إلياس، المرجع السابق، ص15.

37 - عن وسائل الحماية من تقارير وبلاغات وشكاوى انظر: كلوديو زانغي، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، تصدير بطرس بطرس غالي، تقديم محمد بجاوي، نقله عن اللغة الايطالية، فوزي عيسى، مع إسهامات، رفاعة بن عاشور وبسام بركة، نشر بمساهمة وزارة الخارجية الإيطالية، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، بيروت 2006، ص70-79.

38- المادة (19) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

39- المادة (33) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

40- جاء النص على هذا النوع من الشكاوى في المادة (34) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تحت عنوان الطلبات الفردية وذلك على النحو الآتي: " للمحكمة أن تتلقى طلبات من أي شخص، أو منظمة غير حكومية، أو مجموعة أفراد تدعي أنها ضحية انتهاك للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية أو في البروتوكولات الملحقة بها من جانب أحد الأطراف السامية المتعاقدة. وتتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن لا تعرقل بأي وسيلة سبيل الممارسة الفعالة لهذا الحق".

41 - نصت على ذلك المادة (01) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عندما قررت أن الأطراف المتعاقدة تكفل لجميع من يعيشون في ظل ولايتها القضائية الحقوق والحريات المنصوص عليها في القسم الأول من هذه الاتفاقية.

42- قريبا من هذا المعنى، انظر:أحمد محيو، " تقنين القانون الدولي وحماية الشخصية الإنسانية"، مقال منشور في مؤلف جماعي، تحت إشراف محمد بنونة، بعنوان المجتمع الدولي وحماية الشخصية الإنسانية، ترجمة فاطمة الزهراء أزريول، مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية، دار النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب2001، ص81-107.

43- انظر، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم 30، نظام معاهدات حقوق الإنسان، الأمم المتحدة نيويورك وجنيف 2012، ص1. متاح كذلك على الموقع الرسمي للمفوضية السامية لحقوق الإنسان:
https://www.ohchr.org/AR/PublicationsResources/Pages/FactSheets.aspx

44- أحمد محيو، " تقنين القانون الدولي وحماية الشخصية الإنسانية"، المرجع السابق ، ص100.

45- بيار ماري دوبوي، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص234 ؛ وانظر أيضا:
- Frédéric SUDRE, droit international et européen des droits de l'Homme, 6eme édition refondue, 2003, Presses Universitaires de France, Paris 1989. pp61-64.

أنظمة بنك الجزائر

Bank of Ageria rules

حدوم ليلى[1] – أستاذة محاضرة
[1]كلية الحقوق– جامعة الجزائر1– بن يوسف بن خدة (الجزائر)
leila.haddoum@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/10/26 تاريخ القبول:2021/11/04 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

لقد أدى فشل الإدارة التقليدية في الاستجابة لمتطلبات السوق بوضع قواعد تساير التغيرات الأنظمة والمرونة التي يتطلبها القطاع المصرفي، إلى إسناد مهمة تنظيمه إلى خبراء متخصصين في هذا المجال. فالقطاع المصرفي قطاع ديناميكي يعرف سرعة كبيرة في التغيير، ولابد ان يواكب المستجدات الدولية تحت طائلة إدراج البنوك في القائمة السوداء للدول التي لا يجور التعامل معها، ما يستدعي انشاء هيئة تتابع هذه التغيرات ومستعدة لإحداث التعديلات اللازمة على النصوص. في هذا السياق اوكل المشرع مهمة تنظيم النشاط المصرفي إلى مجلس النقد والقرض عن طريق أنظمة، تُنشر في الجريدة الرسمية ويُحتج بها تجاه الغير بمجرد صدوره، يفترض في السياسة الحكومية ان تخضع للضوابط التي يضعها وليس العكس.

الكلمات المفتاحية: مجلس النقد والقرض، الضبط المصرفي، سلطات إدارية مستقلة، أنظمة بنك الجزائر، القاعدة القانونية.

Abstract:

The failure of traditional management to respond to market requirements by establishing the rules of economic change and flexibility required by the banking sector has led to the task of organizing it to experts in this field. The banking sector is a dynamic sector that knows a great speed of change, and must keep pace with international developments under the penalty of including banks in the blacklist of countries that do not have to deal with them, which calls for the establishment of a follow-up to the changes and ready to make the necessary adjustments to the texts. In this context, the legislator entrusted the task of regulating banking activity to the Monetary and Loan Board through regulations, published in the Official Gazette and invoked by third parties as soon as they are issued, the government policy is supposed to be subject to the controls it sets, not the other way around .

KEY WORDS: Monetary and Loan Board, Bank Control, Independent Administrative Authorities, Bank of Algeria Regulations, Legal Rule.

المؤلف المرسل: :ليلى حدوم، الميل: leila.haddoum@gmail.com

مقدمة:

لقد أدى فشل الإدارة التقليدية في الاستجابة لمتطلبات السوق بوضع قواعد تناسب المستجدات الأنظمة والمرونة التي يتطلبها القطاع المصرفي، إلى اسناد مهمة تنظيمه إلى خبراء متخصصين في هذا المجال. فالقطاع المصرفي قطاع ديناميكي يعرف سرعة كبيرة في التغيير، ولابد ان يواكب المستجدات الدولية تحت طائلة إدراج البنوك في القائمة السوداء للدول التي لا يجور التعامل معها، ما يستدعي انشاء هيئة تتابع هده التغيرات ومستعدة لإحداث التعديلات اللازمة على النصوص لمواكبة التطورات.

قامت الجزائر في هذا السياق بعدة إصلاحات أدت إلى انسحابها من الحقل الاقتصادي عامة والمالي خاصة لصالح السوق، بتحرير عدة قطاعات اقتصادية على اختلافها – كقطاع البورصة، التجارة الخارجية، الاتصالات، الغاز والكهرباء، وقطاع التامين والمحروقات – وأهمها تحرير القطاع المصرفي من خلال تحرير سوق القرض ،و منح البنك المركزي سلطة تسيير شؤون النقد والقرض والصرف بعد ما كانت الحكومة تستحوذ على هذا المجال، وذلك بموجب القانون 90-10 الذي كرس سياسة الانتقال من الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق، وقد ظل محتفظا بهذا الدور في ظل القوانين اللاحقة له. فأوكل المشرع مهمة تنظيم النشاط المصرفي إلى مجلس النقد والقرض بصفته سلطة نقدية يمارس صلاحياته عن طريق " الأنظمة"، يكاد يفرغ قانون النقد والقرض من محتواه بدونها وهذا إذا قارنا حجم الأنظمة بحجم النصوص التي صدرت لتطبيقها.

أصبحت كل المسائل الهامة والفرعية المتعلقة بمجال النقد والقرض تنظمها الأنظمة وليس القانون، تُنشر في الجريدة الرسمية ويُحتج بها تجاه الغير بمجرد صدورها، ويفترض في السياسة الحكومية ان تخضع للضوابط التي يضعها وليس العكس، تبعا لذلك تظهر ضرورة التساؤل حول مدى تأثر مجلس النقد والقرض بصفته سلطة نقدية يفترض فيها الاستقلالية بتوجهات السلطة التنفيذية في اعداد الأنظمة.

للإلمام بالموضوع تم تقسيم هذا البحث على النحو التالي:

المحور الأول: أنظمة مجلس النقد والقرض ....قرارات إدارية.

المحور الثاني: مكانة مجلس النقد والقرض بين الهيئات الإدارية للدولة .

المحور الثالث: بين الأنظمة، النصوص التشريعية والتنفيذية ...أي حدود؟

المحور الأول: الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض...قرارات إدارية

تعني كلمة " تنظيم " مجموعة القرارات الإدارية المتضمنة قواعد عامة ومجردة تصدر عن السلطة التنفيذية [1]، وينقسم مجال التنظيم في النظام الدستوري الجزائري إلى قسمين:

–المجال التنظيمي المستقل، وهي من اختصاص رئيس الجمهورية في المواد التي لم يدرجها الدستور في نص القانون. وفقا للمادة 143 "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمي، في المسائل غير المخصصة للقانون".، من مظاهر هذه السلطة إصدار رئيس الجمهورية القرارات التنظيمية المعروفة باللوائح المستقلة ومن أهم مجالاتها تنظيم المرافق العامة[2] .

-المجال التنظيمي لتنفيذ القوانين وهذا الأخير يعود للوزير الأول وفقا لما تقضي به المادة 2/143 " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الدي يعود للوزير الأول " فهو المكلف بتنفيذ القوانين وحسن سير الإدارات العمومية في البلاد. يتم ذلك بموجب نصوص تنظيمية، تشبه في مضمونها النصوص التشريعية من حيث تضمنها قواعد عامة ومجردة تسري على جميع الأفراد الذين تنطبق عليهم الشروط الواردة في القاعدة.

هذا عن الأنظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية، أما الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر فلم نجد لها تعريفا في قانون النقد والقرض، الذي اكتفى:

-بتحديد مجالها على سبيل الحصر في المادة 62 من الأمر 03-11، نستنتج من خلالها اختصاص المجلس بإصدار الأنظمة في مجالات محددة قانونا تتعلق بالمهنة المصرفية والنشاط المصرفي تتمثل في: إصدار النقد، تحديد السياسة النقدية والإشراف عليها ومتابعتها وتقييمها، إعداد المعايير وسير وسائل الدفع وسلامتها، مقاييس وشروط عمليات البنك المركزي، شروط اعتماد البنوك والمؤسسات المالية وفتحها، حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية، وتحديد أهداف سياسة سعر الصرف وكيفية ضبط الصرف.

-كما بين قانون النقد والقرض إجراءات اعدادها في المادة 60 و64 منه، وإجراءات الطعن فيها في المادة 65 منه، نستنتج باستقرائها أن الأنظمة تخضع إلى الطعن أمام مجلس الدولة ما يسمح باعتبارها قرارات إدارية .

-وهي تصدر لتطبيق نصوص قانون النقد والقرض والتشريعات المرتبطة بالمجال المصرفي ذلك ما نستنتجه من مختلف النصوص الواردة في هذا القانون التي تتضمن العبارة " اتخذت كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب أنظمة مجلس النقد و القرض " ونصوص القوانين الأخرى كالقانون التجاري.

-كما أنها وفقا لما تقضي به المادة 64 حجة في مواجهة الغير مند نشرها، أي أنها واجبة التطبيق، لتكون أنظمة مجلس النقد والقرض قرارات إدارية يصدرها مجلس النقد والقرض في مجالات تخص المهنة والنشاط المصرفي، تبين كيفيات تطبيق القانون، أي أنها قرارات إدارية تنفيذية وهي ملزمة وواجبة التطبيق. فالعمل الذي يقوم به، يعبر عن ممارسة صلاحيات السلطة العامة المعترف بها أصلا للسلطة التنفيذية [3] . لذلك هي تشبه إلى حد كبير النصوص التنفيذية التي يصدرها الوزير الأول من حيث صفة **العمومية**، من حيث **الاستناد إلى قانون سابق** بل ومن **الناحية الشكلية أيضا**، وتختلف عنه من حيث الجهة المختصة بإعدادها و مجالات التنظيم. بالنظر إلى صفة العمومية تعتبر أنظمة المجلس قواعد مكتوبة عامة ومجردة قابلة للتنفيذ كلما توافرت شروطه[4] ، فالأنظمة التي تحدد رأسمال البنوك والمؤسسات المالية مثلا لا تسري على بنك محدد ولا مؤسسة مالية معينة بل تسري وتطبق على كل البنوك والمؤسسات المالية، كما تشبه النصوص التنفيذية من حيث الاستناد إلى قانون سابق حيث تصدر المراسيم التنفيذية لتحديد الشروط والضوابط لتطبيق القوانين الواردة في صياغة عامة غير قابلة للتطبيق

ووضعها محل التنفيذ، تماما كالأنظمة التي تصدر لتطبيق القانون الذي فوضها هذا الاختصاص [5]، وباعتبار أنظمة المجلس ترسل إلى الأمانة العامة للحكومة لتنشر في الجريدة الرسمية فإنها تخضع إلى نفس الضوابط الشكلية التي تحكم المراسيم التنفيذية، مثلها يجب ان تتضمن الأنظمة رقمه، تاريخ صدوره، موضوعه، التأشيرات، وترقيم لمواده[6]. تعتبر الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض ذات طابع تقني، لذلك هي مقيدة بالقطاع الذي تنظمه، حيث يؤطر ويراقب المجلس بموجبها النشاط البنكي ويبين شروط تطبيق الأنظمة ذاتها من خلال إصدار تعليمات، بل ينعقد له أيضا وضع قواعد السير الحسن واخلاقيات المهنة المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية [7]، فما مكانة المجلس الذي يختص بإعدادها بين مختلف الهيئات الإدارية المعروفة ؟

المحور الثاني: مكانة مجلس النقد والقرض بين الهيئات الإدارية للدولة

لقد اعتبر المشرع مجلس النقد والقرض وفقا للمادة 62 من الأمر 03-11 "سلطة نقدية"، دون أن يبين طبيعته القانونية، خلافا لقانون القرض والنقد رقم 90-10 الملغى الذي كيفه في المادة 19 منه بكونه "سلطة إدارية تصدر تنظيمات نقدية ومالية ومصرفية يتصرف كمجلس ادارة البنك المركزي من جهة وكمجلس نقد وقرض من جهة أخرى". فالأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الذي نظم النشاط المصرفي ونظم الفاعلين فيه والذي ألغى القانون 90-10 لم يحدد الطبيعة القانونية لمجلس النقد والقرض واكتفى عند تحديد صلاحياته بالقول "سلطة نقدية"، فما هي مكانة المجلس بين مختلف سلطات الدولة الإدارية ؟ وهل هو تابع ام مستقل عن السلطة التنفيذية ؟

أولا : مجلس النقد والقرض سلطة إدارية مستقلة

يعتبر مجلس النقد والقرض وفقا للمادة 62 من الأمر 03-11 "سلطة نقدية " تختلف عن الطابع السلطوي للسلطة التنفيذية، فالأولى يقابلها كلمة "Autorité " بالفرنسية بينما يقابل الثانية كلمة "Pouvoir". والسلطة " Autorité"، مفهوم يرتبط بقدرة الهيئة على اتخاذ القرارات تمكنها من مباشرة الاختصاصات التي أنشئت من أجلها بكل فعالية ومصداقية [8] ، وكونها " نقدية "Monétaire" " يفيد تحديد نوع السلطة وجعلها متخصصة في مجال النقد الذي لا يُؤخذ بمعناه الضيق بل الواسع ليشمل كل العمليات المتعلقة بالنقد والقرض والصرف[9].

إن مجلس النقد والقرض إذا سلطة إدارية بما انها ليست تشريعية ولا قضائية، يتمتع بصلاحيات اتخاذ قرارات خاصة بالمجال المصرفي تمس مراكز قانونية عامة – تسمى " أنظمة " [10] ، وليس مجرد هيئة استشارية تنصب مهمتها على تقديم الآراء[11] او إصدار التوصيات والملاحظات [12]. هو ليس سلطة إدارية مركزية، ولا هيئة عمومية وطنية ولا منظمة مهنية لذلك يندرج ضمن فئة الهيئات الإدارية المستقلة التي اوجدها المشرع كتكييف قانوني لإدارات جديدة بدأت في الظهور في الجزائر منذ 1990 مع المجلس الأعلى للإعلام الذي استفاد من هذا التكييف صراحة [13]. فقد أدى التوجه المعتمد نحو إعطاء أصحاب الاختصاص الحق في وضع قواعد قانونية في القطاعات الأنظمة والمالية إلى خلق

العديد من السلطات الإدارية المستقلة [14] – تختلف عن الهيئات الإدارية التقليدية – (الإدارة المركزية، الإدارة المحلية والمؤسسات العمومية) تتولى مهمة ضبط القطاع الذي يوجد تحت وصايتها، هيئات أنشئها المشرع لتحل محله او تشاركه في مجال حماية وضبط السوق وهي وجه جديد لدور الدولة في تسيير المجال الاقتصادي والمالي، منها سلطات ادارية مستقلة تمارس اختصاصها التنظيمي بموجب مقررات [15]، وهناك من السلطات المستقلة التي زودها المشرع بسلطة ابداء أراء استشارية [16] ، كما أن السلطة التي تتمتع بها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها على الرغم من الطابع التطبيقي لها (المادة 31 من المرسوم 93-10) إلا انها تقتصر على بعض المواد فقط ولا تستأثر بتنظيم القطاع البورصي ككل بل تشاركها الحكومة في ذلك، فالسلطة التي تتمتع بها هذه الهيئات أضيق وأقل اتساعا من السلطة الممنوحة لمجلس النقد والقرض فقد منحه المشرع سلطة تنظيم القطاع المصرفي ككل الذي كان قبل 1990 من اختصاص السلطة التنفيذية، ما يجعله سلطة إدارية تنظيمية متخصصة إلى جانب السلطة التنظيمية العامة وهو يندرج ضمن الهيئات الإدارية المستقلة .

ثانيا: تبعية مجلس النقد والقرض للسلطة التنفيذية

إذا كان مجلس النقد والقرض يندرج ضمن السلطات الإدارية المستقلة على نحو ما بيناه سابقا، وإذا كان الطابع الإداري له لا يثير اشكال بالنظر إلى خضوع الأنظمة الصادرة عنه إلى لرقابة مجلس الدولة، فان "استقلاليته" على العكس لم يعد يبقى منها سوى التسمية، يكفي للاستدلال على ذلك، تحديد مدى تدخل السلطة التنفيذية في التشكيلة البشرية للمجلس، التي يؤدي انتفائها للقول بانتفاء الاستقلالية الوظيفية له، بالإضافة إلى الرقابة القضائية التي تمارسها .

1- غياب الاستقلالية العضوية لمجلس النقد والقرض

تعتبر الاستقلالية العضوية لأي هيئة او جهاز بالغة الأهمية في تحقيق الاستقلالية الوظيفية، فالسلطة التي تتحكم في التركيبة البشرية له تؤثر حتما على قراراته، على ان المقصود بالاستقلالية العضوية تلك التي تحقق وتضمن حياد الأعضاء إزاء السلطات العمومية بوجه عام والسلطة التنفيذية بوجه خاص أي التي تضمن حيادها خدمة لمصلحة المواطن والمتعاملين الاقتصاديين، وليس تلك تمنح للهيئة مركز خصوصي خارج السلطة التنفيذية [17]، فلا نقصد باستقلالية المجلس استقلاليته عن الدولة لأنه هيئة من هيئات بنك الجزائر الذي تمتلك الدولة رأسماله كلية [18].

تعتبر التركيبة الجماعية لأي هيئة من مؤشرات استقلاليتها، بالنظر إلى انها تسمح بتقليل الضغوطات على هذه الهيئة في ممارستها لمهامها ومع ذلك ليس حاسما بقدر إجراءات ممارسة أعضائها لمهامهم، لذلك نبحث عن الاستقلالية العضوية في التركيبة الجماعية لمجلس النقد والقرض في نقطة أولى، استئثار رئيس الجمهورية بتعيين أعضاء المجلس مؤشر التبعية في نقطة ثانية، وانتفاء نظام العهدة لأعضاء مجلس النقد والقرض في نقطة ثالثة.

أ-التركيبة الجماعية لمجلس النقد والقرض

يتكون مجلس النقد والقرض وفقا للمادة 58 من الأمر 03-11 المعل و المتمم [19] والمادة 18 [20] منه، من محافظ البنك وثلاث نواب محافظ البنك و5 أعضاء يتم اختيارهم بحكم كفاءتهم في المجالين الاقتصادي والمالي من ذوي الخبرة والكفاءة في هذين المجالين. يعين جميعهم بمرسوم رئاسي [21] ويترأسه محافظ بنك الجزائر[22]. فهو ذو تركيبة جماعية تماما كما تقتضيه تركيبة السلطات الإدارية المستقلة، التي يفترض فيها أيضا ان تضم اطراف تنتمي لعدة عدة قطاعات مختلفة، (قضاة من اعلى الأجهزة القضائية من مجلس المحاسبة او مجلس الدولة مثلا، موظفين ذوي خبرات معترف بها في المجال البنكي، أساتذة جامعيين متخصصين في المجال البنكي والمالي) لتساهم في وضع قواعد قانونية متوازنة اخذة بعين الاعتبار كل العوامل المؤثرة على القطاع المصرفي بعيدة عن الاتجاهات والتأثيرات السياسية.

لكن باستقراء نصوص قانون النقد والقرض نلاحظ ان المجلس يتكون من 5 موظفين اشترط فيهم قانون النقد والقرض صراحة كفاءة في المجالين الاقتصادي والمالي والنقدي دون تحديد الجهة التي يُختارون منها فليس هناك ما يمنع ان ينحدروا من هياكل الدولة، كما انه لم يحدد للمحافظ و نوابه مجالات انتماءاتهم، الأمر الذي يمنح لرئيس الجمهورية سلطة واسعة في هذا المجال. وهو يتكون في الواقع من موظفين سامين من بنك الجزائر إلى جانب موظفين ساميين من وزارة المالية. وهي تشكيلة تختلف إلى حد كبير عن تشكيلة المجلس العام لبنك فرنسا (le conseil général de la banque de France) الذي يتكون من المحافظ، نائبي المحافظ، ستة اعضاء يختارون بحكم كفاءتهم والخبرة المهنية في المجالين المالي والاقتصادي عضو يمثل موظفي بنك فرنسا ونائب رئيس الهيئة المكلفة بالمراقبة[23]، وهما مختلفين جذريا أيضا من حيث اجراءات التعيين التي تدعم استقلالية هذا الأخير على خلاف مجلس النقد والقرض .

ب- استئثار رئيس الجمهورية بتعيين أعضاء المجلس مؤشر التبعية

إن طريقة تعيين أعضاء أي هيئة (منها القضائية) وفقا لما جاء عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان [24] معيارا لقياس درجة استقلاليتها عن السلطة التنفيذية، حيث تعتمد المحكمة اربع معايير للقول باستقلالية الجهاز القضائي عن السلطة التنفيذية، من بينها طريقة تعيينهم وانتداب القضاة .وعليه قياسا على استقلالية الجهاز القضائي اتجاه السلطة التنفيذية التي تتحقق بتوزيع سلطة تعيينه على عدة هيئات وبشكل متوازن زيادة على طول المدة التي يمارس خلالها مهامه نحاول تحديد مدى استقلالية مجلس النقد بالاستناد إلى هذا المعيار . فاعتماد الأسلوب التعددي في اختيار أعضاء المجلس من شأنه تعزيز استقلاليته وتمكينه من العمل بكل حرية دون الخضوع لأي جهة خارجية تفرض قراراتها وسياستها عليه، لكن المشرع الجزائري لم يعتمد هذا الأسلوب في اختيار أعضاء مجلس النقد والقرض، وركز سلطة تعيينهم في جهة واحدة هي رئيس الجمهورية وحده، الذي يختارهم بكل حرية حسب قناعته الشخصية دون اشراك جهة أخرى مختلفة عن السلطة التنفيذية في اقتراح التعيين او المساهمة في التعيين (كمهني

القطاع المصرفي مثلا، أو الخبراء والجامعيين) على غرار نظيره الفرنسي او التونسي او حتى المغربي، الأمر الذي يؤدي إلى اضعاف مركزهم فهم يخضعون إلى نظام المواءمة وليس الكفاءة، وبالتالي المساس باستقلاليتهم.

على خلاف تشكيلة مجلس النقد والقرض يساهم في اختيار أعضاء المجلس العام لبنك فرنسا رئيس المجلس الوطني (يعين عضوين، من ذوي الكفاءات والخبرة المهنية في المجالين الاقتصادي والمالي) رئيس مجلس الأمة (يعين عضوين، من ذوي الكفاءات والخبرة المهنية في المجالين الاقتصادي والمالي)، مجلس الوزراء باقتراح الوزير المكلف بالاقتصاد (يعين عضوين، من ذوي الكفاءات والخبرة المهنية في المجالين الاقتصادي والمالي) ، كما يشارك موظفي البنك في هذا التعيين (ينتخبون عضوا يمثلهم) . وبالمثل فان القانون التونسي، قانون عدد 35 لسنة 2016 المؤرخ في 25 أبريل 2016 والمتعلق بضبط النظام الأساسي للبنك المركزي التونسي جعل تركيبة المجلس الذي يتولى ضبط استراتيجية وسياسة البنك المركزي في ميداني السياسة النقدية والاستقرار المالي متنوعة، يتكون من: المحافظ، رئيسا. نائب المحافظ، رئيس هيئة السوق المالية، الإطار المكلف بالتصرف في الدين العمومي بالوزارة المكلفة بالمالية، الإطار المكلف بالتقديرات بالوزارة المكلفة بالتنمية الأنظمة، أستاذين جامعيين مختصين في المجال المالي والاقتصادي يعينان بأمر حكومي بعد مداولة مجلس الوزراء باقتراح من المحافظ بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتعليم العالي، عضوين إثنين شغلا سابقا وظائف ببنك لا تقل خبرتهما في الميدان البنكي أو المالي عن 10 سنوات. يعين العضوان المذكوران بأمر حكومي، الأول باقتراح من المحافظ والثاني باقتراح من رئيس الجمعية المهنية التونسية للبنوك والمؤسسات المالية [25].

يتألف مجلس البنك في المغرب من والي البنك رئيسا؛ نائب والي البنك أو المدير العام للبنك؛ مدير الخزينة والمالية الخارجية لدى الوزارة المكلفة بالمالية، الذي لا يصوت على–المقررات المتعلقة بالسياسة النقدية؛ ستة أعضاء يعينهما الوزير الأول، ثلاثة منهم يقترحهم الوالي من بين الأشخاص–المشهود لهم بالكفاءة في الميدان النقدي أو المالي أو الاقتصادي وغير مزاولين لأي انتداب انتخابي ولأي وظيفة من وظائف المسؤولية في مؤسسات الائتمان أو ذات طابع مالي أوفي الإدارة العمومية.

يؤخذ على تشكيلة مجلس النقد والقرض في الجزائر رغم كونها جماعية، عدم تنوعها وعدم اشراك الفاعلين الحقيقين فيها خاصة المؤسسات المصرفية، كما ان طريقة تعيين أعضائه الأحادية تفرغ التشكيلة الجماعية من محتواها، ما يعني الاستقلال النسبي للمجلس اتجاه السلطة التنفيذية ان لم نقل انتفاء الاستقلالية فهي تابعة له عضويا .

ج– انتفاء نظام العهدة لأعضاء مجلس النقد والقرض

تعرف العهدة بالمدة التي يمارس خلالها الأعضاء المعينين مهامهم دون ان امكانية عزلهم قبل انقضاء عهدتهم إلا لأسباب قانونية واضحة [26]، لقطع الطريق امام السلطة التي عينته بعزلهم تعسفا او إعطاء تأويلات حول النصوص القانونية التي تنظم هذه المسألة [27]. يعدَ الأخذ بنظام العهدة ضمان من

ضمانات استقلالية المجلس عن السلطة التي عينته ، تحدده العناصر التي تميز هذا النظام المتمثلة في مدة العهدة، إمكانية تجديدها، وعدم قابلية أعضائه للعزل[28] .

لذلك يجب تحديد مدة زمنية يمارس خلالها أعضاء المجلس مهامهم، تمتد على اطار زمني معقول يسمح لهم باستمرارية عملهم دون ان يخشوا قطعها من السلطة التي عينتهم في أي وقت شاءت مما يدعم فكرة استقلاليتهم، وهو نظام اكدت عليه العديد من التشريعات الأجنبية على غرار المشرع الفرنسي الذي حدد هذه المدة بالنسبة لسلطات الضبط المستقلة بين 3 و6 سنوات [29]، وحددها بالنسبة لأعضاء المجلس العام لبنك فرنسا ضمن هذه الحدود (6 سنوات للمحافظ و نائبيه ولممثل موظفي البنك، ثلاث سنوات قابلة للتجديد بالنسبة لذوي الكفاءة المعينين من قبل رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الوطني) وقد اكد عليه أيضا المشرع التونسي حيث يعين أعضاء مجلس الإدارة وفقا للمادة 57 (من القانون المتعلق بضبط النظام الأساسي للبنك المركزي التونسي) لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة .

غير أن الوضع غير ذلك بالنسبة لمجلس النقد والقرض، فبعد أن كان المحافظ ونوابه يخضعون لنظام العهدة في ظل القانون 90-10 ، بلغت مدتها 6 سنوات للمحافظ وفقا للمادة 22 منه و5 سنوات لنواب المحافظ، مع امكانية تجديدها مرة واحدة، وعدم امكان اقالتهم إلا بناء على اثبات العجز الصحي بصفة قانونية او ارتكاب خطأ فادحا، الغى الأمر 01-01 المعدل للقانون 90-10 المادة 22 السلف ذكرها (بموجب المادة 13 منه) أي الغى نظام العهدة وأسباب العزل حيث أصبح عزل المحافظ ونوابه من السلطة التي عينتهم وهو رئيس الجمهورية ممكنا في أي وقت، ودون اخطار مسبق، ما يؤثر على استقلالية أعضائه، وهي تعديلات ان دلت على شيء فهي تدل على الإرادة السياسية للسلطة التنفيذية في تعزيز قبضتها على هذه الهيئة، تأكدت مرة أخرى مع صدور الأمر 03-11 الذي ابقى على الغاء نظام العهدة للمحافظ، نوابه، وسائر الأعضاء الذين يشكلون المجلس، وعدم تحديد أسباب عزلهم، كما أنه لم يتضمن إمكانية تجديد عضوية أعضاء المجلس وهو أمر منطقي وليس إلا تحصيل حاصل بالنظر إلى انتفاء نظام العهدة، ما يعني بمفهوم المخالفة تبعية المجلس التامة للسلطة التنفيذية .

2- غياب الاستقلالية الوظيفية لمجلس النقد والقرض

يقصد بالاستقلالية الوظيفية لأي سلطة استبعاد المشرع لتدخل الحكومة في أعمالها بحيث لا تشارك في المداولات وافلات قراراتها من رقابة الحكومة [30]، أي لا تخضع للرقابة الرئاسية او الوصائية. تتحقق الاستقلالية الوظيفية باجتماع بعض العناصر أهمها: منح الهيئة سلطة في اعداد قواعد سيرها، أي سلطتها في اعداد نظامها الداخلي، ومنحها الوسائل المالية[31] للقيام بمهامها، وهذا بغض عن تمتعها ام لا بالشخصية المعنوية فهذه الأخيرة غير متوافرة في جل سلطات الإدارية المستقلة الفرنسية مثلا دون ان ينفي عنها الاستقلالية، لتكون الشخصية المعنوية ضمان من ضمانات الاستقلالية دون ان تكون شرطا لها [32].

أ- محدودية سلطة مجلس النقد والقرض في اعداد نظامه الداخلي

تقتضي الاستقلالية الوظيفية لأي هيئة ومنها مجلس النقد والقرض ان تكون لها الحرية في إعداد نظامها الداخلي دون مشاركة السلطة التنفيذية في ذلك او خضوعه لمصادقتها [33]. قانونيا منح المشرع مجلس النقد والقرض سلطة مطلقة في تحديد نظامها الداخلي الذي يتضمن على وجه الخصوص تنظيمها وقواعد عملها وحقوق وواجبات أعضاء المجلس، هذا ما يستفاد من نص المادة 60 من الأمر 03-11 التي جاء فيها ".....يحدد المجلس نظامه الداخلي ..." ، غير إن الاستقلالية التي تشير إليها هذه المادة غير محققة من الوجهة الواقعية، لأنه لا يمكن قياس درجة الاستقلالية الوظيفية إلا إذا كان أعضاء الهيئة يمارسون مهامهم في ظل عهدة تضمن لهم الاستقلالية العضوية [34]، وهو شرط غير محقق في مجلس النقد و القرض كما اسلفنا بيانه .

ب-غياب الاستقلال المالي لمجلس النقد والقرض

يعتبر الاستقلال المالي من دعائم الاستقلالية الوظيفية، ولا يمكن لهيئة ان تكون مستقلة وظيفيا إلا إذا كانت تتمتع بوسائل كافية لممارسة مهامها . تقوم الاستقلالية المالية على ثلاث ركائز، استقلالية الموارد، استقلالية تحديد الميزانية، واستقلالية تسيير الميزانية[35] .

تقتضي استقلالية المجلس إذا من حيث "الموارد" ان تكون له موارد خاصة به خارج مساعدات الدولة دون ان تتدخل أي جهة بتمويله، ومن جانب تحديد الميزانية أن يكون قادرا وحده على تقدير ما يحتاجه دون إدراجها ضمن ميزانية الدولة، بالإضافة إلى استقلالية تسيير الميزانية التي تعني قدرة السلطة على التصرف فيها. ان استقراء نصوص قانون النقد والقرض توحي إلى ان مجلس النقد والقرض لا يتمتع باستقلال المالي[36] وهي نتيجة حتمية لعدم تمتعه بالشخصية المعنوية لذلك تابع لبنك الجزائر في ذمته المالية، فهذا الأخير مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يديرها مجلس إدارة " يحدد ميزانية بنك الجزائر لكل سنة، ويحدد الشروط والشكل اللذين يعد بنك الجزائر بموجبهما حساباته ويضبطهما " (م 19 من الأمر 03-11).

3 - الرقابة القضائية على أنظمة المجلس بين الحتمية والتبعية

في ظل غياب رقابة وصائية او رئاسية عليه وعلى أعماله، لا يمكن لمجلس النقد والقرض أن يمارس مهامه التنظيمية إلا في ظل احترام الشرعية، التي تجعل قراراته قابلة للطعن بالإبطال امام الهيئات الإدارية المختصة بالنظر في قرارات الهيئات التي تتمتع بامتياز السلطة العامة.

نص المشرع في المادة 65 من الأمر 03-11 على اختصاص القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة برقابة أنظمة المجلس لكفالة مشروعيتها. فمبدأ المشروعية يفترض التزام السلطة الإدارية في إصدارها لقرارتها بالقانون، وهي ضمان أساسي وحيوي لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة ويكونون في مأمن من اعتداء السلطة التنفيذية [37] . ومنه يمكن ان نستنتج بالقياس ان مجلس النقد والقرض الذي يتمتع باختصاص إصدار الأنظمة قد يخالف الشروط القانونية التي يفرضها القانون المنشئ

له، فلا يمكن تصور تدخله بتنفيذه دون اخضاع تدخلاته لرقابة القضاء، لذلك تعد هذه الرقابة حتمية وليست لها أي علاقة باستقلالية المجلس عن السلطة التنفيذية أو تبعيته له .

يعتبر الوزير الأول وفقا للمادة 65 من الأمر 03-11 وحده مؤهلا للطعن بإبطال الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض، دون غيره من الأشخاص ونقصد هنا المخاطبين بهذه الأنظمة، حتى لو مس بمراكزهم القانونية، وهذا اجـــحاف في حقهم ومخالف للقواعد العامة التي تجيز لكل ذي مـــصلحة ان يرفع دعوى.

يعتبر هذا اجحافا لأن المخاطبون الأوليين بهذه الأنظمة التي تعدل مراكزهم القانونية هم مهني القطاع المصرفي أي البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها المحرك الأساسي للسوق، والمتدخلين في النشاط المصرفي وهم كل شخص يخصه النشاط البنكي بصفة مباشرة أو غير مباشرة سواء كان مقيم بالجزائر أو غير مقيم ما دام يمارس النشاط البنكي، فالأولى ان يكون لهؤلاء حق في الطعن بإبطال الأنظمة التي تؤثر بصفة مباشرة على مصالحهم لكن الأمر غير ذلك، فهم لا يتمتعون بهذا الحق أصلا.

يعبر اختصاص الوزير الأول وحده بالطعن دليل على ان هذا الطعن لا يكون إلا تعارضت هذه الأنظمة في مضمونها مع سياسة الحكومة الأنظمة، وليس له علاقة بحالة اضرارها بمصلحة المتعاملين الاقتصاديين في القطاع المصرفي [38]، ما يجعل الرقابة حتمية وطرق ممارستها مؤشر للتبعية.

يبدو من خلال كل ما تقدم إذا ان مجلس النقد والقرض تابع للسلطة التنفيذية من الناحية العضوية باعتبارها الوحيدة التي تستأثر بتعيينه ويحق لها عزل أعضائه في أي وقت متى شاءت على نحو يضمن فيه ولاء أعضاء المجلس لها على حساب الاستقلالية التي يفترض ان يتمتع بها، الأمر الذي انعكس حتما على استقلاليته الوظيفية، وهو ما يفسر عدم وضوح الحدود بين الأنظمة التي يصدرها والنصوص التنفيذية .

المحور الثالث: بين الأنظمة، النصوص التشريعية التنفيذية ...أي حدود؟

تصدر الأنظمة عن مجلس النقد والقرض تطبيقا لنصوص قانون النقد والقرض والتشريعات المرتبطة بالنشاط المصرفي الذي يحيل إليها صراحة، لذلك يجب ان تكون منسجمة مع القوانين التي صدرت لتطبيقها، ومع المراسيم التنفيذية، فهل هي كذلك؟

أولا : عدم الانسجام بين أنظمة مجلس النقد والقرض ونص التشريع

يشترط في النصوص التنفيذية ان تكون متفقة مع القانون وغير متعارضة معه ضمانا لمبدأ التدرج القانوني، فلا يصح مخالفته للقانون –بإلغاء ما جاء فيه او تعديله بالإضافة إلى ما جاء فيه – لأنه يستمد منه وجوده وقوته، وإن خالفه يصبح باطلا وغير شرعي [39]، وهي قاعدة لا بد ان تسري على أنظمة مجلس النقد والقرض ذات الطابع التنفيذي. فلا يصح ان تلغي الأنظمة أحكام نص قانون النقد والقرض أو غيره من النصوص التشريعية التي تحيل إليه وصدرت لتنفيذه لأنها ادنى درجة منه فهذا يشكل مساس بمبدأ التبعية بين النصين، كما لا يصح ان يضيف إلى النص أحكاما جديدة لا تتماشى مع روح القانون

– بل لا تخالف أيضا النصوص التنفيذية الصادرة عن الوزير الأول–. ومع ذلك فان الأنظمة التي تصدر عن المجلس لا تستجيب دائما لهذه الحدود، فمنها ما يقضي بإلغاء القوانين، ومنها ما يعدل من أحكام القانون، ومنها ما لا يتماشى ما روح القانون الذي منحه اختصاص بالتنظيم، وما سكوت المشرع عنها إلا دليلا على ان الأنظمة في النهاية نتاج التوجهات السياسية، نبين ذلك من خلال مراجعة الأنظمة الخاصة برأسمال البنوك والمؤسسات المالية، الاعتماد الإيجاري، بالصيرفة الإسلامية وكذا بأنظمة الدفع الإلكترونية والأنظمة الخاصة بترتيبات الوقاية من اصدار شيك بدون رصيد.

أ–فيما يتعلق برأسمال البنوك والمؤسسات المالية:

تعتبر البنوك والمؤسسات المالية وفقا المادة 83 من الأمر 03–11 شركات مساهمة، ما يعني خضوعها لأحكام القانون التجاري، إلا ما ورد بشأنه نص خاص في هذا الأمر، استنادا إلى قاعدة الخاص يقيد العام، لذلك نجد ان رأس المال التأسيسي للبنوك والمؤسسات المالية خلافا لما تقضي به قواعد القانون التجاري يحرر كليا ونقدا وهو ما نصت عليه المادة 88 من الأمر 03–11 " يجب أن يتوفر للبنوك والمؤسسات المالية رأسمال مبرأ كليا ونقدا ".

أما فيما يتعلق بقيمته فهي محددة في القانون التجاري بالنسبة للشركات المساهمة في المادة 594 [40]، وبالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية نصت المادة 62 من الأمر 03–11 في الفقرة "و" والمادة 88 منه على منح المجلس سلطة تحديد الحد الأدنى من رأسمال البنوك والمؤسسات المالية، وهنا نساءل ما إذا كان يجوز للمشرع في قانون النقد والقرض ان يمنح المجلس اختصاص بوضع قواعد خاصة للبنوك والمؤسسات المالية تخالف التشريع التجاري، حيث يبقى في نظرنا تعديلا لنص تشريعي عام ولو كان برخصة من التشريع الخاص وهو غير جائز لأنه يتنافى و مبدأ تدرج القوانين [41]. والأمر ذاته بالنسبة لشركات الاعتماد الإيجاري حيث تنص المادة 6 من النظام 96–06[42] على الحد الإدنى لرأس المال الاجتماعي لشركات الاعتماد الإيجاري المقدر ب 100 مليون دج وهو مبلغ يتجاوز الحد المنصوص عليه في المادة 594 من القانون التجاري والذي من المفروض ان تخضع له باعتبارها شركة مساهمة، تنشأ طبقا للشروط المحددة في التشريع المعمول به .

يعد هذا التعديل خروجا عن مبدأ توازي الأشكال الذي يقضي بأن تعديل القانون يجب أن يتم بقانون من نفس الدرجة، ولا يجوز أن يقع بنص أقل منه درجة. فبما أن رأسمال شركات المساهمة منصوص عليه بموجب القانون التجاري فالتعديل يتم بموجب أحكام قانون النقد والقرض، وهو إجراء انفرد به القانون الجزائري، على خلاف نظيره التونسي الذي نص في المادة 32 من قانون 48 لسنة 2016 مؤرخ في 11 جويلية 2016 يتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية على الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية، ونظيره الفرنسي الذي حدده في القانون النقدي والمالي له في المادة L.511–11

ب–فيما يتعلق بالصيرفة الإسلامية

اصدر مجلس النقد والقرض النظام 2020–02 يهدف إلى تحديد العمليات البنكية المتعلقة

بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية [43]، وقبله النظام 18- 02 المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية [44] ، تناول من خلالها عمليات جديدة غير معروفة في قانون النقد والقرض ولا يشير إليها هي العملية البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية . فهل يجوز ان يصدر نظام يضيف أحكاما جديدة إلى النص التشريعي علما انها تخص مسائل موضوعية؟ لقد أضاف النظام المذكور سابقا إلى العمليات البنكية المنصوص عليها في المادة 66 منه والتي تجوز الفائدة فيها، عمليات تحتاج إلى أسس خاصة قوامها القيم الدينية والابتعاد عن الفائدة في المعاملات، أي أضاف مسائل موضوعية جديدة دون الاستناد إلى نص سابق وهذا غير جائز حيث وجب في نظرنا تعديل قانون النقد والقرض أولا بتعريف العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية ضمن عمليات البنوك وادراجها صراحة في نص المادة 66 منه ثم الإحالة في نص هذه المادة على نظام يضبط شروط وصيغ ممارستها وليس اصدار نظام يُخضع عمليتين مختلفتين جوهريا من حيث المبادئ إلى نفس الإطار التشريعي. ما يجعل هذه الأنظمة تتعارض مع روح قانون النقد القرض.

ج-فيما يتعلق بأنظمة الدفع الإلكترونية

تنص المادة 57من الأمر 03-11، قبل تعديلها في 2010 على **تحمل البنوك نفقات غرف المقاصة** في حين تنص المادة 50 من النظام 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 "**كل مشارك في نظام ATCI ملزم بدفع مصاريف المساهمة في النظام** " نلاحظ ان هذا النظام (الصادر في 2005) يشير إلى نظام ATCI وهو نظام للمقاصة الإلكترونية جاء ليحل محل المقاصة في ظل غرف المقاصة و تحميل المشاركين نفقات المساهمة فيه رغم ان نص المادة 57 من الأمر 03-11 لا تشير إلى هذا النظام تماما، وقد تدارك المشرع هذا الوضع في 2010 أي 5 سنوات بعد صدور النظام ليعدل المادة 57 من الأمر 03-11 بموجب الأمر 10-04 مؤرخ في 26 اوت 2010 و يحررها كالتالي " يتحمل المساهمون النفقات المتعلقة بتسيير نظم الدفع " ليزول الاختلاف الذي كان بين المادة 57 قبل تعديلها والأنظمة التي صدرت بعده .

عُدل القانون لاحقا ليساير مضمون الأنظمة! أليس من المفروض العكس؟. وبالمثل تنص المادة 16 من النظام 08-11 المتعلق بترتيبات الوقاية من اصدار شيك بدون رصيد على " الغاء كل الأحكام المخالفة لهذا النظام " فما هي الأحكام المخالفة التي يقصدها هل هي أنظمة بنك الجزائر ام النصوص القانونية؟. مما لا شك فيه ان اعتماد هذه الصياغة لا يستثني الأحكام القانونية، أو النصوص التنفيذية المخالفة للنظام وهذا غير جائز، لأنه حيثما أراد المجلس الغاء نظام بأخر يدرج صراحة نص في النظام الجديد يبين فيه الأحكام الملغاة كما ورد في النظام 2020-01 [45] الذي الغى صراحة بموجب المادة 18 منه النظام 13-01 [46] ، والأمر ذاته في النظام 2020-02 الذي الغى صراحة في المادة 23 منه النظام 18-02 .

ثانيا: مساهمة السلطة التنفيذية في الاختصاص التنظيمي لمجلس النقد والقرض

يعتبر التشريع أساس السلطة التنظيمية لمجلس النقد والقرض فهو الذي خوله صلاحيات اصدار التنظيمات في مجالات محدودة، حيث يحيل قانون النقد والقرض وغيره من النصوص التشريعية[47] ، إلى الأنظمة التي تبين كيفيات تطبيق مواده بدلا من الإحالة إلى اختصاص الوزير الأول بوضع هذا القانون حيز التنفيذ، لكن دون استبعاده صراحة من هذا المجال. فاختصاص السلطة التنفيذية بإصدار نصوص تنفيذية مكرس دستوريا في المادة 143 من الدستور الجزائري وليس هناك ما يمنعها من اصدار مراسيم تنفيذية تخص القطاع المصرفي بل و تكون لها الأولوية على حساب الأنظمة الصادرة في نفس المجال في حالة تنازع الاختصاص، لأنها تبقى في اطار صلاحياتها الدستورية، وهذا ما أشار إليه بعض المؤلفين [48]، مستشهدا بالنظام 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري و شروط اعتمادها و المرسوم التنفيذي95-331 المؤرخ في 2 أكتوبر 1995 يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس عملية تحويل الفواتير والذي صدر تطبيقا للمادة 543 مكرر18 من القانون التجاري، فعلى الرغم من اعتبار عملية تحويل الفواتير من قبيل عمليات القرض كالاعتماد الإيجاري و بالتالي يندرج تنظيمها ضمن اختصاصات مجلس النقد والقرض فقد تولى الوزير إلاول هذه المسألة ممارسا صلاحياته الدستورية. وهذا إن دل على شيء فهو يدل على عدم وضوح معالم الحدود بين النصوص التنفيذية وأنظمة المجلس.

خاتمة

لقد أنشأ المشرع في إطار تبني سياسة الانفتاح الاقتصادي وتحت تأثير التغيرات العالمية مجلس النقد والقرض على غرار السلطات الإدارية المستقلة لتنظيم النشاط الاقتصادي كأسلوب جديد لممارسة صلاحيات السلطة العامة يفترض فيه ان يكون بعيدا عن التوجهات السياسية للسلطة التنفيذية –مستنسخا إياها من التجربة الفرنسية – لتكون مستقلة في أدائها لمهامها، لكن ذلك لم يحدث إذا راعينا التطورات التي شهدها تنظيم مجلس النقد والقرض منذ 1990، إلى يومنا هذا. فقد عرفت استقلالية المجلس تراجعا ملحوظا على ضوء التعديلات التي مست القانون 1990 باعتباره اول نص تشريعي شمل إعادة هيكلة النظام المصرفي الجزائري ومنح المجلس استقلاليته لتبلغ ذروتها بتبني نظام التمويل التقليدي، وانتقل من الاستقلالية إلى اللاستقلالية أي التبعية خاصة منها العضوية التي اثرت على استقلاليته الوظيفية. هذه التبعية هي التي تفسر في نظرنا عدم انسجام الأنظمة مع النصوص القانونية والتنفيذية أحيانا والذي يعتبر خرقا فادحا للمبادئ الدستورية وتدرج القوانين لأنها في النهاية نتاج التوجهات السياسية التي تمارسها تحت غطاء سلطة نقدية مستقلة.

بناء على ذلك لا بد من تأطير هذا العمل التنظيمي بتوزيع واضح للاختصاصات بين المجلس والسلطة التنفيذية لتفادي منازعات الاختصاص بينهما. وتفعيل دور المجلس الدستوري باعتباره يسهر على احترام المشرع للمبادئ الدستورية والفصل في مسألة إلغاء الأنظمة للقوانين أو إصدار أنظمة تخالف

مضمون القانون، أو اصدار الأنظمة قبل صدور القانون، كما يجب ان يمارس المشرع دوره في وضع القواعد القانونية المنظمة للنشاط المصرفي فقد أصبحت كل المسائل الهامة والفرعية المتعلقة بمجال النقد والقرض تنظمها الأنظمة وليس القانون، على نحو تحولت فيه من قواعد تطبيقية إلى قواعد أساسية ومصدر حقيقي للنصوص القانونية ومع ذلك ورغم أهميتها لم تغط هذه الأنظمة كافة المجالات المرتبطة بالنشاط البنكي المتعلق بالعقود على اختلاف أنواعها التي تبرمها البنوك مع المتعاملين، ويبقى الكثير منها بدون تأطير مثل التحويلات فلا يتضمن القانون التجاري ولا قانون النقد والقرض ولا أنظمة بنك الجزائر نصوص تنظم ضمانات القروض المصرفية، أو شروط فسخ عقود القرض مثلا.

الهوامش

1 – د بوحميدة عطا الله، المجلس الدستوري، اي رقابة للتنظيم؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 3 سنة 2002، ص 85 .

– ضويفي محمد، المركز القانوي للبنك المركزي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر –1– كلية الحقوق، 2014–2015، ص 192.

2– مكناش نريمان، السلطة التنظيمية في دساتير بعض الدول المغاربية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر –1–، كلية الحقوق 2015، ص52.

3– ضويفي محمد، المركز القانوي للبنك المركزي،ا لمرجع السابق، ص 192.

4– محمودي سميرة، الاختصاص التنظيمي لمجلس النقد والقرض، رسالة دكتوراه، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، 2017 ، ص128.

5– ليس فقط قانون النقد والقرض بل أيضا القانون التجاري حيث صدر النظام رقم 08–01 تطبيقا للمادة 526 مكرر 2 منه، والنظام رقم 05–03 مؤرخ في 16 يونيو 2005 يتعلق بالاستثمارات الأجنبية (ج. ر. 53 الصادرة في 21 يوليو 2005)الذي صدر تطبيقا للامر رقم 01–03 مؤرخ في 20 اوت 2001 متعلق بتطوير الاستثمار(ج. ر.47–2001) ، كما صدر النظام رقم 12–03 (ج . ر. 12 الصادرة في 27 فبراير 2013) المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما تطبيقا للقانون رقم 05–01 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج. ر. العدد 11، الصادر في 9 فيراير 2005).

6– بوحادة محمد سعيد دور سلطات الضبط الاقتصادي في مجال وضع القواعد القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة غرداية 2020، ص 185 وما يليها .

7– وفقا للمادة 62 فقرة اخيرة من الأمر رقم 03–11 المعدل والمتمم.

8– حميد زايدي "دور السلطات الادارية المستقلة في ضبط النشاط الاقتصادي" مداخلة القيت بمناسبة الملتقى الوطني السابع حول "ضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، بين التشريع والممارسة" المنظم يومي 9–10 ديسمبر 2013، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، ص 07.

9– ضويفي محمد، المركز القانوني للبنك المركزي، المرجع السابق، ص 184.

10–كما تتمتع بصلاحية اتخاذ قرارات تمس مراكز قانونية خاصة تسمى قرارات فردية يرخص بموجبها مثلا بإنشاء البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري أو يرخص بفتح مكاتب التمثيل، تفويض الصلاحيات في مجال تطبيق التنظيم الخاص بالصرف، والقرارات المتعلقة بتطبيق الأنظمة التي يسنها المجلس.

11 - Rachid Zouaimia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie , Edition Houma2005 , p 19.

12–كما كان المجلس الوطني للقرض المنشئ بموجب القانون الصادر في 19 اوت 1986 الذي كان حل محل

مجلس القرض المنشئ قبله بالأمر رقم 30 جوان 1971 ، فهاتان الهيئتان كانتا تحت سلطة وزير المالية، كهيئات استشارية يقتصر دورها على وتقديم الآراء المتعلقة بالنقد والقرض.

13- حيث تنص المادة 59 من القانون 90-07 المؤرخ في 3 افريل 1990 المتعلق بالإعلام على ما يلي :

" *يحدث مجلس أعلى للإعلام وهو سلطة إدارية مستقلة ضابطة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تتمثل مهمتها في السهر على احترام هذا* القانون " .

14- منها لجنة التنظيم ومراقبة عمليات البورصة، اللجنة المصرفية، سلطة ضبط للبريد والاتصالات، سلطة ضبط النقل، لجنة ضبط السمعي البصري، مجلس المنافسة وغيرهم.

15- أنشئت سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية بموجب القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية (ج. ر. العدد 27 الصادر في 13 ماي 2018) ، وهي لا تتمتع بسلطة تنظيمية حقيقية كسلطة مجلس النقد والقرض حيث تمارس اختصاصها التنظيمي بموجب مقرارات .

16- على غرار لجنة ضبط الكهرباء والغاز المنشئة بموجب القانون رقم 02-01 .

17 - Marc Djidaara, *Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes*, p.270, http://core.acuk/downlod/14467.pdf , consulté le 10/05/2021.

18- المادة 10 من الامر رقم 03-11 المعدل والمتمم.

19- تنص المادة 58 من الأمر رقم 03-11 على مايلي: *يتكون مجلس النقد والقرض الذي يدعى في صلب النص "المجلس" من "-أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر - شخصيتين يختاران بحكم كفاءتهما في المسائل الاقتصادية والنقدية"*.

20- تنص المادة 18 من الأمر رقم 03-11 على ما يلي " *يتكون مجلس الإدارة من "-المحافظ رئيسا-نواب المحافظ الثلاثة – ثلاثة موظفين ذوي اعلى درجة معينين بموجب مرسوم من رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم في المجالين الاقتصادي والمالي* " .

21- وفقا للمواد 13، 18، و59 من الأمر رقم 03-11.

22- وفقا للمادة 60 من الأمر رقم 03-11.

23 - Art. L.142-3 code monétaire et financier Français. .

24 - Arrêt CAMPBELL ET FELL c. ROYAUME UNIE , 28 juin 1984 « *pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant – notamment a l'égard de l'exécutif et des parties -la cour a eu égard au mode de désignation et a la durée des mandat des membres , a l'existence de garanties contre les pressions extérieurs , et au point de savoir s'il ya ou non apparence de dépendance* » Cour Européenne des droits de l'homme , p33 , www.hudoc.ecrh.coe . consulté le 01/06/2021.

25- المادة 57 من قانون عدد 35 لسنة 2016 المؤرخ في 25 أفريل 2016 والمتعلق بضبط النظام الأساسي للبنك المركزي التونسي .

26 -Berri noureddine, Les nouveaux de régulation en matière de télécommunications , Thèse de doctorat , Université Mouloud Mammeri –Tizi -Ouzou 2014 , p 230.

27-موساوي نبيل، حياد السلطات الإدارية المستقلة، رسالة دكتوراه، جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية، 2019، ص 127.

28 - Rachid khelloufi , Les institutions de régulation en droit Algerien , Revue IDARA, p 98.

29 - Art 5 de la Loi n 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes .

30-اعراب احمد، في مدى دستورية السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري -تيزي وزو- 2021، ص 189.

31 -Rachid Khelloufi , op.cit , p. 100.

32 -Berri noureddine , op..cit, p. 239.

33- بوحادة محمد سعيد، دور سلطات الضبط الاقتصادي في مجال وضع القواعد القانونية، المرجع السابق، ص 149.

34 -Rachid Khelloufi, op. cit., p. 102

35 - Les autorités administratives indépendantes :évaluation d'un objet juridique non identifiée (tome 1: Rapport), Travaux parlementaires , sept 2021, www.senat.fr, consulté le 02/05/2021. .

36-على عكس العديد من سلطات الضبط الأخرى التي اعترف لها المشرع صراحة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي مثل ما هو الحال بالنسبة لسلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية .

37-د. بريش محمد عبد المنعم، رقابة القاضي الإداري على اعمال السلطة التنفيذية، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية ص 89، على الموقع https://www.asjp.cerist.dz.

38-محمودي سميرة، قصور إمكانية الطعن بعدم مشروعية أنظمة مجلس النقد والقرض، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد 02 – 2018، ص 232.

39- هريش سهام، التنظيم التفيذي ومسألة الامن القانوني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن ديسمبر 2017، ص117.

40-المقدر ب5 ملايين د ج اذا ما لجأت الشركة للادخار، ومليون د.ج في حال لم لم تلجأ الى الادخار .

41- وقد صدر أول نظام حدد رسمال الأدنى للوسطاء المعتمدين العاملين بالجزائر في 4 يوليو 1990 وقدر رأسمال البنوك آنذاك ب 500 مليون دينار جزائري و100 مليون دينار جزائري بالنسبة للمؤسسات المالية، لتتوالى التعديلات في رأسمال بموجب الأنظمة.

42- النظام رقم 96-06 المؤرخ في 3 يوليو 1996 يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري وشروطه، ج رالعدد66 المؤرخ في 1996/11/3.

43- النظام رقم 2020-02 مؤرخ في 15 مارس 2020 يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية، ج ر العدد 16 الصادر في 24 مارس 2020

44- النظام رقم 18- 02 المؤرخ في 4 نوفمبر 2018 المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، ج ر العدد 73 الصادر في 9 ديسمبر 2018.

45-النظام رقم 2020-01 الصادر في 15 مارس 2020 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية .

46- النظام رقم 13-01 الصادر في 8 افريل 2013 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية .

47- التي صدرت تطبيقا للمادة 140 من الدستور الجزائري

48 -Rachid Zouamia , les autorités de régulation financière en Algérie , op.cit , p 32.

خوصصة مصادر القانون: دور قواعد "أيوفي (AAOIFI) في تسيير المصارف الإسلامية

PRIVATISATION OF SOURCES OF LAW: THE ROLE OF THE AAOIFI RULES IN RUNING ISLAMIC BANKS

بن رجدال آمال [1]– أستاذة محاضرة أ

[1] –كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 (الجزائر) a.benrejdal@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/11/08 تاريخ القبول: 01 /2021/11 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

تطبّق المؤسسات المالية والبنوك التقليدية عادة عند ممارسة نشاطها المصرفي معايير محاسبية دولية، هذا المسار الذي سارت عليه منذ زمن قد عرف تحولا بسبب انتشار توجّه جديد يشجّع ويدعوا إلى تبني فكر محاسبي إسلامي، وذلك من خلال تطبيق معايير محاسبية شرعية ذات طابع إسلامي تصدرها هيئة مختصة هي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية(AAOIFI)، ولقد مسّت هذه المعايير كل من الجانب الشرعي، المحاسبي، المراجعة، الحوكمة وأخلاقيات العمل، حيث غطّت أغلب الجوانب المهمة في التعاملات المالية ذلك ما جعلها بديلا ذا طابع شرعي للمعايير المحاسبية الدولية تطبّقها المؤسسات المالية الإسلامية والتقليدية أيضا.

الكلمات المفتاحية: بنوك إسلامية، بنوك تقليدية، أيوفي، معايير شرعية، محاسبة، مراجعة، مؤسسات مالية إسلامية.

Abstract:

Traditional banks and financial institutions generally apply international accounting standards. This mode of operation has experienced a new trend which encourages and calls for Islamic accounting thought, through the application of the rules of the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI). These standards have affected both the legitimate, accounting, auditing, governance and work ethics, covered most of the important aspects of financial transactions, and have provided a legitimate Islamic alternative to international accounting standards, practiced by international or Islamic banks.

KEY WORDS: Islamic Banks, Traditional Banks, AAOIFI, Legitimate Standards, Accounting, Auditing, Islamic Financial Institutions.

المؤلف المرسل: بن رجدال آمال ،الميـــل :a.benrejdal@univ-alger.dz

مقدمة

تطبّق البنوك والمؤسسات المالية التقليدية المعايير المالية والمحاسبية الدولية كمعايير مرجعية بسبب ما توفره هذه الأخيرة من إجماع حولها من طرف مستعمليها، كما سمحت هذه المعايير بتوحيد مضامين المصطلحات والمفاهيم المحاسبية وتحقيق نوع من التجانس في العمل المحاسبي والوصول إلى لغة محاسبية توافقية مقبولة من المجموعة الدولية[1]، لكن هذا المسار الذي سارت عليه المؤسسات المالية والمصرفية منذ زمن، قد عرف تحولا منذ انتشار توجّه جديد يشجّع ويدعوا إلى تبني فكر محاسبي إسلامي، خاصة بعدما أن أدرك العالم بعد الأزمة المالية لسنة 2008 أنّ البنوك الإسلامية أظهرت قدرة كبيرة على تجاوز آثار الأزمة المالية العالمية[2] وأنّ هناك نماذج بديلة للصيرفة تحمل حلولا جديدة ومكمّلة[3]، تتمثّل في مبادئ في شكل معايير شرعية ناتجة عن الاجتهاد الفقهي المعاصر في فقه المعاملات المالية، ومستسقاة من الكتاب والسنة، أي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية الغراء[4].من أهّم المعايير الشرعية التي حقّقت نوع من التجانس في العمل المصرفي هي المعايير الصادرة عن الأيوفي، والتي لم يكن الهدف منها أن تكون قانونا أو تحلّ محله، لكنّها حلّت في كثير من الأحيان محل القانون، إذ أصبحت هذه المعايير تُدرج في الاتفاقيات والعقود، فهل يعني ذلك أنّها قانون خاص؟ كما نجدها تُطبّق في المؤسسات الإسلامية وغير الإسلامية على النزاعات عوض تطبيق قانون الدول ، وأصبح يُشار في العقود في حالة نزاع بين مؤسسة إسلامية وغير إسلامية إلى تطبيق القانون وفقا لما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لتفسير معايير أيوفي الشرعية، بالإضافة إلى ما سبق، في حالة نزاع أصبح الخصوم يطالبون بتطبيق مرجع واحد يوحّد كل المعايير التي تُطبق على النزاع ولا يناسبهم الرجوع إلى عدّة مراجع، وبالتالي أصبحت معايير أيوفي الموحّدة الوسيلة المناسبة والأمثل لتطبق على النزاعات[5]، فهي معايير محاسبية شرعية ذات طابع إسلامي تصدرها هيئة مختصة هي **هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية** AAOIFI، ولقد مسّت هذه المعايير كل من الجانب الشرعي، المحاسبي، المراجعة، الحوكمة وأخلاقيات العمل، حيث غطّت أغلب الجوانب المهمة في التعاملات المالية ذلك ما جعلها بديلا ذا طابع شرعي للمعايير المحاسبية الدولية على مستوى المؤسسات المالية الإسلامية والتقليدية أيضا[6].

إنّ القواعد أو المعايير الشرعية هي قواعد محاسبة ذات مرجعية إسلامية، أي منبثقة عن قواعد الشريعة الإسلامية الغراء، تطبّق القانون الشرعي –على المعاملات المالية في إطار ما يُعرف بالصناعة المالية الإسلامية–، الذي يُحظر الدخل العائد من الفائدة أو الربا[7] أو المقامرة على عكس البنوك التقليدية[8]، بل تقوم على أساس الإنصاف[9] ومبدأ اقتسام الأرباح والخسائر[10]، كما تقوم على قيم أخرى منها المسؤولية، العدالة الاجتماعية، المشاركة، التعاون[11] كما تهدف إلى التوزيع العادل للدخل والثروة، ليس فقط بين المساهمين في المؤسسة ولكن تشمل المجتمع بشكل عام، فلقد منحت الصيرفة الإسلامية أملا لبعض الفئات الاجتماعية التي لا تريد مخالفة احكام الشريعة وأيضا لصغار المقاولين الذين يتعذّر

عليهم تحقيق مشاريعهم بسبب نقص الإمكانيات المادية[12]، فهي تسعى لتحقيق أهداف إنسانية في إطار مسؤولية مجتمعية للبنوك الإسلامية[13] أو بالأحرى هي تهدف إلى أخلقة الصيرفة التقليدية الغربية[14].

تعدُّ المعايير الشرعية وسيلة إثبات في عالم الأعمال يستخدمها التجار لتحديد وإثبات حقوقهم وواجباتهم، وأيضا هي أداة للمراقبة القانونية والجبائية وأداة للضبط الاجتماعي، بحيث تقدّم معلومات عن الوضعية المالية للمؤسسة وتسمح بمراقبة توزيع وتقسيم الثروات كحصص المساهمين والاشتراكات ومراقبة الوعاء الضريبي، كما تساعد على التقييم الاقتصادي والمالي وتعدُّ مصدرا مميزا للمعلومات المتعلقة بالإحصاء والمحاسبة الوطنية، بالإضافة إلى أهداف أخرى عديدة منها توفير معلومات حول مدى التزام المؤسسات المالية بالشريعة الإسلامية في معاملتها والعمليات التي تقوم بها[15].

أهم ما يميّز هذه القواعد–المعايير الشرعية– هو أنّها قواعد لم تضعها الدول وفقا للآليات المتعارف عليها وإنّما منظمة خاصة (أيوفي) الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول طبيعتها (شريعة إسلامية، أوفتاوى شرعية تسعى أيوفي إلى ترجمتها إلى ضوابط وقواعد تطبيقية تأخذ شكل معايير شرعية) وعن إمكانية ترقيتها إلى درجة "قانون" بالمعنى الاصطلاحي؟ أم هي قواعد خاصة؟ ماهي آلية اصدارها؟ ما مدى انتشارها؟ هل هذه المعايير موجّهة للفنيين في المؤسسات المالية أم إلى العملاء؟ ما هو التأثير القانوني لمعايير أيوفي؟ وهل تسري هذه المعايير الشرعية على كل البنوك؟، حيث نجد الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية على غرار السعودية، تطبّق أيضا قواعد أيوفي، فهل المتعاملين في هذه الحالة يطبّقون قانون الدولة أو المعايير الشرعية؟، فنتسأل حول مدى التزام الأفراد بالامتثال للوائح ومعايير أيوفي؟

نجيب على هذه التساؤلات من خلال التطرّق أولا إلى قواعد أيوفي ودورها في حل المشاكل والصعوبات في البنوك الإسلامية (**المحور الأول**) وثانيا إلى تطبيق معايير أيوفي سواء بصفة إلزامية أو كمعايير إرشادية (**المحور الثاني**).

المحور الأول: أيوفي: مصدر المعايير الشرعية

إنّ تحديد مفهوم المعايير الشرعية يقتضي في البداية أن نشير إلى الهيئة المختصة بإصدار المعايير الشرعية(أولا) ثمّ التطرق لمفهوم المعايير الشرعية(ثانيا)

أولا: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI

تثير هذه النقطة تعريف الهيئة (1) وكذا تنظيمها (2)

1–تعريف أيوفي

كلمة "أيوفي" هي اختصار لـ **هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية باللغة الإنجليزية،(AAOIFI)**، وهي منظمة دولية مهنية مستقلة غير ربحية، داعمة للمؤسسات المالية الإسلامية تأسست عام1991 [16]، بموجب اتفاقية وقعتها عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ 26 فبراير 1990 في الجزائر، وقد تمّ تسجيل الهيئة في 27 مارس 1991 في البحرين مقرها الرئيسي. تأسسّت هذه المنظمة في الأساس لإصدار معايير المحاسبة والمراجعة فقط، وهي اليوم تصدر خمسة

أنواع من المعايير على رأسها المعايير الشرعية بالإضافة الى معايير المحاسبة والمراجعة وأخلاقيات العمل والحوكمة. أصدرت أيوفي إلى يومنا هذا 100 معيارا في مجالات المحاسبة والمراجعة وأخلاقيات العمل والحوكمة، بالإضافة إلى المعايير الشرعية التي اعتمدتها البنوك المركزية والسلطات المالية في مجموعة من الدول باعتبارها إلزامية أو إرشادية.

تحظى الهيئة بدعم عدد من الأعضاء يصل إلى مئتين ينتمون إلى أكثر من 45 دولة من بينهم مصارف مركزية وسلطات رقابية ومؤسسات مالية وشركات محاسبة وتدقيق ومكاتب قانونية، وتطبّق معايير الهيئة حاليا المؤسسات المالية الإسلامية الرائدة في مختلف أنحاء العالم والتي وفرّت درجة متقدمة من التجانس للممارسات المالية الإسلامية على المستوى العالمي[17].

2 –أيوفي : منظمة خاصة

تتشكّل الهيئة من مجلس أمناء يضّم نخبة من العلماء والفقهاء ومديري البنوك المركزية من كل أنحاء العالم، يتكوّن الهيكل التنظيمي لأيوفي من الجمعية العمومية ومجلس الأمناء، مجلس معايير المحاسبة والمراجعة، والمجلس الشرعي، بالإضافة إلى لجان شرعية ولجنة تنفيذية وأمانة عامة.

يُعدُّ البنك الإسلامي للتنمية [18]بمثابة البيئة الحاضنة والداعمة لهذا المشروع[19]حيث تبنى هذه المبادرة ماليا ومعنويا، لكن رغم ذلك تُعدّ أيوفي هيئة مستقلة غير تابعة للبنك الإسلامي للتنمية، ولا لمجلس التعاون الخليجي، ولا للبنك الدولي ولا لصندوق النقد الدولي، بل مرجعتيها هي لجمعيتها العمومية التي تضّم أعضائها[20]،ويُعدُّ المجلس الشرعي للأيوفي مرجعية عليا للصناعة المالية الإسلامية، إذ يضّم أبرز علماء وفقهاء الدين من مختلف المذاهب والمدارس الفقهية[21].

تتكون أيوفي من خمسة أنواع من الأعضاء هم **المؤسسون[22]، هيئات الرقابة والاشراف** وتضم 23 بنك مركزي وسلطة اشرافية ورقابية وبنوك مركزية من مختلف أنحاء العالم[23]، **المشاركون**[24] و**الداعمون** وتشمل مكاتب المحاسبة والمراجعة ومكاتب الاستشارات والتدريب[25].

ثانيا/ المعايير الشرعية

لا يمكن لخبراء المحاسبة أن يفرقوا بين الحلال والحرام وبين المشروع والممنوع، فظهرت الحاجة إلى لوجود معايير شرعية تساهم في تعزيز المرجعية الشرعية للصناعة المالية الإسلامية لذلك عملت الهيئة على وضع أساس شرعي واحد ودليل عملي دولي، وبالتالي ظهرت فكرة المعايير الشرعية والمجلس الشرعي الذي يصدر المعايير الشرعية، والمجلس المحاسبي الذي يصدر معايير المحاسبة والمراجعة ومجلس الحوكمة والاخلاقيات الذي يصدر معايير الحوكمة والاخلاقيات.

أصدرت منظمة "أيوفي " 100 معيار(27 معيار محاسبة و05 معايير مراجعة ومعياران أخلاقيان و07 معايير حوكمة بالإضافة إلى 58 معيار شرعي –المتاجرة في العملات، المرابحة، المقاصة، الحوالة، المضاربة، الاعتمادات المستندية، الإفلاس، التعاملات المالية بالأنترنت، التحكيم) [26]، هذه المعايير اعتمدتها بعض الدول في تسيير المصارف الإسلامية على غرار مملكة البحرين ومركز دبي

المالي العالمي والأردن ولبنان وقطر والسودان وسوريا، كما أن الجهات المختصة في أستراليا وإندونيسيا وماليزيا وباكستان والمملكة العربية السعودية وجنوب أفريقيا أصدرت أدلة إرشادية مستمدة من معايير الهيئة وإصداراتها[27].

اعتمدت البنوك المركزية والسلطات المالية هذه المعايير في مجموعة من الدول باعتبارها إلزامية أو استرشادية والتي وفّرت درجة متقدمة من التجانس للممارسات المالية الإسلامية على مستوى العالم.

1- مفهوم المعايير الشرعية

نتناول ذلك خلال تعريفها (1-1)، فتكييفها (1-2)

1-1 تعريف المعيار الشرعي

يُقصدُ بالمعايير الشرعية، مجموعة الضوابط التي تضبط العقود والأنشطة الإنسانية بأحكام الشريعة الإسلامية، ومبادئها، والمقصود بها في هذه الدراسة المعايير الشرعية والمعايير المحاسبية ومعايير الضبط ومعايير المراجعة الصادرة عن الأيوفي[28] ولقد عرّفها الفقه على أنّها:

" قواعد مختصرة الصياغة، مختزلة العبارة، تهدف إلى توصيف عقود ومنتجات الصناعة المالية الإسلامية، وتكييفها الفقهي وبيان أحكامها الشرعية، مع ما تضمنه ذلك من شروط الصحة وموانعها، مع عناية بالمستجدات والواقع، تكون دليلا عمليا يختصر الخبرات ويطوّرها" [29]

كما عرّفها على أنّها:

" المعيار الشرعي هو مجموعة من الأحكام الشرعية في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية المتعلقة بمجال معيّن أو منتج محدّد أو عملية ما. وهو يبيّن الجائز وغير الجائز منها، إضافة إلى أهّم التطبيقات ذات الصلة التي تزاولها المؤسسات المالية الإسلامية"[30]

خلاصة القول فهي أحكام شرعية في مجال المعاملات المالية الإسلامية، تتضمن دليل عملي ينظّم الشروط الإجراءات وخطوات التنفيذ المطلوبة شرعا لإبرام أو مراقبة عقد أو مُنتَج أو خدمة.

1-1-1المراحل الفنية لإصدار المعيار

يمر اصدار المعايير الشرعية بعدّة مراحل لا تقل عن 14 خطوة، أهمّها اعتماد موضوع المعيار بعد تكليف لجنة دائمة مختصة بدراسة المعيار التي قد تقبل الدراسة أو ترفضها أو تقبلها بتعديل، ثمّ تُعرض مسودة المعيار على اللجان الفرعية لدراستها شكلا ومضمونا أي صياغة وفقها.

تستتبع الخطوات السابقة بدراسة المعيار من المجلس الشرعي ثمّ إعلان المعيار للصناعة، فيعلن المجلس الشرعي المسودة على عامة النّاس [31]ثمّ يعقد جلسات استماع في أماكن مختلفة من العالم أمام مختلف المطبقين، وتصنف المعايير إلى ستة أنواع: معايير التمويل، معايير الاستثمار، معايير، الضمانات والرهونات، معايير الخدمات المالية، معايير التأمين، ومعايير مبادئ مالية عامة.

1-1-2-الطابع الالزامي للمعايير الشرعية

تساهم المعايـــير الشرعية التي تمّ صياغتها بطريقة قانونية واضـــحة في تطـــبيق أحكام الشريعة

الإسلامية على مستوى البنوك والمؤسسات المالية بطريقة موّحدة فهي تساهم في تحقيق التعاون بين البنوك في الأعمال المشتركة خاصة فيما يتعلّق بالعقود والضوابط والمبادئ العامة، كما تسهّل المعايير الشرعية الواضحة العمل على هيئات القضاء والتحكيم عند الفصل في المنازعات المعروضة أمامها وعلى المصارف المركزية وهيئات الرقابة والتدقيق المخول لها ضبط ومراقبة أعمال البنوك والمؤسسات المالية[32].

2-1 معايير أيوفي: قاعدة سلوك عامة (قانون)، أو قاعدة سلوك خاص (قانون خاص)

يقتضي تنظيم المجتمع خضوع الأشخاص في علاقاتهم فيما بينهم أو مع الغير لقواعد قانونية ملزمة تنظّم سلوكهم وتقوّمهم إذا انحرفوا عن السلوك السليم، تصدر القواعد القانونية عن السلطة المخول لها بموجب الدستور إصدار القانون، ويعود ذلك للسلطة التشريعية وكذا للسلطة التنفيذية ممثلة في الملك والحكومة في إطار السلطة التنظيمية في شكل لوائح (مراسيم تنظيمية) ومراسيم تنفيذية، كما يوجد إلى جانب القواعد القانونية قواعد اجتماعية تساهم في تنظيم سلوك الأفراد ومن بينها قواعد الدين الإسلامي.

أمّا عن معايير أيوفي فهي قواعد مستسقاة من الشريعة الإسلامية الغراء، ذلك ما يدعونا للتساؤل حول ما إذا كانت هذه المعايير قانونا بالمعنى الاصطلاحي أم هي مجرّد اتفاق بين الأطراف (البنوك والمتعاملين)، فبالاعتماد على المعيار العضوي فهي ليست قانون، بما أنّها لا تصدر عن الدولة، أمّا بالاعتماد على المعيار الموضوعي فهي قانون بما أنّها تنظّم سلوك.

يختص المجلس الشرعي لهيئة أيوفي بإصدار المعايير الشرعية ويتكون من أعضاء ينتمون إلى مختلف المذاهب، يضمّ 20 عالم من 15 دولة من العالم يختارون على أساس التنوّع الجغرافي والمذهبي، ويضمّ عدة لجان تابعة له، فما يصدره المجلس الشرعي من معايير لا يمكن اعتباره قانونا بالمعنى الاصطلاحي، كما أنّ هذه المعايير ليست فتوى ولا حتى قرارا مجمعيا[33]، بل يمكن تكييفها على أنّها قانون خاص اتفق الأطراف بناء على إرادتهم في تطبيقها على معاملاتهم المالية، وهي معايير غير مقننة، فهي ليست بقانون بالمفهوم الاصطلاحي فلا تصدرها الدولة، بل مجرّد اتفاق.

بعد استعراضنا لمفهوم المعايير الشرعية من خلال التعرض لتعريفها، طرق إصدارها، الجهة المختصة بإصدارها وأهمية الالتزام بها، نستعرض في المحور الثاني تطبيق معايير أيوفي واستنتاج القيمة القانونية للمعايير الشرعية.

المحور الثاني: تطبيق معايير أيوفي

بعض البلدان اعتمدتها كمعايير إلزامية (1) وأخرى تطبقها كشروط خاصة (2).

تختلف القيمة القانونية للمعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي فيما بين الدوّل على حسب طريقة تطبيقها، فهناك دوّل طبّقتها بصفة إلزامية في حين هناك من اعتبرتها معايير ارشادية فقط-غير ملزمة- فرغم أنّ المعايير الشرعية لا يمكن أن ترتقي لاعتبارها انجازا تشريعيا وقانونيا إلاّ أنّها معايير ملزمة للبنوك الإسلامية، إلى درجة أنّ هناك من اعتبرها كمصدر أصلي للقانون لكن دون أن يبيّن

يـبيّن ما هو مصدر إلزاميتها[34].

لتوضيح ما سبق، نستعرض تجارب بعض الدول في المزاوجة بين الشريعة والقانون في اعمال البنوك الإسلامية ومدى القوة التي تكتسبها المعايير الشرعية عندها، فنتطرق لدراسة التجربة البحرينية البلد الحاضن لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ثمّ نستتبع الدراسة بواقع التجربة الجزائرية ومدى التزام البنوك والنوافذ الإسلامية والعملاء بالامتثال لمعايير أيوفي.

أولا/ تطبيق المعايير الشرعية كقانون: التجربة البحرينية

أصبحت بعض الدوّل تطبق المعايير الشرعية بصفة إلزامية على غرار دولة البحرين، باكستان والسودان[35] وسوريا وليبيا وعمّان، واعتمدها البنك الإسلامي للتنمية (وهو مؤسسة تمويل دولية متعددة الأطراف)، كما تستعمل المعايير الشرعية كأساس لمعايير المحاسبة الوطنية في دول مثل اندونيسيا وماليزيا، حيث اصدرت ماليزيا قوانين خاصة بنـــظام التمويل الإسلامي فهي تـــسمح بالعمل بنظام تمويل مزدوج.

1–المعايير الشرعية للأيوفي : أنظمة من انظمة البنك المركزي البحريني) قرارات إدارية تنظيمية الزامية من وضع الدولة)

تبنّت بعض الدول المعايير الشرعية الصادرة عن الأيوفي، ومن بينها دولة البحرين، حيث نصّ قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية رقم 64 لسنة 2006 بموجب المادة 39 منه صراحة على خضوع المؤسسات المالية الإسلامية –فيما يتعلق بالخدمات التي تقدمها– لمصرف البحرين[36]، ولقد ألزم مصرف البحرين المركزي المؤسسات المالية الإسلامية بتطبيق المعايير الشرعية للأيوفي بموجب الدليل الإرشادي CBB Rule BOOK الصادر عن مصرف البحرين[37] ، كما يسمح القانون البحريني [38]لمحافظ البنك أن يصدر الإرشادات اللازمة التي تضمن تيسير فهم وتطبيق أحكام هذا القانون واللوائح، ويحق له أن يصدر إرشادات بشأن أية أمور أخرى يراها الزمية لتحقيق أغراض المصرف المركزي، ويتولى أيضا الإعلان عن هذه الإرشادات والتوجيهات بالطريقة التي يراها مناسبة وتصبح هذه الأخيرة ملزمة بمجرّد إعلانها إلى المخاطبين بها.

ولقد أصدر محافظ مصرف البحرين المركزي عدّة قرارات تلزم المصارف الإسلامية بتطبيق المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية من بينها:

1–1 أمثلة عن القرارات الصادرة عن محافظ البنك المركزي البحريني

أ/ القرار رقم **18** لسنة **2020** بشأن المعايير الحاكمة للمعاملات الخاضعة للشريعة الإسلامية (جريدة رسمية 3482) [39]، حيث جاء في المادة 02 منه "تخضع كافة المعاملات والعقود المبرمة من قبل المرخص لهم الذين يقدمون خدمات مالية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية للمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، والمنشورة على الموقع الالكتروني الخاص بالمصرف".

جاءت المـــادة الثالثة من القرار لتؤكّد على إلزامية هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرســمية

والتي تنصّ على: «على الإدارات المعنية بمصرف البحرين المركزي تنفيذ أحكام هذا القرار، ويُعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

ب/القرار رقم **30**لسنة **2017** بشأن شروط واجراءات الترخيص بمزاولة نشاط أمين عهدة، إذ نصت المادة05 من القرار "...على جميع أمناء العهد المالية المرخص لهم – عند تقديمهم خدمات عهد وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التقيّد بما يلي :

–الاستعانة بإحدى هيئات الرقابة الشرعية.[40]

–تدقيق الحسابات وفقاً للمعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية".

وفي نفس الإطار أصدر محافظ بنك البحرين مجموعة من التوجيهات والإرشادات إلى المؤسسات المالية الإسلامية، يحثهم على ضرورة الالتزام بالمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية والقرارات الصادرة عن المجلس المركزي للرقابة الشرعية وما تصدره هيئة الرقابة الشرعية من قرارات.[41] وبدراسة التوجيهات التي أصدرها المصرف المركزي نفاذا لأحكام القانون وخصوصا التوجيه المتعلق بإتباع المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي، فهذا التوجيه قد صدر باللغة الانجليزية[42] و لم يتضمن على السند القانوني لإصداره ، خاصة وأنّ المادة 39 من قانون مصرف البحرين تشترط صراحة أن تشتمل هذه التوجيهات على السند القانوني لإصدارها[43] مع العلم بعدم وجود نص صريح أو إشارة في قانون المصرف يتعلّق بالمعايير الشرعية الصادرة عن الأيوفي الأمر الذي قد يعرض هذا التوجيه إلى عدم الاعتراف به من قبل القضاء أو الطعن به أمام المحاكم[44].

ج/القرار رقم **06** لسنة **1997** الصادر عن وزير التجارة بشأن التزام بعض الشركات بمعايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث نصت المادة الأولى منه على أنّه : " يجب على المؤسسات المالية التي تتخذ شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة وتعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التقيّد بما يصدر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية من معايير للمحاسبة، وعليها تطبيق تلك المعايير وفقاً لتوجيهات مؤسسة نقد البحرين".

كما نصت المادة الثانية من نفس القرار على أن: "يكون تدقيق القوائم المالية للشركات الخاضعة لأحكام هذا القرار من قبل مكتب تدقيق حسابات مرخص بفتحه في دولة البحرين، وذلك طبقاً لمعايير المراجعة الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية".

وأيضا نصّت المادة الثالثة من القرار أعلاه على أن: "تُعدّ هيئة الرقابة الشرعية بكل شركة من وفقاً الشركات المذكورة تقريرها السنوي وفقا لمعايير المراجعة الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ويُرفق التقرير بالقوائم المالية السنوية الواجب تقديمها إلى وزارة التجارة".

إذا ممّا سبق وبالاستناد إلى مجموعة التعليمات والارشادات الصادرة عن محافظ مصرف البحرين وكذا قرارات وزير التجارة بإلزام المؤسسات المالية الإسلامية بالمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.[45] وتبقى هذه المعايير ملزمة في البحرين لأنّ مصرف

البحرين المركزي ألزم المؤسسات المالية بتطبيقها بعد نشرها في الجريدة الرسمية، لكن هل ذلك يجعلها في نفس مرتبة القانون المدني مثلا، فرغم أن المصرف المركزي جعلها ملزمة إلاّ أنّها تبقى في مرتبة أدنى من التشريع، فبالرجوع إلى الأدوات القانونية المعتمدة في مملكة البحرين، نجد الدولة كغيرها من الأنظمة الدستورية الأخرى تستعمل مجموعة من الأدوات القانونية في المنظومة القانونية على رأسها الدستور[46] ويليه القانون [47]،ثمّ يليه المرسوم بقانون[48]، وهذه المراسيم تكون لها قوة القانون، على ألا تكون مخالفة للدستور[49]، ثمّ يأتي في المرتبة الموالية المرسوم الذي يصدر تنفيذا القانون[50]، والمراسيم هي أداة إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين[51]،وتليها الأوامر الملكية [52]**وأخيرا القرارات** التي تصدر عن من مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء أو من رؤساء الهيئات والمؤسسات العامة أو من مجالس إدارتها، وذلك كله في المجالات المحدّدة بنصوص القوانين التي تباشر بها الحكومة اختصاصاتها وأنشطتها، وتنقسم القرارات إلى قرارات فردية[53]،و قرارات تنظيمية "اللوائح" مثل القرار الوزاري الصادر من وزير التجارة المُشار إليه أعلاه، وغيره من القرارات الوزارية (القرار الوزاري الصادر من وزير التجارة بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الشركات مثلا).

ترى هيئة التشريع والإفتاء القانوني في مملكة البحرين أنّه يجب الالتزام بحدود النصوص القانونية عند إصدار القرارات، سواء كان القرار تنظيميا أو فرديا تحت طائلة الطعن فيه ويجوز لصاحب المصلحة المطالبة بالإلغاء بسبب مخالفة القانون.[54]

فالأنظمة الصادرة عن مصرف البحرين المركزي هي بمثابة قرارات إدارية تنظيمية، وعلاقة التنظيمات (القرارات التنظيمية) مع القانون في الأنظمة الدستورية العربية ومنها البحرين–حسب رأي هيئة الإفتاء والتشريع في المملكة–، هي علاقة خضوع تربط القرارات بالقانون، فهي أدنى منه ولا تستطيع الخروج على أحكامه[55].

وبالرجوع إلى نص المادة 37 فقرة ب من قانون رقم 46 لسنة2006 [56]،"يصدر المحافظ اللوائح والقرارات التنظيمية اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، وذلك فيما عادا اللوائح والقرارات التنظيمية التي نصّ القانون على اختصاص المجلس بإصدارها. لا تكون اللوائح والقرارات التنظيمية نافذة إلاّ بعد نشرها في الجريدة الرسمية[57].ويُقصدُ باللوائح والقرارات التنظيمية، التوجيهات واللوائح التنظيمية ويؤكّد ذلك ما يقابل النص العربي باللغة بالإنجليزية[58].

بالإضافة إلى ما سبق فهل القضاء البحريني يكون ملزم بتطبيق المعايير الشرعية للأيوفي على النزاعات المعروضة عليه؟ القاضي يطبق التشريع وفي حالة غياب النص يطبق العرف ثم الشريعة الإسلامية [59]حسب الترتيب الذي أوردة المشرع المدني البحريني[60]، ولا يطبّق المعايير الشرعية إذا كانت مخالفة للقانون، فالقاضي البحريني لا يلتزم بتطبيق المعايير الشرعية في هذه المرحلة على الأقل، وهناك دعوات لتقنين هذه المعايير لكي يلتزم بها القاضي[61]، فيجب أن يعمل البنك المركزي على إعداد مسودة مشروع قانون بنوك خاص بالمعاملات المالية الإسلامية وأحكامها الشرعية.

2-جزاء مخالفة المعايير الشرعية

يترتّب عن مخالفة المعايير الشرعية للأيوفي في مملكة البحرين توقيع جزاء على المخاطبين بها، أي المصارف الإسلامية متى خالفوا هذه المعايير الشرعية.

تباشر المصارف الإسلامية نشاطها في دولة البحرين بعد حصولها على ترخيص من مصرف البحرين المركزي، كما تعمل تحت إشرافه ورقابته، حيث تخضع المصارف الإسلامية للقانون المطبّق على المصرف المركزي وكذا اللوائح والتنظيمات الصادرة عنه تحت طائلة جزاءات إدارية.

2-1 سحب الترخيص من المصارف الإسلامية

تسمح المادة 48 من القانون رقم 64 لسنة 2006 [62] للمصرف المركزي بإلغاء الترخيص الممنوح للمرخّص لهم في حالة مخالفتهم لشروط الترخيص أو أحكام القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذا له، إذ تنصّ المادة 48 على أنه: "... *يجوز للمصرف المركزيً له من تلقاء نفسه تعديل أو إلغاء الترخيص في أي من الحالات التالية:*

"... إذا أخل المرخّص له بأحكام هذا القانون واللوائح أو القرارات الصادرة تنفيذاً له أو بأي شرط من شروط الترخيص".

وبالتالي، ينجم عن مخالفة المصارف الإسلامية للأحكام الواردة في اللوائح والقرارات الصادرة عن المصرف التي أشارت في العديد من المرّات إلى إلزامية تطبيق المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، سحب الترخيص الممنوح لها.

2-2-فرض قيود على المصارف الإسلامية

تنصّ المادة 123 من قانون مصرف البحرين المركزي على أنّه:

"*مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من المادة (48) من هذا القانون، يجوز.... يجوز للمصرف المركزي أن يفرض على المرخص لهم والشركات المدرجة قيودا تكفل الالتزام بأحكام هذا القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذا له وبشروط الترخيص وذلك في حالة مخالفة أيّ منها أو إذا كان من المرجح حدوث هذه المخالفة بناء على شواهد أو دلائل جدّية".*

هذا ولم يحدّد قانون المصرف ماهية تلك القيود أو نطاقها، الأمر الذي يستفاد منه بأنّها تكون خاضعة للسلطة التقديرية للمصرف وفقاً لما يراه مناسباً ومتفقاً مع طبيعة وحجم المخالفة.

2-3 الغرامة الإدارية

أجازت المادة 139 من قانون مصرف البحرين للمصرف المركزي فرض غرامة إدارية لا تزيد على عشرين ألف دينار حالة مخالفة المرخّص له لأحكام القانون أو اللوائح والقرارات الصادرة تنفيذا له ولشروط الترخيص.

ثانيا /تطبيق المعايير الشرعية كشروط تعامل بنكية-اتفاق خاص-: التجربة الجزائرية من خلال البنوك والنوافذ الإسلامية تستخدم المعايير الشرعية للأيوفي كمعايير ارشادية من طرف المؤســسات المالية

الإسلامية الرائدة مثل بروني، الأردن، فرنسا[63]، الكويت ولبنان والمملكة العربية السعودية وجنوب افريقيا ومثل بروني، الأردن، فرنسا[64]، الكويت ولبنان والمملكة العربية السعودية وجنوب افريقيا والامارات العربية المتحدة[65] والمملكة المتحدة إلى غيرها من المناطق مثل إفريقيا وآسيا الوسطى، كما يستخدمها مركز دبي المالي العالمي ومركز قطر المالي كأساس إرشادي[66].

ولقد قامت بعض الدول غير الإسلامية كالمملكة المتحدة واليابان وسنغافورة بإجراء تعديلات طفيفة على قوانينها بشكل يسمح للمؤسسات المالية الإسلامية بأن تقوم بعملها. أمّا عن دولة الإمارات العربية فلم تختار نظام الزامية المعايير الشرعية، بحيث لم تدخلها في منظومتها القانونية خلافا للبحرين والسودان وماليزيا وسوريا، لكن ذلك لا يمنع بأن تشير المؤسسات المالية والبنوك إليها كقانون واجب التطبيق في حالة نزاع، بالإشارة إلى عدم مخالفتها مهما كان القانون الذي ينظّم العلاقة التعاقدية في المعاملات الدولية.

2-التجربة الجزائرية من خلال البنوك والنوافذ الإسلامية

يعود ظهور البنوك الإسلامية في الجزائر لبداية التسعينيات بعد إصدار قانون النقد والقرض، فتمّ إنشاء أول بنك إسلامي في الجزائر وهو" بنك البركة الجزائري" الذي خاض أول تجربة تتعلّق بتقديم الخدمات المصرفية الإسلامية بتاريخ 1991/05/20، وتمّ انشاء أوّل شركة تأمين تكافلي في الجزائر بتاريخ 26- مارس- 2000 تحت تسمية البركة والأمان سابقا سلامة للتأمينات حاليا، كماّ تمّ تأسيس مصرف السلام الجزائري في سنة 2008، وفي 2018/11/04.

تمّ إصدار النظام رقم 02- 18 المتضمّن تأطير نشاط الصيرفة التشاركية في الجزائر[67]، وتلاه إصدار النظام رقم 20-02 يحدّد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية الذي يُعدُّ خطوة أولى مهمة لتطوير الصيرفة الإسلامية في الجزائر[68].

يهدف هذا النظام إلى تحديد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والقواعد المطبقة عليها، وشروط ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وكذا شروط الترخيص المسبق لها من طرف بنك الجزائر.[69]

يتّم تسويق منتجات الصيرفة الإسلامية في الجزائر بعد الحصول على ترخيص من طرف بنك الجزائر، فيجب على البنك أو المؤسسة المالية أن يحصل على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة، تسّلم له من طرف الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية[70].

2-1 آليات التمويل في البنوك الاسلامية الجزائرية

في البداية هذه الآليات سمّاها المشرع الجزائري في النظام 20-02 بمنتجات الصيرفة الإسلامية، نصّ عليها على سبيل الحصر في المادة 4 من هذا النظام وهي: المرابحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، السلم، الاستصناع، حسابات الودائع والودائع في حسابات الاستثمار.

2-1-1 المرابحة : تعدُّ المرابحة من أكثر هذه المنتجات استعمالا وإقبالا من طرف البنوك الاسلامية

والعملاء على حد سواء. عرفها المشرع في المادة05 من النظام رقم 20-02 على أنها: «...*عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق عليه مسبقا ووفقا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين*". هذا التعريف يتفق مع تعريف الفقهاء للمرابحة فهي نوع من أنواع البيوع تقوم على بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح. مع العلم أنه لا يوجد أي نص قانوني يحدّد الهامش الربحي للبنك الإسلامي.

2-1-2 الإجارة

تأتي في المرتبة الثانية من حيث الأهمية الإجارة هي كذلك من منتجات الصيرفة الإسلامية، لقيت اهتمام كبير من طرف البنوك الإسلامية، لاسيما نوعا خاصا منها، وهو ما أطلق عليه حديثًا بالتأجير التمويلي، الذي يُعرف بأنّه: عقد يقوم بموجبه المؤجر (البنك الإسلامي) بشراء أصل رأسمالي يتم تحديد مواصفاته عن طريق المستأجر (العميل) الذي يستلم هذا الأصل شريطة أن يقوم بأداء قيمة إيجارية محدّدة للمؤجر في فترات متتابعة ومحدّدة مقابل الاستخدام والانتفاع بهذا الأصل. وفي إطار تلك العلاقة يظل المؤجر محتفظا بحق ملكية الأصول الرأسمالية المؤجرة، هذا التعريف بدوره لا يختلف كثيرًا عن ذلك التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 8 من النظام رقم 20-02 المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية على أنّها:" عقد إيجار يضع من خلاله البنك أو المؤسسة المالية، المسمى "المؤجّر" تحت تصرف الزبون المسمى "المستأجر" وعلى أساس الإيجار، سلعة منقولة أو غير منقولة يملكها البنك أو المؤسسة المالية، لفترة محدّدة مقابل تسديد إيجار يتم تحديده في العقد".

تبقى المنتجات الأخرى مستعملة – من طرف البنوك الاسلامية أو الشبابيك الاسلامية في البنوك التقليدية بنسب ضعيفة جدا مقارنة مع المرابحة قد يرجع السبب الرئيسي في ذلك إلى عدم تعرُف الزبائن بها بشكل كافي من حيث مزاياها (السلم والاستصناع) ، أو ارتفاع نسبة المخاطرة فيها ومن ثم خشية البنك خسارة أمواله (المضاربة و المشاركة).

2-1-3 السلم : يعدُّ عملية بيع، يتم فيه تسليم الثمن في مجلس العقد وتأجيل تسليم، بينما يُؤجّل تسليم السلعة الموصوفة بدقة إلى وقت محدد في المستقبل. عرّفه المشرع في المادة 09 من النظام رقم 20-02 على أنّه " عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة، التي تُسلّم له آجلا من طرف زبونه مقابل الدفع الفوري والنقدي".

2-1-4 الاستصناع : عقد يلتزم بموجبه المُستصنع بدفع ثمن معين للصانع الذي يلتزم بتصنيع سلعة معينة بمواصفات محدّدة وتسليمها في أجل محدّد متفق عليه على أن تكون المواد اللازمة للصنع من عند هذا الأخير أي الصانع. وهذا ما أكده المشرع الجزائري عندما عرّف الاستصناع في المادة 10 من النظام رقم 20-02 على أنّه " عقد يتعهد بمقتـــضاه البنك أو المؤســـسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب

الأمر، أو بشراء لدى مُصنّع سلعة ستُصنع وفقا لخصائص محدّدة ومتفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين الطرفين".

2-1-4 المشاركة :

عقد المشاركة في البنوك الإسلامية هو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك الإسلامي، بالمساهمة في رأس مال مشروع معين مع العميل الذي يقدم الجزء الباقي من رأس المال، ويكون ذلك وفق الشروط المتفق عليها بين الطرفين. اعتبرها المشرع الجزائري من منتجات الصيرفة الإسلامية طبقا للمادة 2 من النظام 20-02 وعرّفها في المادة السادسة منه على أنّها: " عقد بين بنك أو مؤسسة مالية وواحد أو عدة أطراف، بهدف المشاركة في رأسمال مؤسسة أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق أرباح" [71] .

2-1-5 المضاربة : عقد بين طرفين يتفقان على أن يدفع أحدهما (صاحب المال) للآخر (المضارب) مالا معينا على سبيل الاتجار، مقابل اقتسام الربح بينهما إن وجد، أما الخسارة فيتحملها صاحب المال وحده. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري عندما عرّف صيغة المضاربة باعتبارها من منتجات الصيرفة الإسلامية في المادة 07 من النظام 20-02 على أنّها:» عقد يُقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، المسمى "مُقرض للأموال" رأس المال اللازم للمقاول الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح "[72].

ثانيا/ إنشاء هيئات الرقابة الشرعية

تمّ إنشاء هيئات تمارس الرقابة على الصناعة المالية الإسلامية سواء على المستوى الوطني (1) أو على مستوى البنوك الإسلامية الخاصة (2)

1/ إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية

تم إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، تنفيذا للنظام رقم 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020 المحدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وستقوم هذه الهيئة بمنح شهادة المطابقة الشرعية للبنوك والمؤسسات المصرفية وذلك بهدف توطين الصيرفة الإسلامية في الجزائر[73].

تم تنصيب هيئة الرقابة الشرعية[74] يوم 01/04/ 2020 على مستوى المجلس الإسلامي الأعلى، حيث أوكلت لها مهمة دراسة الملفات التي وردت إليها من طرف المؤسسات البنكية والمالية التي تعتزم إدخال هذا النوع من المنتجات في خدماتها المصرفية، وتزامن ذلك مع إعلان بنك الجزائر الترخيص لتسعة منتجات مطابقة للشريعة الإسلامية للبنك الوطني الجزائري.

2/ هيئة الرقابة الشرعية لدى البنوك الخاصة-بنك البركة نموذجا-

عرف بنك البركة تدرّج في أنماط الرقابة الشرعية[75]، بداية بتدقيق المستشار الشرعي وصولا لتكوين هيئة للرقابة الشرعية لدى بنك البركة الجزائري، يعمل المستشار الشرعي لبنك البركة بالتنسيق مع الهيئة الشرعية الموحدة، ويستخدم في ضبط المعاملات البنكية المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[76]، وتهدف هيئة الرقابة الشرعية إلى التحقّق من امتثال جميع

المعاملات المــصرفية إلى أحكام الشريعة الإسلامية وكذا تقديم النصح والتوجــيه بما يحقّق مقاصد الدين الحنيف، وتتلخّص مهامها خصوصا فيما يلي:

1-2/ مهام هيئة الرقابة الشرعية

- دراسة وإصدار الفتوى الشرعية فيما يعرض عليها من مسائل شرعية.

- مراجعة نماذج العقود، الاتفاقيات وجميع المعاملات المصرفية واعتمادها قبل وضعها حيّز التطبيق، وكذا إشراكها في تعديل نماذج تلك العقود والاتفاقيات عند الاقتضاء وتطويرها.

- المساعدة في إعداد العقود التي ينوى البنك إبرامها وذلك بقصد التأكّد من خلو العقود والاتفاقيات والعمليات المذكورة من المخالفات الشرعية.

- مساندة الإدارة العامة في تقديم المشورة أو الفتوى الشرعية بخصوص مدى مطابقة المعاملات المصرفية لأحكام الشريعة الإسلامية، **وتكون القرارات والفتاوى الصادرة عنها ملزمة للإدارة العامة**، ويعدُّ مبدأ الإلزامية في الرقابة الشرعية من اهّم العوامل التي تساعد على تحقيق الهدف الرئيسي من وجود الرقابة الشرعية وهو تطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية[77].

- التأكّد من شرعية العقود والمعاملات المصرفية، وسلامة تطبيق الفتاوى والقرارات الصادرة عنها، وفي حال وجود خلل، نقص أو مخالفات، تقوم الهيئة برفع توصيات لإدارة البنك لتصحيح العمليات التي تمّ إنجازها وإجراء تعديلها إن أمكن ذلك، والسهر على حسن تطبيق الفتاوى والآراء الصادرة عنها من قبل دوائر البنك.

- تقديم استشارات و/ أو أراء شرعية في المسائل المرفوعة لها من قبل مختلف دوائر البنك المعنية، حول مدى مطابقة كل خدمة أو منتج جديد لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك قبل تسويقه من قبل البنك.

- المصادقة على خطة التدقيق الشرعي السنوية المعدة من قبل إدارة الامتثال والرقابة الشرعية، فالتدقيق الشرعي هو الركيزة الأساسية التي تميّز عمل البنوك الإسلامية وتطمئن الجمهور والمتعاملين عن مدى شرعية نشاط البنك والتأكّد من مطابقة الخدمات والمنتجات الاتي يقدّمها البنك للمعايير الشرعية للأيوفي[78].

- إعداد تقرير سنوي يوقعه رئيس الهيئة الشرعية بناءً على تفويض من قبل أعضائها بعد اعتماده من قبلهم، يبيّن فيه ما تم عرضه ومناقشته من حالات عملية، وما جرى إعداده من فتاوى وآراء في معاملات البنك التي تم إنجازها، ويجب عرض تقرير الهيئة في اجتماع الجمعية العامة السنوية.[79]

2-3 الرجوع إلى المعايير الشرعية للأيوفي عند إصدار الفتاوى من هيئة الرقابة الشرعية

تقوم الهيئة بزيارات ميدانية دورية للوكالات ومختلف دوائر البنك، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بغرض مراجعة والتأكّد من تطبيق الآراء والفتاوى الشرعية الصادرة عنها، كما تقوم بتدقيق القوائم المالية للبنك وفحصها من حيث ملائمة الأساس الشرعي في توزيع الأرباح بين أصحاب حقوق الملكية وأصحاب حسابات الاستثمار.

تعتمد هيئة الرقابة الشرعـية عند إصدار الفتاوى أو عند الإجابة عن الاسـتفسارات على المعايـير الشرعية للأيوفي كمرجع لها من بينها:

2-3-1 "...حسب رأينا وعملا بنص **معيار الضبط رقم (1) الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البند (24)** فإنه *"يجب توقيع تقرير هيئة الرقابة الشرعية من قبل جميع أعضائها، وليس من قبل الرئيس وبتفويض من أعضائها..."*.

2-3-2 الردّ على مسألة شرعية تتعلّق بالمساومة

مثال:

كما ورد-مثلا-من خلال الرّد على تساؤلات واستفسارات العملاء بالنسبة لشرعية الإجراءات و/أو المعاملات. تقدّم أحد العملاء الذين يشتغلون في مجال التصنيع ويملك عدّة مصانع في الجزائر، منها مصنع الحفّاظات للأطفال بطلب يلتمس من خلاله إعفاءه من التوقيع كلّ مرّة على عقد التوكيل مع الأمر بالشراء في بيع المساومة، وذلك بحجّة أنّ هذا الإجراء غير عملي، ويعوق نشاطه التجاري، لأنه كثير الأسفار. ويقترح أن يكتفي بالتوقيع على عقد توكيل عام، وأمر بالشراء، بدل التوقيع مكرّرا كلّ مرة.

فهل يجوز ذلك، مع التذكير بأنّ الضابط الشرعيّ المتعلّق بالتوكيل في عقود المرابحة، الصادرة عن **الأيوفي "هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية"، ينصّ على أنه يجوز للبنك اللجوء للتوكيل على سبيل الاستثناء فقط.**

وعليه قررت الهيئة ما يلي:

الإجابة:

"وافقت الهيئة بالإجماع على الاقتراح المقدّم إلي إدارة البنك المتمثّل في توقيع العميل مرة واحدة على عقد توكيل عام، وأمر بالشراء، نظرا لانشغالاته الكثيرة، وتنقلاته خارج الوطن، على أن يلتزم البنك بتطبيق الضوابط الشرعية للمعاملات التي ينفذّها مع العميل" [80].

الخاتمة

المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية هي مجموعة من القواعد المستسقاة من أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، ساهم في وضعها فقهاء معاصرين من مختلف الدوّل لتنظيم المعاملات المالية، ولقد نجحت معايير أيوفي في تحقيق بعض من الأهداف التي كانت تصبوا إليها مثل تحقيق نوع من التجانس في عملها المحاسبي بسبب ما توفره هذه المعايير من إجماع حولها من طرف مستعمليها، وكذا التخفيف من حدّة الاختلافات الكبيرة عند تطبيق المعايير المحاسبية والمالية والوصول إلى لغة محاسبية توافقية مقبولة من المجموعة الدولية، فهي انجاز مهني ودليل عمل تطبيقي للصناعة المالية الإسلامية و للجهات التشريعية المؤسسات المالية الاسلامية خاصة

أنّها معايير عالمية ترجمت لعدة لغات، بصـــياغة متقنة ومنهجية فنية وعلمية محكمة.

ممّا سبق نلاحظ أنّ المعايير الشرعية الصـــادرة عن الأيوفي أصـــبحت في بعض البلدان العربية تطبّق بصفة إلزامية وهناك من يرى أنّها ذات قيمة قانونية كما أسلفنا، وقد صدرت عدّة قرارات من محافظ مصرف البحرين المركزي وكذا من وزير التجارة أكدّت الصبغة الإلزامية للمعايير الشرعية الصادرة عن الأيوفي بالنسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، كما اعتمدت المعايير الشرعية من قبل البنك المركزي في مملكة البحرين ممثلا بمصرف البحرين المركزي حيث اعتبرها قواعد ملزمة تلتزم المؤسسات المالية الإسلامية في مملكة البحرين بتطبيقها.

هذا لا يعني وجود تقنين خاص بالمعايير الشرعية ولكن فقط مجموعة من القرارات التي أكدّت على إلزاميتها بالنسبة للمصارف الإسلامية، لكنّ حسب رأينا تبقى مجرّد قرارات إدارية تنظيمية، فهي ليست بقانون ويمكن الطعن فيها، ورغم التقدّم الذي عرفته التجربة البحرينية، فلا يزال الأمر يحتاج إلى اعتراف القاضي بهذه المعايير الشرعية عند فصله في النزاعات المطروحة أمامه، ولن يتأتى له ذلك إلاّ بإدخالها –المعايير الشرعية–صراحة في المنظومة القانونية، فيجب إصدار تشريع عام يتضمن مجموعة المعايير الشرعية المعتمدة وينظم آلية تطبيقها والرقابة والإشراف على المؤسسات المالية الإسلامية في تطبيقها لهذه المعايير ،أي يجب تحديد مصدرا معيّنا للحكم في قضايا معاملات الصناعة المالية الإسلامية مثل معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامي والحرص على ضرورة الوصول إلى تكامل بين أحكام الشريعة الإسلامية في المالية الإسلامية والقوانين المدنية والتجارية، كما يجب إضافة مادة جديدة إلى قانون المصارف المركزية بتحديد المصادر التي تخـــضع لها عقود ومعاملات المؤســـسات المالية الاسلامية.

وفي الأخير فرغم نجاح التجربة البحرينية في استقطاب البنوك الإسلامية وفتح النوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية إلاّ أنّ هذا النجاح لم يواكبه أيّ تطور متواز في الجانب القضائي، حيث لم يصدر قانون ينظم عملياتها المالية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولم يتم تعديل القوانين السارية حاليا لتتماشى مع توجّه المملكة في تطوير صناعة مالية إسلامية، وما ترتّب على هذه الوضعية أنّ العلاقة التي تنشا بين البنك الإسلامي والعميل تحكمها الشريعة الإسلامية، أمّا في حالة نشؤ نزاع يطبّق القاضي القانون الوضعي حتى ولو كان مخالفا للشريعة الإسلامية، إذ أصبح من الضروري تقنين معايير أيوفي.

تعدُّ المعايير الشرعية في بعض البلدان الأخرى فقط معايير إرشادية، فيدرجها الأطراف في العقود الدولية صراحة ضمن بنود العقد، فتطبّق كقانون خاص، كما يرجع لها التحكيم الدولي عند الفصل في الخصومة التحكيمية، في حين بالنسبة لبلدان أخرى فهي تطبّق على المسائل التي لم ينظمها القانون، فأصـــبحت هذه المعايير أشبه بالأعراف التـــجارية التي يعتمد عليها القضاة في حل النزاعات والســـوابق القضائية.

أمّا عن التجربة الجزائرية في تطبيق المعايير الشرعية فيمكن وصفها أنّها تجربة فتية تطورها مرهون بتطور البنوك الإسلامية وتوطين الصيرفة الإسلامية في الجزائر، ويتعيّن على الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية أن ترافق وتشرف على البنوك والنوافذ الإسلامية من أجل تطبيق هذه المعايير التي نجحت في تحقيق نوع من التجانس للممارسات الإسلامية على المستوى العالمي وساعدت على تحقيق الاستقرار في السوق وجذب المستثمرين.

الهوامش:

1- هناك اختلافات في تحديد مفهوم الأصول والخصوم ممّا أدى إلى ظهور قوائم متناقضة البيانات وغير قابلة للتوحيد وبالتالي تؤدي إلى قرارات خاطئة، لمزيد من التفصيل راجع: المرجع أدناه. سميحة بوحفص، سليم قط، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية بديل للمعايير المحاسبية الدولية، مجلة اقتصاد المال والأعمال، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 255-268..

2- محمد عبد الله شاهين، البنوك الإسلامية أساس التنمية الاقتصادية والخلاص من المعاملات الربوية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2015، ص.244.

3- Kaouther Jouaber-Snoussi, La finance islamique, 2012, Collection : Repères, éd. la découverte, p.128.

4- أمينة عبد الرحمن المعلا، القيمة القانونية للمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي) في مملكة البحرين، الملتقى الثاني لبنك البحرين الإسلامي تحت عنوان "البنوك الإسلامية بين المعايير الشرعية والقوانين المطبقة، ص 1-24

5- عبد الرحمن عبد الله السعدي، مستشار شرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية وأهميتها للصناعة المالية الإسلامية، ملتقى بنك البحرين الإسلامي الثاني للتعريف بعمليات البنوك الإسلامية، ص 61-66.

6- سميحة بوحفص، سليم قط، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية بديل للمعايير المحاسبية الدولية، مجلة اقتصاد المال والأعمال، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 255-268، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر.

7- يُعدُّ التعامل مع البنوك الإسلامية دون فائدة مبدأ وهدف الصيرفة الإسلامية في نفس الوقت خاصة في دوّل الغرب، أنظر:

Melody Enguix, Tiffanie Osswalt, La finance islamique débarque en France, Rev Alternatives Économiques 2009/10 (n°284), p. 43.

8- رمضاوي سليمان، سعيدان رشيد، الرقابة الشرعية المتخصصة على أنشطة البنك الإسلامي، مجلة البشائر الاقتصادية، مجلد 06، عدد 02، ص، 163-181.

9-Patrick Allard, Djilali Benchabane, La finance islamique: modèle alternatif, postiche ou pastiche ? Rev française d'économie 2010/4 (Volume XXV), pp. 11 - 38.

10- Kaouther Jouaber-Snoussi, op. cit., p.128.

11- Lila Guermas-Sayegh, La finance islamique Dans Innovation politique 2012,P U F, 2012.

12-Geneviève Causse, Le sort des banques islamiques : De la difficulté de satisfaire des objectifs multiples, Revue des Sciences de Gestion 2012/3-4 (n° 255-256), pp, 111 - 121

13 -Jean-Michel Huet, Saleh Cherqaoui, Augustin Colas, La finance islamique, gisement de croissance Rev L'Expansion Management Review 2014/4 (N° 155), pp, 30 - 39

14- Virginie Martin, La finance islamique : Un nouveau pas vers une finance éthique ?

Rev Annales des Mines - Gérer et comprendre 2012/2 (N° 108), pp. 15 – 26.

15–سميحة بوحفص، سليم قط، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية بديل للمعايير المحاسبية الدولية، مجلة اقتصاد المال والأعمال، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 255–268، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، الجزائر.

16– أسسّ هذه الهيئة رئيسها السابق السيد الدكتور أحمد محمد علي بناء على اقتراح من موظف في البنك الإسلامي للتنمية وهو مراجع الحسابات، هذه الفكرة تمّ تقديمها كورقة عمل في مؤتمر البنك الإسلامي للتنمية السنوي ونتج عنه توصية بتأسيس فريق عمل الذي عمل لمدة ثلاثة سنوات وانتهى بإعداد ثلاث مجلدات من البحث المكتوب، هذه البحوث تمخضت عنها اتفاقية تأسيس هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية والتي أبرمت بالجزائر، وبدأت المنظمة عملها في البحرين في رمضان 1411

17–عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق، ص 61–66.

18–البنك الإسلامي للتنمية هو مؤسسة تمويل مالية دولية متعددة الأطراف لدعم وتنمية التقدم الاقتصادي والاجتماعي للدول الأعضاء، أنشئت تطبيقا لبيان العزم الصادر عن مؤتمر وزراء مالية الدول الإسلامية، الذي عقد في مدينة جدّة، سنة 1975، ويضم 56 دولة https://www.isdb.org/ar (Accès 18 Mars2021).

19-Frédéric Coste, En quoi consiste la finance islamique ? Rev La Grande Histoire de l'islam (2018), pp. 166 – 171.

20–عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق.

21-http://aaoifi.com/10-920/(Date d'accès 12 Mars 2021)

22– تضمّ ست مؤسسات الأولى، على رأسها الحاضنة الأولى، البنك الإسلامي للتنمية، مجموعة البركة المصرفية، دار المال الإسلامي، مجموعة الراجحي المصرفية، بيت التمويل الكويتي، مجموعة بخاري الماليزية.

23– الجهات الرقابية والاشرافية في أيوفي هي عبارة عن عدّة مصارف مثل مصرف البحرين المركزي، مؤسسة النقد العربي السعودي، سلطة دبي للخدمات المالية، البنك المركزي السعودي، سلطة النقد الفلسطينية، البنك المركزي المغربي

24– تشمل فئة المشاركون المؤسسات المالية الربحية الإسلامية أي المؤسسات التي تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية في أعمالها، وتشمل البنوك أو المصارف الإسلامية وشركات التكافل أو التأمين الإسلامي، وشركات وبنوك الاستثمار الإسلامية، كما تشمل مؤسسات التمويل وشركات متخصصة في التمويل (التمويل الأصغر، المتناهي الصغر، المتوسط، التمويل العقاري) وهي متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولا تستطيع الفروع أو النوافذ الإسلامية التي تقدم منتجات مالية إسلامية لبنوك ربوية أو مؤسسات تأمين تقليدية أن تكون ضمن الأعضاء المشاركون الذين يملكون وحدهم حق التصويت.

25– عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق.

26–يمكن الاطلاع على النص الكامل للمعايير الشرعية من خلال الرابط التالي:

http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2017/12/Shariaah-Standards-ARB.pdf (Date d'accès 13 Mars 2021)

27– عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق.

28–القينعي، المعايير الشرعية وفق منظور الاقتصاد الإسلامي، مجلة الأبحاث الاقتصادية لجامعة البليدة 2، عدد 81، جوان 2018.

29– عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق، ص 61–66

30 –عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق، ص 61–66.

31– نشرت سابقا أيوفي مسودة معيار الحوكمة حول "الالتزام الشرعي" لطلب رأي الصناعة المالية حوله.
http://aaoifi.com/announcement/%d8%a3%d9%8a%d9%88%d9%81%d9%8a-%d8%aa%d9%86%d8%b4%d8%b1-%d9%85%d8%b3%d9%88%d8%af%d8%a9-%d9%85%d8%b9%d9%8a%d8%a7%d8%b1-%d8%a7%d9%84%d8%ad%d9%88%d9%83%d9%85%d8%a9-%d8%ad%d9%88%d9%84-%d8%a7%d9%84%d8%a7/(Date d'accès 18 Mars 2021)

32– القينعي عز الدين، المعايير الشرعية وفق منظور الاقتصاد الإسلامي، مجلة الأبحاث الاقتصادية لجامعة البليدة 2، عدد 81، جوان 2018.

33– المجمّع الفقهي هو هيئة علمية إسلامية ذات شخصية اعتبارية مستقلة، مكونة من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها تبحث في الحوادث المستجدّة تبيّن حكم الشرع فيها". راجع: خالد علي الفروخ، دور المجامع الفقهية ومجالس الإفتاء في ضبط الفتوى، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة العلوم الإسلامية في عمّان، 2017، ص 11، أشار إليه محمد بن تاسة، المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، 2020، ص 96.

34 –أمينة عبد الرحمن المعلا، المرجع السابق، ص 1–24

35– مع الإشارة إلى أنّ السودان اعتمدت عند عملية تقنين التمويل الإسلامي على تغيير منظومتها القانونية كلها، فهي تصدر قوانين متطابقة مع الشريعة الإسلامية، بحيث لا تقبل إلاّ المؤسسات المالية الإسلامية، أنظر: عزنان حسن، أحمد بشيري الشنقيطي، البنوك الإسلامية بين المعايير الشرعية والقوانين المطبقة، التجربة الماليزية، ملتقى بنك البحرين الإسلامي الثاني للتعريف بعمليات البنوك الإسلامية، ص119.

36–المادة 39 من قانون 64 لسنة2006، جريدة رسمية عدد 2755 المؤرخة في 06–09–2006

"أ– يقصد بالخدمات الخاضعة للرقابة في تطبيق أحكام هذا القانون، الخدمات المالية التي تقدمها المؤسسات المالية، بما في ذلك المؤسسات المالية الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية"

37- https://www.cbb.gov.bh/ar/#rulebook(Date d'accès 21 Mars 2021)

38–المادة 38 من نفس القانون أعلاه.

39 –قرار محافظ مصرف البحرين المركزي رقم (18) لسنة 2020 بشأن المعايير الحاكمة للمعاملات الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية.

https://www.legalaffairs.gov.bh/LegislationSearchDetails.aspx?id=15449(Date d'accès 18 Mars 2021)

40–" *متابعة وفحص وتحليل جميع الأعمال والـــتصرفات التي يقوم بها الأفراد والجماعات والمؤسسات وغيرها،*

وذلك للتأكد من أنها تتم وفقا لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، وذلك باستخدام الوسائل والأساليب الملائمة المشروعة، وبيان المخالفات والأخطاء وتصويبها فورا، وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنة النصائح والإرشادات وسبل التطوير إلى الأفضل"، راجع أنظر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، موسوعة الإدارة العربية الإسلامية: إدارة المصارف العربية الإسلامية، ج 6 ،مصر،161ص، 2004، أشار إليه منير معمري، تكامل نظم المراجعة الشرعية لمواجهة مخاطر عدم الالتزام بالشريعة في البنوك الإسلامية – بنك البركة الجزائري نموذجا– مجلة الاقتصاد الصناعي، مجلد 08، عدد، 2، 2018، ص 190–204.

41-CBB's rulebook, Module – SG: Shar'ia Governance, SG-2.1 Principle, SG-2.1.2 "Bahraini Islamic Bank licensees must comply with the Shar'ia rules and principles as expressed in AAOIFI Shar'ia standards and in the rulings of the centralized Shar'ia Supervisory Board and their respective SSB". www.cbb.gov.bh

42– أصدر المصرف المركزي في سنة 2014 التوجيه (C/KH/EDBS/2014/13 إلى جميع البنوك الإسلامية البحرينية المرخص لها يشدّد فيه على ضرورة إتباع المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي في عملياتها المالية والتقييد بها.

43 –المادة 39 من قانون مصرف البحرين يصدر المحافظ التوجيهات الضرورية التي تكفل تنفيذ أحكام هذا القانون واللوائح الصادرة تنفيذا لأحكامه وبما يحقّق أغراض المصرف المركزي، ويجب أن تشتمل هذه التوجيهات على السند القانوني لإصدارها وتحديد المخاطبين بأحكامها..."

44–مريم عبد الله غريب، البنوك الإسلامية بين المعايير الشرعية والقوانين المطبقة، الملتقى الثاني لبنك البحرين الإسلامي تحت عنوان "البنوك الإسلامية بين المعايير الشرعية والقوانين المطبقة" ص 39–45

45 – هناك من يرى بأنّ هذه المعايير تندرج ضمن نطاق المصادر الاصلية للقانون في مملكة البحرين، ولا تُعدُّ مجرد مبادئ استرشادية ضمن نطاق المصادر الاحتياطية للقانون. أنظر: أمينة عبد الرحمن المعلا، المرجع السابق ص 1–24

46–دستور مملكة البحرين المؤرخ في 6 ديسمبر 1973 المعدّل والمتمّم. القانون الأسمى في الدولة، والذي يضّم مجموعة النصوص التي تنظم السلطات الأساسية للدولة (التنفيذية، التشريعية، القضائية) وتحدد اختصاصاتها، وتبيّن المقومات الأساسية للمجتمع، وتحدّد حقوق الافراد والحريات والواجبات.

47– مجموعة النصوص التشريعية التي يقرها مجلسا الشورى والنواب ويصادق عليها الملك.

48– ويُقصد به مجموعة النصوص التشريعية التي يصدرها الملك فيما بين أدوار انعقاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو في فترة حل مجلس النواب إذا ما اقتضى الأمر الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير.

49– يُعرض المرسوم بقانون وفقا لنص المادة 38 من دستور مملكة البحرين على البرلمان في المواعيد المحددة، تحت طائلة زوال ما كان لها من قوة القانون، أمّا إذا تمّ عرضها على المجلسان ولم يتم إقرارها تفقد ما كان لها من قوة القانون. وتأتى القوانين والمراسيم بقوانين في المرتبة التالية للنصوص الدستورية ومن ثم يجب ألا تتعارض مع أحكام الدستور نصا وروحا.

50– يوقعها الملك بعد توقيـــع رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختـــصين بحسب الأحوال، كما يمــكن أن يعيّن

القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه.

51–تعدُّ اللوائح من قبيل الأعمال الإدارية من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية "الملك والحكومة" إلا أنها تشابه القانون من حيث الموضوع لما تتضمنه من قواعد تتسم بالعمومية والتجريد، ومن ثم يتعين على الجهات الإدارية أن تلتزم بأحكامها.

تنص المادة 39 من الدستور البحريني على أنّه: " "*أ–يضع الملك، بمراسيم، اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه. ب – يضع الملك، بمراسيم، لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح والإدارات العامة بما لا يتعارض مع القوانين.*"

52–أداة يباشر بها الملك بمفرده الاختصاصات المخولة له بموجب الدستور (المادة 42 من الدستور: "*الأمر الملكي بإجراء انتخابات لمجلس النواب الأمر الملكي بدعوة المجلس الوطني للاجتماع*".

53–قرار تعيين الموظفين في الوظائف العامة، وقرارات الترقية ...إلخ.

54– يمكن تقسيم القرارات التنظيمية «اللوائح»، الصادرة عن السلطة التنفيذية في دولة البحرين إلى لوائح صادرة في الظروف العادية وهي اللوائح التنفيذية، واللوائح المستقلة وهي على نوعين، لوائح الضبط، ولوائح المرافق العامة، ولوائح صادرة في الظروف الاستثنائية، وهي لوائح الضرورة واللوائح التفويضية.

عن هيئة التشريع والإفتاء القانوني.

https://www.legalaffairs.gov.bh/111.aspx?cms=iQRpheuphYtJ6pyXUGiNqhzjrWz3m9Yl(Date d'accès 23 Mars 2021)

55– موقع هيئة التشريع والإفتاء القانوني

https://www.legalaffairs.gov.bh/111.aspx?cms=iQRpheuphYtJ6pyXUGiNqhzjrWz3m9Yl(Date d'accès 11 Mars 2021)

56– قانون رقم 46 المؤرخ في 2006، المتضمّن إصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية، ج .ر 06 سبتمبر 2006.

57 –نجد أنّ القانون المُشار إليه سابقا يلزم المصرف من خلال نص المادة 37 فقرة د بأن يعلن عن مشروعات اللوائح والقرارات التنظيمية لتمكين المخاطبين بها من إبداء ملاحظاتهم حولها في مدة مناسبة يحدّدها المصرف والذي يتعيّن عليه دراسة هذه الملاحظات المقدمة بشأن مشروعات اللوائح والقرارات التنظيمية ومراعاة ما يراه جدّيا منها قبل إصدارها.

58- "*The Governor may issue directives that aim to facilitate the understanding and implementation of this law and any regulations thereof*".

59– المادة الأولى من القانون المدني البحريني:" *تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها.*

فإذا لم يوجد نص تشريعي بحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف، فإذ لم يوجد، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

60–أمين بهاء الدين، رئيس الشؤون القانونية بالمصرف الخليجي التجاري، الملتقى الثاني لبنك البحرين الإسلامي تحت عنوان "البنوك الإسلامية بين المعايير الشرعية والقوانين المطبقة" ص89–92

61–خديجة عبد الحسين أحمد، القيمة القانونية للمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي) في مملكة البحرين، الملتقى الثاني لبنك البحرين الإسلامي تحت عنوان "البنوك الإسلامية بين المعايير الشرعية والقوانين المطبقة" ص. 83–90

أنظر أيضا التوصيات الخاصة بملتقى البحرين الخاص بالتعريف بالمعاملات المالية الإسلامية لسنة 2018
https://www.bisb.com/sites/default/files/2nd-Annual-Forums.pdf
(Date d'accès 27 Mars 2021)

62 ا–لقانون رقم 64 لسنة 2006 المشار إليه سابقا.

63 –لقد أدخلت الدوّل الأوروبية الصيرفة الإسلامية في نظامها المصرفي بعد الأزمة المالية العالمية وكذا من أجل جذب رؤوس أموال منطقة الشرق الأوسط، أنظر في هذا المعنى:

–Michel Roux, Finance éthique, finance islamique : Quelles convergences et potentialités de développement dans la banque de détail française ? Revue des Sciences de Gestion 2012/3-4 (n° 255-256), pp 103-109.

- Patrick Allard, Djilali Benchabane, La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? Rev française d'économie 2010/4 (Volume XXV),), pp. 11-38.loc. cit.

64 –لقد أدخلت الدوّل الأوروبية الصيرفة الإسلامية في نظامها المصرفي بعد الأزمة المالية العالمية وكذا من أجل جذب رؤوس أموال منطقة الشرق الأوسط، أنظر في هذا المعنى:

-Michel Roux, Finance éthique, finance islamique : Quelles convergences et potentialités de développement dans la banque de détail française ? Revue des Sciences de Gestion 2012/3-4 (n° 255-256), pp 103-109.

- Patrick Allard, Djilali Benchabane, La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? Rev française d'économie 2010/4 (Volume XXV), pp. 11-38.

65– تعدُّ السوق الإماراتية ثالث أكبر سوق عالمية للصيرفة الإسلامية من حيث القيمة بعد المملكة العربية السعودية وماليزيا. أنظر:

Rasha Hattab, Les particularités des fonds d'investissement islamiques-l 'exemple des Emirates arabes unies - -les cahiers de la finance islamique° 11, Agence nationale de recherche, université de Strasbourg, 2018, pp.105-117.

66–عبد الرحمن عبد الله السعدي، المرجع السابق ص 61–66.

67–النظام رقم 18–02 المؤرخ في 04 نوفمبر 2018 متضمّن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 73.

68 –نظام رقم 20–02 المؤرخ في 15 مارس 2020 محدّد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج. ر رقم16.

69 – المادة الأولى من النظام 20–02 المشار إليه سابقا.

70 –عرورة فتيحة، صيغ التمويل في البنوك الإسلامية –على ضوء النظام الجديد 02/20، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 58، عدد 03، ص 188–203.

71 –عرورة فتيحة، المرجع السابق.

72– لمزيد من التفصيل حول صيغ التمويل الإسلامي أنظر: مسدور فارس، التمويل الإسلامي من الفقه إلى التطبيق المعاصر لدى البنوك الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 171–195 أنظر أيضا:
Geneviève Cause-Broquet, La finance islamique, Edition Point Delta,2eme Edition, Beyrouth, Liban, p49-69.

73– يعدُّ نظام 20–02 أول نظام يشير صراحة للصيرفة الإسلامية في الجزائر، ويعد ذلك خطوة هامة ستسمح بتوطين الصيرفة الإسلامية في الجزائر بمعدلات أكبر بالنظر إلى حجم حصتها في السوق اليوم التي تعد ضئيلة جدا عند مقارنتها بالبنوك التقليدية.

74– تضطلع هيئة الرقابة الشرعية بمهمة مراقبة مدى التزام البنك بالفتاوى الصادرة عن الهيئة ومدى تطبيقها لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في جميع أنشطتها، وتكون هذه الرقابة قبلية–قبل التنفيذ–، حالية –أثناء التنفيذ–وأيضا لاحقة–بعد التنفيذ– لمزيد من التفصيل أنظر: منير معمري، تكامل نظم المراجعة الشرعية لمواجهة مخاطر عدم الالتزام بالشريعة في البنوك الإسلامية – بنك البركة الجزائري نموذجا– مجلة الاقتصاد الصناعي، مجلد 08، عدد، 2، 2018، ص 190–204.

75 – يشترط نظام 20–02 أن تشكّل على مستوى البنوك هيئة للرقابة الشرعية تتولى مهمة مطابقة المنتجات المصرفية المقدمة في الشبابيك الإسلامية للشريعة الإسلامية، ورقابة نشاط البنك أو المؤسسة المالية المتعلق بالصيرفة الإسلامية مع اشتراط – ظهور شباك الصيرفة الإسلامية ضمن الهيكل التنظيمي للبنك أو المؤسسة المالية التابع له على أنه وحدة مستقلة عن باقي مكونات الهيكل التنظيمي.

76– منير معمري، تكامل نظم المراجعة الشرعية لمواجهة مخاطر عدم الالتزام بالشريعة في البنوك الإسلامية – بنك البركة الجزائري نموذجا– مجلة الاقتصاد الصناعي، مجلد 08، عدد، 2، 2018، ص 190–204.

77–نوال بن عمارة، عطية العربي، آليات ومتطلبات حوكمة هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية، مجلد 01، عدد 02، ص، 97–113.

78– ياسين فيان، علي حسين ابتسام، عطارد سعد، دور الرقابة الشرعية والتدقيق الشرعي الداخلي في مكافحة عمليات غسيل الأموال في المصارف الإسلامية، مجلة البحوث الاقتصادية المتقدمة، المجلد 05، عدد 02، ص، 07–32.

79–للاطلاع على المزيد من مهام هيئة الرقابة الشرعية لبنك البركة يمكن زيارة الموقع الرسمي للبنك على الرابط التالي:

https://www.albaraka-bank.com/finance-islamique/#comite

مدى اعتناء الدستورين المصري والجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع؛ دراسة مقارنة

The Degree the Egyptian and Algerian Constitutions Go Line in Line with the Islamic Law, Being the Basis of Legislation; aComparative Study

محمد جبر السيد عبد الله جميل[1]

[1]أستاذ القضاء والسياسة الشرعية، قسم الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، فرع القاهرة، (مصر) muhammad.gameel22@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/10/19 **تاريخ القبول:2021/10/19** **تاريخ النشر: نوفمبر/2021**

الملخّص:

استهدفت الدراسة الحالية بيان مدى اعتناء الدستورين المصري والجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع وتقييم ذلك في ضوء ما قرّره الإسلام في هذا الخصوص. واستندت الدراسة إلى المنهج الوصفي. واعتمدت في إطار ذلك على الأسلوب المقارن بجانب الأسلوب التقويمي. وتمثّلت أداة الدراسة في مسح الأدبيات المتعلّقة بموضوع الدراسة. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أبرزها: وجوب الاستناد إلى الشريعة الإسلامية –وحدها– كمصدر للتشريع – أنّ الدستورين المصري والجزائري لم يعتنيا الاعتناء الكاف بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. وأوصت الدراسة المُشرّعين المصري والجزائري بضرورة النص صراحة على أنّ الشريعة الإسلامية وحدها مصدر للتشريع.

الكلمات المفتاحية: مصدر التشريع، الشريعة الإسلامية، الدستور المصري، الدستور الجزائري.

Abstract

The study aimed at evaluating the extent to which the Egyptian and the Algerian Legislations pay attention to the Islamic Law (Shari'a) as the source of legislation. The study used the comparative methodology to reach the targets in question. To gather the required data, a review of literature was administered. The study came to the conclusions that: first, according to Islam teachings, the Islamic Law (Shari'a) must be the source of legislation for a Muslim State's constitution; second, neither the Egyptian Constitution nor the Algerian Constitution pays due attention to the Islamic Law (Shari'a) as the source of legislation. The study recommended that the Egyptian and the Algerian Constitutions ought to prescribe that the Islamic Law (Shari'a) is the only source of legislation.

KEY WORDS: Source of legislation, Islamic Law, Egyptian and Algerian Constitutions

المؤلف المرسل: محمد جبر السيد عبد الله جميل، الإيميل: muhammad.gameel220gmail.com

مقدمة:

إنّ الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيّئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أنّ لا إله إلاّ الله، وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمّدا عبده، ورسوله. (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون) [1]. "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إنَّ الله كان عليكم رقيبا" [2]، "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالَكم ويغفر لكم ذنوبَكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما" [3]، **أما بعد** [4]:

إنّ الناظر إلى حال القطرين المصري والجزائري ليجدهما يُصدِّران دساتيرهما –مثلهما في ذلك مثل حال العديد من البلدان الإسلامية – بالنص على أنَّ دين الدولة هو الإسلام وأنَّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع. فتنص المادّة الثالثة من الدستور المصري لسنة (1956)، والمادّة الخامسة من الدستور المصري لسنة (1964)، على أنّ: " الإسلام دين الدولة ". وتنصّ المادّة الثانية من الدستور المصري لسنة (1971)، والدستور المصري لسنة (2012)، والدستور المصري لسنة (2014) على أنّ: " الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ". وتنص المادّة (4) من الدستور الجزائري لسنة (1963)، والمادّة (2) من الدستور الجزائري لسنة (1976)، والدستور الجزائري لسنة (1989)، والدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016): " الإسلام دين الدولة". وتنص المادّة (10) من الدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016): " لا يجوز للمؤسّسات أن تقوم بما يأتي: ... السلوك المخالف للخلق الإسلامي ... ". فيفهم الناظر من ذلك أنّ النصوص الدستورية والقانونية والتنفيذية التي تسنّها هذه البلدان تستلهم من الشريعة الإسلامية لصياغة مادّتها، وتقرير مشروعيتها وإبراز كينونتها إلى الوجود. إلاّ أنّ الناظر إلى واقع هذه النصوص يلمس أنّ الأمر خلاف ذلك. فكثير منها يخالف ما تقرّه الشريعة الإسلامية، وكثير منها ما يكاد يلتفت إليها، ويأبه بها.

ومن هنا ثار التساؤل بشأن مدى اعتناء الدستورين المصري والجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع وتقييم ذلك في ضوء ما تقرّره الشريعة الإسلامية. وتحاول الدراسة الحالية التصدّي لهذا التساؤل في السطور الآتية.

يتفرّع عن هذا التساؤل الرئيس التساؤلات الفرعية الآتية:

1- ما حكم الاستناد للشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع؟

2- ما مدى اعتناء الدستور المصري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع؟

3- ما مدى اعتناء الدستور الجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع؟

تتمحور هذه الدراسة حول ثلاثة مطالب تتبع بخاتمة كالآتي:

المطلب الأول: يتناول بيان حكم الاستناد إلى الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع.

المطلب الثاني: بيان مدى اعتناء الدستور المصري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع.

المطلب الثالث: بيان مدى اعتناء الدستور الجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع.

المطلب الأوّل: حكم الاستناد إلى الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع

إنّ الاستناد إلى الشريعة الإسلامية -وحدها- كمصدر للتشريع أمر واجب لا تجوز مخالفته. وقد دلّ على هذا الوجوب من الأدلّة من الكتاب (أوّلا) والإجماع (ثانيا) منها الآتي:

أوّلا: الأدلّة من الكتاب

الدليل الأوّل: قوله تعالى: (ألم تر إلى الذين يزعمون أنّهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلّهم ضلالا بعيدا)[1]. قال ابن العربي- رحمه الله-: " قال مالك: الطاغوتُ كُلُّ ما عُبِدَ من دون الله مِنْ صَنَمٍ أو كاهنٍ أو ساحرٍ أو كيفما تَصَرَّفَ الشِّرْكُ فيه "[2]. وقال ابن كثير -رحمه الله-: " هذا إنكارٌ من الله عزّ وجلّ على مَنْ يَدَّعي الإيمان بما أنزلَ اللهُ على رسوله وعلى الأنبياء الأقدمين، وهو مع ذلك يريد أنْ يتحاكم في فصلِ الخصومات إلى غيرِ كتابِ الله وسُنَّةِ رسوله ... والآية ذامَّةٌ لمن عَدَلَ عن الكتاب والسنة، وتحاكموا إلى ما سواهما من الباطل، وهو المراد بالطاغوت هاهنا، ولهذا قال (يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت) إلى آخرها "[3]. وقال الفخر الرازي- رحمه الله-: " قال القاضي: ويجب أن يكون التحاكمُ إلى هذا الطاغوتِ كالكفر، وعدم الرضا بحكم محمد عليه الصلاة والسلام كفرٌ. ويدل عليه ... أنّه تعالى قال: يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به فجعل التحاكم إلى الطاغوت يكون إيمانا به، ولا شكّ أنّ الإيمانَ بالطاغوت كفرٌ بالله، كما أنَّ الكفرَ بالطاغوت إيمانٌ بالله "[4].

ويقول الشيخ سليمان بن عبد الوهاب - رحمه الله -:" إذا تبيّن هذا فمعنى الآية المُتَرْجَمْ لها: أنَّ الله تبارك وتعالى أنكر على من يدّعي الإيمان بما أنزل الله على رسوله، وعلى الأنبياء قبله، وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم في الخصومات إلى غير كتاب الله وسنّة رسوله ... وتعلل تصديره سبحانه الآية منكرا لهذا التحكيم ... في ضِمْن قوله: (يزعمون)؛ نفي لما زعموه من الإيمان، ولهذا لم يقل: ألم تر إلى الذين آمنوا؛ فإنّهم لو كانوا من أهل الإيمان حقيقة لم يريدوا أنْ يتحاكموا إلى غير الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ...

وقوله تعالى: (وقد أمروا أنْ يكـــفروا به) أي: بالطاغوت، وهو دليل على أنّ التحاكم إلى الطاغوت

مناف للإيمان مُضادٌّ له. فلا يصحّ الإيمان إلاّ بالكفر به، وترك التحاكم إليه، فمن لم يكفر بالطاغوت لم يؤمن بالله.

وقوله تعالى: (ويريد الشيطانُ أنْ يُضِلَّهُم ضلالا بعيدا) أي: لأنّ إرادة التحاكم إلى غير كتاب الله وسنّة رسوله صلّى الله عليه وسلّم من طاعة الشيطان، وهو إنّما يدعو أحزابه ليكونوا من أصحاب السعير. وفي الآية دليل على أنَّ التحاكم إلى الطاغوت، الذي هو ما سوى الكتاب والسنّة من الفرائض، وأنَّ من يتحاكم إليه غير مؤمن "[5].

الدليل الثاني: قوله تعالى: (وإذا قيل لهم تعالَوْا إلى ما أنزل اللهُ وإلى الرسول رأيتَ المنافقين يصدون عنك صدودا)[6]. " أي: إذا دُعوا إلى التحاكم إلى ما أنزل الله وإلى الرسول أعرضوا مستكبرين كما قال تعالى: (وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريقٌ منهم معرضون)[7] ". يقول الشيخ سليمان بن عبد الوهاب– رحمه الله – " يقول ابن القيم –رحمه الله–: هذا دليل على أنّ مَنْ دُعي إلى تحكيم الكتاب والسنّة، فلم يقبل وأبى ذلك أنّه من المنافقين. ويصدون هنا لازم لا متعد، وهو بمعنى يعرضون، لا بمعنى يمنعون غيرهم، ولهذا أتى مصدره على صدودا، ومصدر المتعدي صدا. فإذا كان المُعرِض عن ذلك قد حكم الله سبحانه بنفاقهم، فكيف بمن ازداد إلى إعراضه منع الناس من تحكيم الكتاب والسنة، والتحاكم إليهما بقوله وعمله وتصانيفه؟! ثم يزعم مع ذلك أنّه إنّما أراد الإحسان والتوفيق؛ الإحسان في فعله ذلك، والتوفيق بين الطاغوت الذي حَكَّمَهُ، وبين الكتاب والسنة.

قلت: وهذا حال كثير ممن يدعي العلم والإيمان في هذه الأزمان، إذا قيل لهم: تعالوا نتحاكم إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيتهم يصدون وهم مستكبرون، ويعتذرون أنهم لا يعرفون ذلك، ولا يعقلون، بل لعنهم الله بكفرهم فقليلا ما يؤمنون [8].

الدليل الثالث: قوله تعالى: (فلا وربّك لا يؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم ثمّ لا يجدون في أنفسهم حرجا ممّا قضيت ويسلّموا تسليما)[9]؛ قال القرطبي–رحمه الله–: " قال مجاهد وغيره: المراد بهذه الآية ...من أراد التحاكم إلى الطاغوت وفيه نزلت "[10]. قال الفخر الرازي – رحمه الله–: " هذا نص في تكفير مَنْ لم يَرْضَ بحكم الرسول عليه الصلاة والسلام "[11]. قال ابن القيم –رحمه الله –: " أقسم سبحانه بنفسه على نفي الإيمان عن العباد حتى يُحَكِّموا رسولَهُ في كل ما شَجَرَ بينهم من الدَّقيق والجليل، ولم يكتف في إيمانهم بهذا التحكيم بمجرده حتى ينتفي عن صدورهم الحرجُ والضِّيقُ عن قضائه وحكمه، ولم يكتف منهم أيضا بذلك حتى يُسَلِّموا تسليما وينقادوا انقيادا"[12].

الدليل الرابع: قوله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون)[13]. قال القرطبي–رحمه الله–: " قوله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون)، و(الظالمون)، و(الفاسقون)؛ أي: ومن لم يحكم بما أنزل الله ردا للقرآن، وجَحْدًا لقول الرسول عليه الصلاةُ والسلامُ فهو كافر. قاله ابن عباس، ومجاهد ... فأمّا من فعل ذلك وهو معتقد أنّه راكبُ مُحَرَّمٍ فهو من فُساق المسلمين "[14]. "فمن لم يحكم بما

أنزل الله تعالى من أي جيل ومن أي قبيل فهو كافرٌ برفضه ألوهية الله تعالى وخصائصها ممثلا هذا في رفضه شريعة الله تعالى وجحودها أو المماحكة والتأويل والتأول ومحاولة المراوغة والتهرب من تطبيقها"[15].

الدليل الخامس: قوله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون)[16]. يقول أبو العز الحنفي– رحمه الله–: " الحكم بغير ما أنزل الله قد يكونُ كفرا ينقُلُ عن المِلة، وقد يكون معصية؛ كبيرة أو صغيرة، ويكون كفرا، إما مجازيا، وإما كفرا أصغرَ ... وذلك بحسب حال الحاكم: فإنّه إن اعتقد أنَّ الحكمَ بما أنزل اللهُ غيرُ واجبٍ، وأنّه مُخيرٌ فيه، أو استهان به مع تيقنه أنّه حكمُ الله: فهذا كفر أكبر. وإن اعتقد وجوبَ الحكمِ بما أنزل الله، وعَلِمَه في هذه الواقعة، وعَدَل عنه مع اعترافه بأنّه مستحق للعقوبة، فهذا عاصٍ، ويسمّى كافرا كفرًا مجازيا، أو كفرا أصغرَ. وإنْ جَهِل حكمَ الله فيها، مع بَذْلِ جُهدِهِ، واستفراغِ وُسعِهِ في معرفة الحكم وأخطأَهُ، فهذا مخطئ، له أجرٌ على اجتهاده، وخَطَؤُهُ مغفور "[17].

الدليل السادس: قوله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون)[18]. قال الطبري– رحمه الله–: " عن ابن عباس: قوله: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون)؛ قال: مَنْ جَحَدَ ما أنزل الله فقد كَفَرَ، ومَنْ أقرَّ به ولم يَحكُم فهو ظالم فاسق "[19].

الدليل السابع: قوله تعالى: (ويقولون آمنا بالله وبالرسول وأطعنا، ثمّ يتولّى فريق منهم من بعد ذلك، وما أولئك بالمؤمنين، وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون)[20]. قال ابن كثير–رحمه الله–: " يخبرُ تعالى عن صفات المنافقينَ الذين يظهرون خلافَ ما يبطنون، يقولون قولا بألسنتهم آمنا بالله وبالرسول وأطعنا ثمّ يتولّى فريق منهم من بعد ذلك أي: يخالفون أقوالَهُم بأعمالِهِم فيقولون ما لا يفعلون. ولهذا قال تعالى: وما أولئك بالمؤمنين. وقوله: وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية؛ أي؛ إذا طُلِبوا إلى اتباع الهُدَى فيما أنزل اللهُ على رسوله أعرضوا عنه واستكبروا في أنفسهم عن اتباعه "[21].

الدليل الثامن: قوله تعالى: (إنّما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون)[22]. قال القرطبي–رحمه الله–: " قوله تعالى: (إنّما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله)؛ أي: إلى كتاب الله وحكم رسوله. (أن يقولوا سمعنا وأطعنا)؛ قال ابن عباس: أخبر بطاعة المهاجرينَ والأنصارِ، وإنْ كان ذلك فيما يكرهون، أي: هذا قولُهُم، وهؤلاء لو كانوا مؤمنين لكانوا يقولون سمعنا وأطعنا "[23].

الدليل التاسع: قوله تعالى: (أفحكم الجاهلية يبغون، ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون)[24]. قال ابن كثير– رحمه الله–: " يُنكرُ تعالى على مَنْ خرج عن حكم الله المُحْكَم المُشتمِل على كل خير، الناهي عن كل شرّ، وعَدلَ إلى ما سواهُ من الآراء والأهواء والاصطلاحاتِ التي وَضَعَها الرجال بلا مُستنَد من شريعة الله كما كان أهلُ الجاهلية يحكمون به من الضلالات والجَهَالات ممّا يضعونها بآرائهم وأهوائهم، وكما يحكمُ به التتار من السياسات المَلَكِية المأخوذة عن مَلِكِهِم جِنْكِز خان الذي وضع لهم الياسق وهو عبارة عن كتاب مجموعٍ من أحكام قد اقتبسها من شرائع شتى: من اليهودية، والنصرانية، والملة الإسلامية

وغيرها، وفيها كثير من الأحكام أَخَذَها من مُجَرَّدِ نَظَرِهِ وهواه فصارت ... شرعا مُتَّبَعا يقدمونه على الحكم بكتاب الله وسنّة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فمن فعل ذلك منهم فهو كافر يجب قتاله حتى يرجع إلى حكم الله ورسوله، فلا يَحْكُم سواهُ في قليل ولا كثير "[25]. وقال الحسن البصري– رضي الله عنه–: " مَن حكم بغير حكم الله فحكم الجاهلية "[26]. وقال الحافظ ابن حجر– رحمه الله–: " إنَّ كلَّ معصيةٍ تؤخذ من ترك واجب أو فعلِ مُحرَّمٍ فهي من أخلاق الجاهلية "[27].

الدليل العاشر: (الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور)[28]. قال القرطبي– رحمه الله–: "قال ابن أبي نَجِيحٍ: يعني الولاة. وقال الضَّحَّاك: هو شرط شرطهُ اللهُ عزّ وجلّ على مَنْ آتاهُ اللهُ المُلْكَ ... قال سَهْلُ بن عبد الله: الأمرُ بالمعروف، والنهيُ عن المنكر واجبٌ على السلطانِ وعلى العلماء الذين يأتونَهُ "[29].

ثانيا: الدليل من الإجماع:

أجمعت الأمّة على وجوب الاستناد إلى الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. ويدلّ على ذلك أقوال الأئمّة كالآتي:

يقول ابن القيم – رحمه الله –: "مَن تحاكم أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول فقد حكَّم الطاغوتَ وتحاكم إليه، والطاغوت: كل ما تجاوز به العبد حدَّهُ من معبود أو متبوع أو مُطاعٍ، فطاغوتُ كلِّ قومٍ من يتحاكمون إليه غيرَ اللهِ ورسولِه ... وهؤلاء لم يسلكوا طريقَ الناجينَ الفائزين من هذه الأمّة – وهم الصحابة ومَنْ تَبِعَهم – ولا قَصَدوا قَصْدَهُم، بل خالفوهم في الطريق والقَّصْدِ معا "[30].

ويقول الشيخ سليمان بن عبد الوهاب – رحمه الله – لمَّا كان التوحيد الذي هو معنى شهادة أنْ لا إله إلاّ الله مشتملا على الإيمان بالرسول صلى الله عليه وسلم مستلزما له، وذلك هو الشهادتان ... نَبَّهَ في هذا الباب على ما تضمنه التوحيد واستلزمه من تحكيم الرسول صلّى الله عليه وسلّم في موارد النزاع. إذ هو مقتضى شهادة أنْ لا إله إلاّ الله، ولازمها الذي لابدّ منه لكل مؤمن. فإنَّ مَن عرف أن لا إله إلاّ الله، فلابدّ من الانقياد لحكم الله والتسليم لأمره الذي جاء من عنده على يد رسوله محمّد صلّى الله عليه وسلم. فمَن شَهِد أنْ لا إله إلا الله، ثم عَدَلَ إلى تحكيم غير الرسول صلى الله عليه وسلم في موارد النزاع، فقد كَذَبَ في شهادته؛ إذ لا تَنْفَكُّ إحداهما عن الأخرى لتلازمهما "[31]. ويقول الشيخ محمد بن إبراهيم – رحمه الله–: " إنَّ من الكفر الأكبر المستبين تنزيل القانون اللعين منزلة ما نزل به الروح الأمين على قلب محمّد صلّى الله عليه وسلّم ... ومن الممتنع أن يُسَمِّي الله سبحانه وتعالى الحاكم بغير ما أنزل الله كافرا ولا يكون كافرا، بل كافرٌ مطلقا إمّا كفر عمل أو كفر اعتقاد.

أمّا القسم الأول: وهو كفر الاعتقاد فهو أنواع:

أحدها: أن يجحد الحاكم بغير ما أنزل الله أحقية حكم الله ورسوله، وهو معنى ما روى عن ابن عباس واختاره ابن جرير أنَّ ذلك هو جحود ما أنزل الله من الحكم الشرعي، وهذا لا نزاع فيه بين

أهل العلم .....

الثاني: أنْ لا يجحد الحاكم بغير ما أنزل الله كون حكم الله ورسوله حقا، لكن اعتقد أنَّ حكم غير الرسول صلّى الله عليه وسلّم أحسن من حكمه وأتم وأشمل لما يحتاجه الناس من الحكم بينهم عند التنازع، إمّا مطلقا، أو بالنسبة لما استجدّ من الحوادث التي نشأت عن تطور الزمان وتغيّر الأحوال، وهذا أيضا لا ريب أنّه كافر لتفضيله أحكام المخلوقين التي هي محض زُبَالة الأذهان، وصَرْف حُثَالة الأفكار عن حكم الحكيم الحميد ...

الثالث: أن لا يعتقد كونه أحسن من حكم الله ورسوله لكن اعتقد أنه مثله، فهذا كالنوعين الذين قبله؛ في كونه كافرا الكفر الناقل عن الملة لما يقتضيه ذلك من تسوية المخلوق بالخالق ...

الرابع: أن لا يعتقد كون حكم الحاكم بغير ما أنزل الله مماثلا لحكم الله ورسوله فضلا عن أن يعتقد كونه أحسن منه لكن اعتقد جواز الحكم بما يخالف حكم الله ورسوله، فهذا كالذي قبله يُصَدَّق عليه ما يُصَدَّق عليه لاعتقاده جواز ما عُلِم بالنصوص الصحيحة الصريحة القاطعة تحريمه.

الخامس: وهو أعظمها وأشملها وأظهرها معاندة للشرع ومكابرة لأحكامه ومُشَاقة لله ورسوله ومضاهاة بالمحاكم الشرعية إعدادا وإمدادا، وإرصادا وتأصيلا، وتفريعا وتشكيلا، وتنويعا، وحكما وإلزاما، ومراجع ومستندات. فكما أنَّ للمحاكم الشرعية مراجع مُستمدات؛ مرجعها كلُّها إلى كتاب الله وسنة رسوله صلّى الله عليه وسلّم، فلهذه المحاكم مراجع هي: القانون الملفق من شرائع شتّى، وقوانين كثيرة كالقانون الفرنسي، والقانون الأمريكي، والقانون البريطاني، وغيرها من القوانين، ومن مذاهب بعض البِّدْعيين المنتسبين إلى الشريعة وغير ذلك. فهذه المحاكم في كثير من أمصار الإسلام مُهيّأة مُكمَّلة، مفتوحة الأبواب، والناس إليها أسراب إثر أسراب، يحكم حكامُها بما يخالف حكم السنّة والكتاب، من أحكام ذلك القانون وتُلزمهم به، وتُقرُّهم عليه وتُحتُّمُه عليهم، فأيّ كفر فوق هذا الكفر؟! وأيّ مناقضة للشهادة بأنَّ محمدا رسول الله بعد هذه المناقضة؟! ...

السادس: ما يحكم به كثير من رؤساء العشائر، والقبائل من البوادي ونحوهم من حكايات آبائهم وأجدادهم وعاداتهم ... يتوارثون ذلك منهم، ويحكمون به، ويحُضُّون على التحاكم إليه عند النزاع، بقاءً على أحكام الجاهلية وإعراضا ورغبة عن حكم الله ورسوله، فلا حول ولا قوة إلا بالله.

<u>أما القسم الثاني</u>: من قِسمَيْ كفر الحاكم بغير ما أنزل الله، وهو الذي لا يُخرِج عن الملّة ... وذلك أن تحمله [أي: الحاكم] شهوتُه وهواهُ على الحكم في القضية بغير ما أنزل الله مع اعتقاده أنَّ حكم الله ورسوله هو الحق، واعترافه على نفسه بالخطأ ومجانبة الهُدى. وهذا وإنْ لم يُخرِجْه كُفرُه عن الملّة، فإنّه معصية عظمى أكبر من الكبائر: كالزنا وشُرب الخمر، والسرقة واليمين الغموس[32]، وغيرها فإنَّ معصيةً سمَّاها اللهُ كُفرًا أعظم من معصيةٍ لم يُسَمِّها كُفْرًا "[33].

يقول الشيخ عبد العزيز بن باز – رحمه الله – " لا ريب أنَّ الله سبحانه أوجب على عباده الحكم

بشريعته، والتحاكم إليها، وحذَّر من التحاكم إلى غيرها، وأخبر أنّه من صفة المنافقين. كما أخبر أنَّ كل حكم سوى حكمه سبحانه فهو من حكم الجاهلية. وبَيَّن عزّ وجلّ أنّه لا أحسن من حكمه، وأقسم عزّ وجلّ أنَّ العباد لا يؤمنون حتى يُحَكِّموا رسوله –صلّى الله عليه وسلّم – فيما شجر بينهم ثمّ لا يجدوا في أنفسهم حرجا من حكمه بل يسلِّموا له تسليما. كما أخبر سبحانه في سورة المائدة أنّ الحكم بغير ما أنزل كفر وظلم وفسق. "[34].

يضيف الشيخ – رحمه الله– قائلا: " الواجب على أئمة المسلمين وقادتهم أن يُحكّموا الشريعة الإسلامية في جميع شؤونهم وأنْ يحاربوا ما خالفها. وهذا أمر مُجمع عليه بين علماء الإسلام ليس فيه نزاع بحمد الله ... وقد أجمع العلماء على أنَّ من زعم أنّ حكم غير الله أحسن من حكم الله أو أنَّ هدى غير رسول الله – صلّى الله عليه وسلّم – أحسن من هدى الرسول – صلّى الله عليه وسلّم – فهو كافر. كما أجمعوا على أنّه من زعم أنّه يجوز لأحدٍ من الناس الخروج عن شريعة محمّد – صلّى الله عليه وسلّم – أو تحكيم غيرها فهو كافرٌ ضال ... فالذين يتحاكمون إلى شريعة غير شريعة الله ويرون أنَّ ذلك جائزٌ لهم، أو أنَّ ذلك أولى من التحاكم إلى شريعة الله لا شكّ أنّهم يخرجون بذلك عن دائرة الإسلام ويكونون بذلك كفّارا ظالمين فاسقين"[35].

ويقول الشيخ أحمد شاكر– رحمه الله– في هذا الخصوص: " نرى في بعض بلاد المسلمين قوانين ضُربت عليها، نُقلت عن أوروبا الوثنية المُلْحِدة، وهي قوانين تخالف الإسلام مخالفة جوهرية في كثير من أصولها وفروعها، بل إنَّ في بعضها ما ينقض الإسلام ويهدمه، وذلك أمر واضح بديهي ... وإنَّ العمل بها في بلاد المسلمين غير جائز حتى فيما وافق التشريع الإسلامي لأنّ مَن وضعها – حين وَضَعها – لم ينظر إلى موافقتها للإسلام أو مخالفتها، إنّما نظر إلى موافقتها إلى قوانين أوروبا أو لمبادئها وقواعدها، وجعلها هي الأصل الذي يرجع إليه، فهو آثم مرتد بهذا سواء أوضع حكما موافقا للإسلام أو مخالفا له[36].

والواقع في هذا الجُرم[37] العظيم من الناس ثلاثة، "المتشرع، والمُدافع، والحاكم، يجتمعون في بعض هذا المعنى ويفترقون والمآل واحد. المُتشرع: فإنّه يضع هذه القوانين، وهو يعتقد صحّتها، وصحّة ما يعمل به، فهذا أمره بَيِّن وإنْ صام وصلّى وزعم أنّه مسلم. وأمّا المُدافِع: فإنّه يدافع بالحق وبالباطل، فإذا ما دافع بالباطل المخالف للإسلام معتقدا صحّته، فهو كزميله المتشرع، وإنْ كان غير ذلك، كان منافقا خالصا، مهما يعتذر بأنّه يؤدّي واجب الدفاع. وأمّا الحاكم ... فقد يكون له في نفسه عذر حين يحكم لما يوافق الإسلام من هذه القوانين، وإنْ كان التحقيق الدقيق لا يجعل لهذا العذر قيمة. أمّا حين يحكم بما ينافي الإسلام مما نُصَّ عليه في الكتاب والسنّة، وممّا تدل عليه الدلائل منها، فإنّه على اليقين ممّا يدخل في هذا الحديث [أي: حديث: (السمعُ والطاعةُ على المرءِ فيما أحبَّ أو كرهَ إلاّ أن يؤمر بمعصية، فإنْ أُمِرَ بمعصيةٍ فلا سمع ولا طاعة)[38] قد أمر بمعصية؛ القوانين التي يرى أنّ عليه واجبا أنْ يطيعها لأنّها أمرته بمعصية، بل بما هو أشدّ من المعصية؛ أن يخالف كتاب الله وسنّة رسوله، فلا سمع ولا طاعة، فإنْ سمع

وأطاع، كان عليه الوِزْر ما كان على آمره الذي وضع هذه القوانين، وكان كمثله سواء " [39]، فإذا لم يحكم بمنهج الله فقد جار لأنّ العدل هو الحكم بما أنزل الله تعالى. فمن عدل عن الحكم بما أنزل الله فقد جار أشد الجَّوْر وإنْ وافق حكمه– في ظاهره– الصواب. يشير ابن الموصلي– رحمه الله– إلى ذلك بقوله: " العدل هو الحـــكم بما أنزل الله تعالى. دليله ... قال الله تعالى: (ومن لم يحـــكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون)[40].

قال الله تعالى: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون)[41]. وقال تعالى أيضا: (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون)[42]. فمن لم يحكم بما أنزل الله تعالى وصحّ عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقد اجتمعت فيه هذه الأوصاف الثلاثة؛ الظلم، والكفر، والفسوق "[43].

يصف الشيخ مصطفى صبري – رحمه الله– الحكم بغير ما أنزل الله بأنّه: "ثورة حكومية على دين الشعب –في حين أنَّ العادة أن تكون الثورات من الشعب على الحكومة– وشق عصا الطاعة منها؛ أي: الحكومة لأحكام الإسلام، بل ارتداد عنه من الحكومة أوّلا، ومن الأمّة ثانيا، إن لم يكن بارتداد الداخلين في حوزة تلك الحكومة باعتبارهم أفرادا، فباعتبارهم جماعة، وهو أقصر طريق إلى الكفر من ارتداد الأفراد، بل إنّه يتضمّن ارتداد الأفراد أيضا لقبولهم الطاعة لتلك الحكومة المرتدّة التي ادّعت الاستقلال لنفسها بعد أن كانت خاضعة لحكم الإسلام عليها. وما الفرق بين أن تتولّى الأمر في البلاد الإسلامية حكومة مرتدّة عن الإسلام وبين أن تحتلّها حكومة أجنبية عن الإسلام، بل المرتدّ أبعد ما يكون عن الإسلام من غيره وأشدّ، وتأثيره في الضار في دين الأمّة أكثر ... من حيث أنّ الأمّة لا تزال تعتبر الحكومة المرتدّة عن دينها من نفسها فترتدّ هي أيضا معها تدريجيا إن لم نقل بارتدادها معها دفعة باعتبارها مضطرّة في طاعة الحكومة، ومن حيث أنّ موقفها الاضطراري تجاه حكومة تأخذ سلطتها وقوّتها من نفس الأمّة ليس كموقفها الاضطراري تجاه حكومة أجنبية لها قوّة أجنبية مثلها"[44].

يتبيّن ممّا سبق وجوب الاستناد إلى الشريعة الإسلامية –وحدها– كمصدر لكافة التشريعات التي تسنّها البلدان الإسلامية. فلا يجوز الرجوع إلى غيرها من المصادر على أيّ نحو كان. فمن يَشْرع إلى غيرها ليستمد منها القوانين وهو يعتقد صحّة ما يعمل به، ومن يدافع عن ذلك معتقدا صحّته، فقد خرج عن الملّة وإن صلّى وصام وزعم أنّه مسلم.

المطلب الثاني: مدى اعتناء الدستور المصري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع

ادّعت الدساتير المصرية الصادرة إبّان الحقبة الجمهورية –التي بدأت بانقلاب يوليو الأسود عام 1952 إلى الوقت الراهن– الاعتناء بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. وقد جاء التعبير عن هذا الادّعاء –ضمنا تارة وصراحة تارة أخرى– في العديد من النصوص الدستورية بهذا الخصوص. فقد جاء التعبير الضمني عن هذا الاعتناء المزعوم بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور المصري

لسنة (1956) والدستور المصري لسنة (1964)؛ أي: في تلك الدساتير المصرية الصادرة إبّان الجمهورية الأولى التي بدأت من عام 1954 إلى عام 1970. فتنصّ المادّة الثالثة من الدستور المصري لسنة (1956)، والمادّة الخامسة من الدستور المصري لسنة (1964)، على أنّ: " الإسلام دين الدولة ". فيُفهم من النصّ السابق أنّ الإسلام هو المصدر الذي تقتبس منه التشريعات كافّة. فلا يُعقل أن يكون الإسلام هو الدِّين الرسمي للدولة، ويكون المصدر في التشريع خلافه. ولكن حقيقة الأمر أنّه قد أُرِيدَ أن يفهم من هذه المادّة أنّ الإسلام عقيدة يعتقدها المسلم في قلبه وعبادة يمارسها في مسجده فحسب، وليس للإسلام شأن أكثر من ذلك. ويدلّل على ذلك نصّ المادّة الثانية من هذا الدستور حيث تقول:" السيادة للأمّة ...".

فهذا نصّ صريح بأنّ الشعب –أو من ينوب عنه فردا كان أو جماعة– هو مصدر السلطات. ومن بين هذه السلطات سلطة التشريع. من ثمّ فلا تشريع إلاّ من الشعب أو بموافقة هذا الشعب وبصرف النظر عن موافقة ذلك لتعاليم الإسلام أو لا. فما دام الشعب قد أقرّ ذلك، فلا سلطان يعلو فوق سلطانه، ولا كلمة تعلو فوق كلمته.

أضف إلى ذلك أنَّ هذه المادّة قد هبط ترتيبها من المركز الثالث كما كان الحال في دستور (1956) إلى المركز الخامس كما هو الحال في دستور (1964). وفي ذلك إشارة إلى أنّ الدِّين –الذي اختزلوا مفهومه في العقائد والعبادات– لا يشكّل أولوية لواضعي هذه الدساتير سواء أكانوا سياسيين أو قانونيين. وإنّما الأولوية للنصوص التي تعبّر عن الديانة الجديدة للدولة متمثّلة في الاشتراكية والنصوص التي تعلي من شأن النعرة القومية كما هو الحال في المواد الدستورية الأولى والثالثة والرابعة. وجاءت المادّة الثانية من هذا الدستور لتؤكّد أيضا أنّ الشعب هو مصدر السلطات بقولها: "السيادة للشعب ...".

إذن فمصدر التشريع في دساتير هذه الحقبة هو الشعب –أو بتعبير أدق الحاكم الذي يختصر الشعب في شخصه– وليست الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع كما يتوهّم الناظر لأوّل وهلة.

جاء التعبير الصريح عن هذا الاعتناء الظاهري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدساتير الجمهورية اللاّحقة. فنصّت المادّة الثانية من الدستور المصري لسنة (1971)، والدستور المصري لسنة (2012)، والدستور المصري لسنة (2014) على أنّ: " الإسلام دين الدولة ... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ". وتنص المادّة الثانية من الدستور المصري لسنة (2019) على أنَّ: "الإسلام دين الدولة ... ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"[45].

الملاحظ أنّه لم تكتف هذه الدساتير الصادرة منذ عام 1971 بالنص على أنّ الإسلام هو دين الدولة كما كان في السابق، وإنّما ذهبت إلى التصريح بأنّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي– أو مصدر رئيسي – للتشريع. أضف إلى ذلك أنّ هذه المادّة قد احتلّت مركزا متقدّما مقارنة بما كانت عليه في الدساتير السابقة. وهذا يوحي بأنّها صارت أولوية دستورية بالنسبة لواضعي هذه الدساتير.

إلاّ أنّ حقيقة الأمر كانت خلاف ذلك. فالدِّين لم يكن ليشكّل أولوية – كمصدر للتشريع أو غيره –

للقيادة السياسية إبّان هذه الحقبة كما كان لا يشكّل شأنا ذا بال بالنسبة للقيادة السياسية السابقة وإن زعموا خلاف ذلك. ويدلّل على ذلك نص المادّتين الأولى والثالثة من هذا الدستور. فتنصّ المادّة الأولى على أنّ: "جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديمقراطي ...". وتنصّ المادّة الثالثة على أنَّ: "السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات ...". وفي ذلك دلالة قاطعة على أنّ الشعب –أو من ينوب عنه – لا مبادئ الشريعة الإسلامية كما ادعت المادة الثانية – هو مصدر التشريع. فالشعب أو زمرته الحاكمة هي من تضع التشريع وهي من تقره أو تلفظه وفقا لما ترتئيه عقولها أو وفقا لما تميل إليه أهواؤها بصرف النظر عن موافقة ذلك أو معارضته لأحكام الشرع الحنيف.

كما لا يخفى عن الأذهان أنَّ عبارة " مبادئ الشريعة الإسلامية" الواردة في صلب المادّة الثانية المذكورة في هذه الدساتير عبارة فضفاضة تتّسع لأكثر من معنى. ويمكن استغلال هذا الاتّساع – من قِبَل المغرضين – في التلاعب بهذه المادّة، وتفريغها من مضمونها لتمرير ما تمليه السلطة وإن خالف تعاليم الدين الإسلامي. وإن سلّمنا جدلا بأنّ المراد بهذه المبادئ القواعد المجملة التي أتت بها الشريعة كالعدالة والمساواة بين المسلمين والمعاملة بالمثل والمصلحة العامة، فإنَّ هذه المبادئ وإن كانت تصلح مصدرا للتشريعات المتغيّرة؛ أي باعتبارها ضوابط عامّة يجري في ضوئها صياغة التشريعات المتطلبة لتلبية احتياجات الأمّة التي تتباين بتباين العصر وتباين المكان، إلاّ أنّها لا تصلح أن تكون مصدرا للتشريعات الثابتة؛ أي تلك الأمور التي حدّدتها الشريعة كما وكيفا كالمواريث والحدود.

هذا فضلا عن أنّ قوله: "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع " يشير إلى أنّ الشريعة الإسلامية ليست وحدها مصدرا التشريع. أي: إنه يفهم من ذلك أنَّ هناك مصادر أخرى فرعية – بجانب الشريعة الإسلامية – تستقى منها التشريعات التي تتطلّبها الأمّة [46]. ومع أهمية تسليط الضوء على حقيقة أنّ الشريعة الإسلامية هي المعين الرئيس للتشريع، إلاّ أنَّ هذا يعد كفرا بالشريعة وكفرا بمبادئها. فمدار الشريعة ومدار مبادئها ينهض على مبدأ واحد هو التفرّد في التشريع. والله تعالى هو المتفرّد بالتشريع. قال الله تعالى: (ألا له الخلقُ والأمر)[47]؛ أي إنّه تعالى المتفرّد في الخلق؛ فلا خالق غيره، وهو تعالى المتفرّد في التشريع؛ فلا مُشرّع غيره.

أضف إلى ذلك أنّ الإيحاء بأنّ هناك مصادر أخرى فرعية للتشريع بخلاف الشريعة الإسلامية يعدّ اتّهاما للشريعة بأنّها لا تستوفي كافة التشريعات التي تتطلّبها الأمّة. وهذا اتّهام باطل لأنّ الله تعالى أودع في شريعته جميع ما يصلح للناس في دينهم ودنياهم من أحكام. يقول تعالى: (ما فرّطنا في الكتاب من شيء)[48]. إلاّ أنّه قد اقتضت مشيئته تعالى أن يتناول هذه الأحكام بطريقتين؛ إحداهما: مفصّلة وذلك في الثوابت التي لا تتغيّر من مكان إلى مكان ولا من زمان إلى زمان كأحكام الميراث، والطلاق، والمحرّمات من النساء، والحدود المقدّرة شرعا. والأخرى؛ مجملة وذلك فيما يختلف وفقا لظروف الناس ووفقا لبيئاتهم كنظام الحكم وكيفية الشورى. والسياسة المالية والسياسة العقابية للجرائم غير المنصوص عليها. فقد وضع

الإسلام الضوابط والقواعد العامة فقط لهذه الأحكام كالعدالة والمساواة بين المسلمين والمعاملة بالمثل والمصلحة العامة وترك التفصيلات لتقرّرها كلّ أمّة بما يناسب ظروفها ويناسب مقتضيات عصرها.

إن هذا المعنى الذي حافظت عليه المادّة الثانية في هذه الدساتير الصادرة منذ عام 1971، وهو أنّ الشريعة الإسلامية المورد الرئيسي للتشريع، جاءت نفس المادّة المذكورة في الدستور المصري لسنة (2019) لتجتثه من جذوره وتنص على أنَّ: "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع". وهذا يعني أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية لم تعد المصدر الرئيسي للتشريع كما كان العهد في الدساتير الصادرة منذ عام 1971، بل أضحت إحدى المصادر الرئيسة التي تستقى منها التشريعات؛ أي أنَّ هناك مصادر أخرى تحتلّ نفس القدر ونفس الدرجة من الأهمية التي تحتلّها مبادئ الشريعة الإسلامية في مسألة التشريع. وفي ذلك دلالة صريحة وقاطعة على مساواة الشريعة الإسلامية التي هي ربانية المصدر بغيرها من المصادر المختلقة أو المحرفة. وهذا كفر صريح بالشريعة التي يزعمون الاستناد إليها كمصدر للتشريع وذلك لمساواة الخالق بالمخلوق في التشريع من جانب، ومساواة التشريع السماوي المتنزه عن كل نقص بالتشريعات التي يعتريها النقص من كافة أطرافها؛ أي: تلك التي وضعها البشر أو مسّتها يد البشر بالتحريف من جانب آخر.

حتّى وإن سلّمنا جدلا بقبول وجود مصادر أخرى رئيسة للتشريع بجانب مبادئ الشريعة الإسلامية فعلى أيّ أساس يجري المفاضلة بين هذه المصادر؟ ووفقا لأيّ معيار يتمّ الانتقاء من هذا المصدر أو ذاك؟ بعبارة أخرى، ما الذي يمكن أن يستقى من مبادئ الشريعة الإسلامية وما الذي يمكن أن يستقى من غيرها ما دامت هذه المصادر كلّها على درجة واحدة من الأهمية؟

قد يعترض البعض على ذلك معلّلا اعتراضه بأنّه جرى تقديم هذه المادّة لتحتلّ المركز الثاني بعد أن كانت تحتلّ المركزين الثالث والخامس في الدساتير السابقة عليها. وفي ذلك دلالة – من وجهة نظره – على اعتناء الدساتير الصادرة منذ عام 1971 بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. ويجاب عن هذا الاعتراض بأنّ هذا التقديم إنّما كان تقديما شكليا كان الغرض منه الإيحاء بأنّ الدِّين بات يشكّل أولوية للقيادة السياسية للتلبيس على الجماهير. ويدلّل على ذلك أنَّ العديد من النصوص الواردة في صلب هذه الدساتير وما دار في فلكها من قوانين تخالف ما قرّرته أحكام الشريعة الإسلامية جملة وتفصيلا. ومثال ذلك، ما نصّت عليه المادّة الأولى من الدستور المصري لسنة 1971 والتي تقول: "الشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدتها الشاملة". فهذا النص ينطلق من فكرة القومية.

تلك الفكرة الجاهلية التي خلفها الكفرة وروّج لها أذنابهم في بلاد المسلمين لصرف المسلمين عن سبيل وحدتهم وسبيل عزهم في الدنيا والآخرة وهو الإسلام. فالإسلام ينبذ القومية، ويمقت كل من رفع لها لواءا، وكل من أعلى لها راية. يقول الله تعالى: (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرّقوا)[49]. ويقول تعالى:

(إنّما المؤمنون إخوة)[50]. ويقول تعالى: (إنّ أكرمكم عند الله أتقاكم)[51]. ويقول النبي – صلّى الله عليه وسلّم –: (ليس منّا من دعا إلى عصبية)[52]. ويقول – صلّى الله عليه وسلّم – : (لا فضلَ لعَرَبِيٍّ على عَجَمِيٍّ ولا لِعَجَمَي على عَرَبِيٍّ ولا لأحمرَ على أسودَ ولا أسودَ على أحمرَ إلاّ بالتقوى)[53]. فوفقا لهذه النصوص، فإنّ المعتبر هو الأخوّة الإسلامية لا القومية ولا غيرها من نعرات الجاهلية كما ذهب إليه هذا النص الدستوري.

مثال ذلك أيضا ما نصّت عليه المادّة (40) من الدستور المصري لسنة 2019 والتي تقول: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة. لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة". فهذه المادّة تتعارض مع ما تقرّره الشريعة الإسلامية من عدم مساواة الكافر للمسلم سواء أكان كتابيا كاليهودي والنصراني أو غير كتابي كعُبّاد الأوثان. ويدلّل على ذلك قوله تعالى: (لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة)[54]. " فكان نفي التساوي بينهما يمنع من تساوي نفوسهما وتكافؤ دمائهما "[55]. كما يدلّل على ذلك قوله تعالى: (أفنجعل المسلمين كالمجرمين*ما لكم كيف تحكمون)[56]. يقول ابن حزم –رحمه الله– مستدلاّ بهذه الآيات: " فوجب يقينا أنَّ المسلم ليس كالكافر في شيء أصلا، ولا يساويه في شيء، فإذ هو كذلك، فباطلٌ أنْ يكافِئ دمُهُ بدمه، أو عضوُه بعضوِه، أو بَشَرَتُه ببشَرَتِه ... إذ لا مساواة بينهما أصلا "[57].

مثال ذلك أيضا ما نصّت عليه المادّة (46) من ذات الدستور، حيث تقول: "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية". وهذا يتعارض مع ما تقرّره الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص. فلا يجوز للمسلم أن يرتدّ عن دينه ويتحوّل إلى دين آخر تحت أيّ مسمّى؛ سواء أكان حرية العقيدة أو غيره. ويدلّل على ذلك قوله تعالى: (ومَن يرتدِدْ منكم عن دينه فيمُت وهو كافرٌ فأولئك حَبِطَت أعمالُهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحابُ النار هم فيها خالدون)[58]. قال القرطبي –رحمه الله–: "قوله تعالى: (ومَنْ يرْتَدِدْ)؛ أي: يرجع عن الإسلام إلى الكفر ... (فأولئك حَبِطَت)؛ أي: بَطَلَتْ وفَسَدَت ... فالآية تهديدٌ للمسلمين ليثبتوا على دين الإسلام"[59]. وروى البخاري في صحيحه أنّ النبي – صلّى الله عليه وسلّم– قال: "مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فاقتلوه"[60]. قال ابن عبد البر –رحمه الله–: " وظاهر هذا الحديث يُوجبُ على كل حال من غيَّرَ دينَ الإسلام أو بدَّلَهُ فليُقتلْ ويُضربْ عُنُقهُ إلاّ أنَّ الصحابةَ قالوا إنّه يُستتابُ، فإنْ تابَ وإلاّ قُتِلَ"[61]. وفي ذلك دليل صريـــح على أنّه لا يـجوز للمـــسلم أن يفارق دينه ويعـــتنق أيّ دين آخر تحـــت أيّ مسمّى.

يتّضح ممّا سبق أنّ الدستور المصري اختزل الشريعة الإسلامية –كمصدر للتشريع– في مجموعة من المبادئ العامة للإيهام بأنّه يتحاكم إلى الشريعة الإسلامية من جانب، ولتمرير التشريعات التي توافق هواه تحت مظلّتها من جانب آخر. وبذا يتبيّن أنّ الدستور المصري لم يعتن الاعتناء المنشود بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع.

المطلب الثالث: مدى اعتناء الدستور الجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع

لم يُشر الدستور الجزائري – صراحة – إلى أنَّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي – أو مصدر رئيسي – للتشريع كما هو الحال بالنسبة للدستور المصري. وإنّما جاءت إشارات ضمنية كان من المفترض أن يُفهم منها أنّ الشريعة الإسلامية هي مصدر للتشريع.

من هذه الإشارات الضمنية ما نصّت عليه المادّة (4) من الدستور الجزائري لسنة (1963)، والمادّة (2) من الدستور الجزائري لسنة (1976)، والدستور الجزائري لسنة (1989)، والدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016) من أنَّ: "الإسلام دين الدولة". فبموجب هذه المادّة، فإنَّ الإسلام – عقيدة وشريعة – يجب أن يكون المورد الذي تستقي منه الدولة في شؤونها كافّة، تشريعية كانت أو غير تشريعية. ومن هذه الإشارات أيضا ما تنصّ عليهالمادّة (110) من الدستور الجزائري لسنة (1976) والمادّة (73) من الدستور الجزائري لسنة (1989)، والمادّة (76) من الدستور الجزائري لسنة (1996)، وتعديلاته لسنة (2016) من أنّه: " يؤدي رئيس الجمهورية اليمين حسب النص الآتي: ... أقسم بالله العلي العظيم أن أحترم الدين الإسلامي، وأمجده". فهذه المادّة توجب على المترشّح لرئاسة الدولة الجزائرية احترام وتمجيد تعاليم الدين الإسلامي. ولا يسوغ هذا الاحترام ولا يتسنّى هذا التمجيد –حقّا– إلاّ إذا كانت تعاليم الدِّين الإسلامي تنبض بها شرايين الحياة التشريعية وغير التشريعية.

من الإشارات الضمنية التي توحي بأنّ الإسلام ينبغي أن يكون مصدر التشريع للدستور الجزائري ما جاء في ديباجة الدستور الجزائري لسنة (1989)، والدستور الجزائري لسنة (1996)، وتعديلاته لسنة (2016): من أنَّ "الجزائر أرض الإسلام". فلا معنى أن تكون الجزائر هي أرض الإسلام إلاّ أن ترى تعاليم الإسلام تضرب بجذورها في أعماق التربة التشريعية وتسمع صداها بين جنباتها التنفيذية والقضائية ويفوح عبير زهورها بين أفرادها وجماعاتها.

من هذه الإشارات أيضا ما نصّت عليه المادّة (10) من الدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016) من أنّه: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي ... السلوك المخالف للخلق الإسلامي ... ". فهذه المادّة توجب على مؤسّسات المجتمع كافّة، تشريعية كانت أو غير تشريعية، حكومية كانت أو غير حكومية التحلي بأخلاق الإسلام. ولا يتسنّى الإتيان بأخلاق الإسلام حق الإتيان إلاّ إذا كان الإسلام عقيدة وشريعة تجري في المجتمع مجرى الدّم في العروق. يقول الله تعالى: (فمن اتّبع هُدايَ فلا يضلُّ ولا يَشقى)[62]. ويقول أيضا: (والذين اهتَدَوْا زادَهم هُدى وآتاهم تقوَاهم)[63]. فلا سبيل إلى الاستقامة الخلقية الحقة إلاّ بالإيمان بعقائد الإسلام والالتزام بشرائعه.

ومع أهمية هذه الإشارات، ومع أهمية ما توحي إليه من وجوب التقيّد بتعاليم الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، إلاّ أنَّ ما أريد أنْ يفهم منها كان خلاف ذلك. فقد أريد أن يفهم منها أنَّ الإسلام عقيدة

وأخلاق فحسب؛ عقيدة يعتنقها المرء في قلبه، وأخلاق يزدان بها المرء بين أقرانه. أمّا أن يُفهم أنّ الإسلام شريعة أيضا ومصدر للتشريع، فلا محلّ لهذا الفهم عند واضعي هذه الدساتير، وإن فهم من هذه المواد الدستورية – آنفة الذكر – ذلك، فلا عبرة بهذا الفهم. فالشريعة – عندهم – لا علاقة لها بالحياة، ولا علاقة للحياة بها؛ سواء أكانت حياة تشريعية أو غير تشريعية. ويدلّل على ذلك إقرار العديد من المواد الدستورية والقانونية المخالفة للشريعة الإسلامية. ومن ذلك ما نصّت عليه المادّة (7) من الدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016) والتي تقول بأنّ: "الشعب مصدر كل سلطة". فبموجب هذه المادّة، فإنّ الشعب –أو من ينوب عنه– هو مصدر كافة السلطات بما فيها السلطة التشريعية. أي: أنّ مصدر التشريع هو الشعب أو ممثليه وليس الشريعة الإسلامية. فكيف يستقيم ذلك مع المواد السالفة الذكر؛ تلك التي تؤكّد أنّ "الإسلام دين الدولة" وأنّ "الجزائر أرض الإسلام" وأنّه "لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي: ... السلوك المخالف للخلق الإسلامي"؟ اللهم إلا أن يُراد أن يُفهم من ذلك أنّ الإسلام هو تلك الصورة التي يروّج لها بعض المغرضين والتي تختزل الإسلام في العقائد والأخلاق، وأنَّ يفهم من ذلك أنَّ الشريعة ليست من ثوابت الإسلام، وإنّما هي أحكام متغيّرة بتغيّر الزمان والمكان وأنّها لم تعد صالحة لمتطلّبات عصرنا التشريعية أو غير ذلك من متطلّبات كما يرى هؤلاء المنتسبين للإسلام زورا. ولا يخفى عن الأذهان ما وراء هذا التصوّر من مرام خبيثة لا تستهدف تجفيف ينابيع الشريعة فحسب، وإنّما تستهدف –أيضا– اجتثاث الإسلام جملة وتفصيلا.

كما يدلّل على ذلك مخالفة العديد من المواد الجنائية والعقابية لما قرّرته الشريعة الإسلامية. مثال ذلك ما قرّره قانون العقوبات الجزائري من عقوبة لجريمة شُرب الخمر. فتنصّ المادّة (1) من الأمر الرئاسي رقم 75–26 المؤرّخ في (17) ربيع الثاني عام (1395هـ) الموافق (29) إبريل سنة (1975م): على أنَّ: " كل من يوجد في حالة سُكْر سافر في الشوارع أو في المقاهي أو في المحلات العمومية الأخرى يعاقب بغرامة قدرها 40 د. ج. إلى 80 د. ج". وتنصّ المادّة (2) من هذا الأمر الرئاسي على أنّه: "إذا تكرر الأمر، يعاقب المعني بخمسة أيام إلى عشرة أيام سجنا ...". فما ورد بهذه المادّة يخالف ما تقرّه الشريعة الإسلامية من تحريم شرب الخمر مطلقا؛ سواءٌ سَكِر الشارب أو لم يسكر، وسواءٌ تمّ ذلك في الأماكن والمحال العامّة أو غيرها. كما أنَّ العقوبة المقرّرة لهذه الجريمة وهي الغرامة المالية والسجن تخالف –أيضا– ما تقرّه الشريعة الإسلامية. فالشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة الجلد على كل من ثبتت بحقّه جريمة الشرب واستوفى الشروط التي قرّرتها الشريعة لإقامة هذا الحدّ.

مثال ذلك أيضا ما قرّره قانون العقوبات الجزائري من عقوبة لجريمة السرقة. فقرّر لتلك الجريمة أربع عقوبات أساسية هي الحبس، والغرامة المالية، والسجن المؤقّت، والسجن المؤبّد. فتنصّ المادّة (350) من قانون العقوبات الجزائري على أنَّ: "كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس ...، وبغرامة من 100,000 د. ج. إلى 500,000 د. ج ". وتنصّ المادّة (351) معدّلة على

أنّه: " يعاقب مرتكبو السرقة بالسجن المؤبد إذا كانوا يحملون أو يحمل أحد منهم أسلحة ...". وتنصّ المادّة (353) معدّلة على أنّه: "يعاقب بالسجن المؤقت ... كل من ارتكب السرقة ... إذا ارتكبت السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به ...". وهذه العقوبة المقرّرة –لجريمة السرقة– كما نصّت عليها المواد سالفة الذكر تخالف –أيضا– ما تقرّه الشريعة الإسلامية. فالشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة القطع على كل من ثبتت بحقّه جريمة السرقة واستوفى شروطها الحدّية.

مثال ذلك أيضا، ما قرّره قانون العقوبات الجزائري من عقوبة لجريمة الزنا. فقد نصّت المادّة (339) – من هذا القانون – على أنّه: "يُقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته. ولا تتخذ الإجراءات إلا بناءً على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح[64] هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة". فالعقوبة المقرّرة – لجريمة الزنا – وفقا لهذه المادّة هي الحبس. وهذا يخالف ما تقرّه الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. فالشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة القتل رجما بالحجارة حتى الموت على الزاني المحصن، وعقوبة الجلد والتغريب على الزاني غير المحصن. على حين تغافل القانون عن هذه العقوبة التي قرّرتها الشريعة، وأوجب عقوبة أخرى هي عقوبة الحبس لمن ثبتت إدانته في هذه الجريمة.

يتّضح ممّا سبق أنّ الدستور الجزائري قد حذا حذو الدستور المصري في أنّه لم يعتن الاعتناء الكاف بالاستناد إلى الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. فمع أنَّ كلاّ من الدستورين قرّرا أنّ "الإسلام هو دين الدولة"، ومع أنَّ الدستور الجزائري قرّر أن "الجزائر هي أرض الإسلام" وأنّه لا يجوز للمؤسسات أن تأتي بما يخالف الخلق الإسلامي، ومع أنّ الدستور المصري قرّر بأنّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر رئيسي للتشريع، إلاّ أنَّ كلاّ منهما يعدّ مخالفا لتعاليم الإسلام لأنّهما لم ينصّا صراحة على اعتبار الشريعة الإسلامية – وحدها – هي مصدر التشريع.

خاتمة

استهدفت الدراسة الحالية بيان مدى اعتناء الدستورين المصري والجزائري بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع وتقييم ذلك في ضوء ما قرّره الإسلام في هذا الشأن. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أبرزها الآتي:

أولا: وجوب الاستناد إلى الشريعة الإسلامية – وحدها – كمصدر لكافّة التشريعات التي تسنّها البلدان الإسلامية. فلا يجوز الرجوع إلى غيرها من المصادر أيّا كانت هذه المصادر.

ثانيا: أنّه على الرغم من أنَّ الدستور المصري قد صرّح بأنّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر رئيسي للتشريع – وذلك مقارنة بالدستور الجزائري الذي لم يصرّح بذلك – إلاّ أنّه لم يعتن الاعتناء الكاف

بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. وذلك لأنّه لم ينص صراحة على أنّ الشريعة الإسلامية – بأحكامها ومبادئها – هي وحدها مصدر التشريع.

ثالثا: أنّه على الرغم من أنَّ الدستور الجزائري قد صرّح بأنّ الجزائر هي أرض الإسلام وصرّح بأنّه لا يجوز للمؤسّسات أن تأتي من السلوك ما يخالف الخلق الإسلامي، إلاّ أنّه أيضا لم يول الاعتناء المنشود بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع. فهو – كنظيره المصري – لم يصرّح بأنّ الـــشريعة الإسلامية مصدر التشريع.

وفي ضوء ما أسفر عنه البحث من نتائج، توصي الدراسة الحالية المُشرّع الدستوري المصري والجزائري بالتدخل للنص صراحة على أنّ الشريعة الإسلامية هي – وحدها – مصدر كافّة التشريعات وذلك اتّفاقا مع ما توجبه تعاليم الإسلام في هذا الشأن. ولذا تقترح الدراسة على المشرّع الدستوري المصري والجزائري إعادة صياغة المادّة الثانية من الدستور المصري لسنة (2019)، والمادّة الرابعة من الدستور الجزائري لسنة (1996) وتعديلاته لسنة (2016) لتتضمّن الآتي:

–الإسلام دين الدولة ومصادر (أدلة) الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع. ويكون نص المادّة كالآتي:

–"الإسلام دين الدولة، والشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع".

مع الأخذ في الاعتبار افتتاح الدستور بهذه المادّة؛ أي: أنّ تكون هذه المادّة هي الأولى في الدستور لأنّ كافّة المواد الدستورية الأخرى هي فرع عنها ويجب أن تصاغ في ضوئها.

الهوامش:

1- سورة النساء، الآية 60.

2-ابن العربي، **أحكام القرآن**، ط3، ج1، ص578.

3-ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، ج2، ص302-305.

4- الفخر الرازي، **مفاتيح الغيب**، ط3، ج10، ص121.

5- سليمان بن عبد الوهاب، **تيسير العزيز الحميد**، ط1، ج1، ص479-481.

6- سورة النساء، الآية 61.

7- سورة النور، الآية 48.

8-سليمان بن عبد الوهاب، **تيسير العزيز الحميد**، ط1، ج1،ص482.

-9-سورة النساء، الآية 65.

10- القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج5، ص266.

11-الفخر الرازي، **مفاتيح الغيب**، ط3، ج10، ص121.

12- ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط1، ج1، ص40.

13- سورة المائدة، من الآية 44.

14-القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج6، ص190.

15- صالح السدلان، **وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية في كل عصر**، ط1، ص178.

16-سورة المائدة، من الآية 45.

17- أبو العز الحنفي، **شرح العقيدة الطحاوية**، ط1، ج1، ص324.

18- سورة المائدة، من الآية 47.

19- الطبري، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، ط1، ج8، ص467.

20- سورة النور، الآيتان 47، 48.

21- ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، ج6، ص68.

22- سورة النور، الآية 51.

23- القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج12، ص295.

24- سورة المائدة، الآية 50.

25-ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، ج3، ص119.

26- ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، ج3، ص120.

27- ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، د. ط.، ج1، ص85.

28- سورة الحج: الآية 41.

29- القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج12، ص73.

30- ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط1، ج1، ص40.

31- سليمان بن عبد الوهاب، **تيسير العزيز الحميد**، ط1، ج1، ص479.

32- اليمين الغموس هي اليمين الكاذبة؛ أي: التي يتعمد فيها صاحبها الحَلِف كذبا. وسُميت باليمين الغموس لأنها تغمِس صاحبها في الإثم ثم النار. واليمين الغموس كبيرة من الكبائر للحديث الذي أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الكبائرُ: الإشراكُ بالله، وعقوقُ الوالدين، وقتلُ النَّفْس، واليمينُ الغموس ". يراجع: البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، ج8، كتاب: الأيمان، والنذور، باب: اليمين الغموس، الحديث رقم (6675)، ص137، وابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ط2، ج3، ص705.

33- محمد بن إبراهيم آل شيخ، **رسالة تحكيم القوانين**، د. ط.، ص 2-10.

34-ابن باز، **مجموع الفتاوى**، د. ط.، ج2، ص325.

35- ابن باز، **مجموع الفتاوى**، ط1، ج1، ص268-271.

36-تعليق الشيخ أحمد شاكر- رحمه الله- على مسند الإمام أحمد. يراجع: أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط1، ج4، ص351.

37- الجُرْمُ: الذَّنْبُ. يراجع: الرازي، **مختار الصحاح**، ط5، ج1، باب: الجيم، ص56.

38- رواه أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. قال الشيخ أحمد شاكر: " إسناده صحيح، ورواه البخاري (82/6)، و(109/13)، عن مُسَدَّد عن يحيي بن سعيد بهذا الإسناد. ورواه أيضا (82/6) من طريق إسماعيل بن زكريا عن عبيد الله. ورواه مسلم (86/2) من طريق الليث بن سعد، ومن طريق يحيي القطان، وابن نُمَير؛ ثلاثتهم عن عبيد الله. يراجع: أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط1، ج4، مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، الحديث رقم (4668)، ص349.

39- تعليق الشيخ أحمد شاكر- رحمه الله- على مسند الإمام أحمد. يراجع: أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط1، ج4، ص353.

40- سورة المائدة، من الآية 45.

41- سورة المائدة، من الآية 44.

42- سورة المائدة، من الآية 47.

43- ابن الموصلي، **حسن السلوك الحافظ دولة الملوك**، د. ط.، ج1، ص56.

44- مصطفى صبري، **موقف العقل والعلم والعالم من رب العالمين وعباده المرســـلين**، ط2، ج4، ص281-285.

45-ممّا هو جدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية كانت المصدر الرسمي للقانون في مصر منذ الفتح الإسلامي إلى عهد محمد على الذى تولّى الحكم في مصر عام 1805م . حيث كانت تطبق الشريعة الإسلامية في هذه الفترة - أي: ما قبل عهد محمد على - على جميع الأشخاص، وفى كل المسائل سواء منها ما يتعلّق بالأحوال الشخصية كالمسائل المتعلّقة بنظام الأسرة كالزواج، والطلاق، والمسائل المتعلّقة بالولاية، والوصاية، والقوامة، والحَجْر، وتصحيح النسب، والتبني، والمسائل المتعلّقة بالمواريث، أو المعاملات المالية، أو الحدود، أو المعاملات

الدولية، وشؤون السياسة، والحرب. ومنذ بداية عهد محمد على، بدأ تقليص تطبيق الشريعة الإسلامية لصالح القانون الفرنسي؛ حيث وضعت بعض التشريعات المستمدّة من هذا القانون لا سيما فيما يتعلّق بقانون التجارة، وبعض قواعد القانون الجنائي. وببداية حركة التقنين على إثر إنشاء المحاكم المختلطة ثمّ المحاكم الأهلية، حلّت التقنينات الوضعية – والتي كانت منقولة حرفيا من التقنينات الفرنسية – محل الشريعة الإسلامية باستثناء بعض الأحكام المأخوذة من الشريعة الإسلامية كمسائل الأحوال الشخصية. ومنذئذ لم تعد الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون حتى جاء الدستور المصري لسنة (1971) ونص فى المادة الثانية على أن " مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ". يراجع: محمد حسن قاسم، **المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية**، د. ط.، ص 174 – 176

46–تجدر الإشارة إلى أنَّ **هناك ثلاثة مصادر للتشريع في الأدبيات القانونية هي:**

(أ) المصادر المادّية أو الموضوعية: هي تلك المصادر العقدية، والفكرية التي يستمدّ منها المُشرِّع مادّة القاعدة القانونية.

(ب) المصادر الرسمية: هي تلك الهيئات المختصّة، والأنظمة التي تتولّى صياغة القواعد القانونية، وتجعلها ذات قوة ملزمة.

(ت) المصادر التفسيرية: هي تلك المصادر التي تتولّى تفسير النص القانوني، وتتلخّص في الفقه، والقضاء. يراجع: عبد الحميد متولى، **الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور**، ط3، ص 18– 23، وأحمد محمد أحمد حشيش، **مشكلات النظام الدستوري المصري في ضوء سمو القانون الإلهي**، د. ط.، ص 236 – 238، وأشرف فايز اللمساوي، **المبادئ الجنائية الدستورية، والدولية في التشريعات العربية، والدولية**، ، ط1، 1.

47– سورة الأعراف، من الآية 54.

48– سورة الأنعام، من الآية 38.

49– سورة آل عمران، من الآية 103.

50– سورة الحجرات، من الآية 10.

51– سورة الحجرات، من الآية 13.

52– هذا جزء من حديث أخرجه أبو داود في سننه من حديث جُبير بن مُطعِم، وإسناده ضعيف ولكنّه صحيح بمعناه. يراجع: أبو داود، **سنن أبي داود**، ط5، ج7، أبواب النوم، باب: في العصبية، الحديث رقم (5121)، ص441.

53– هذا جزء من حديث طويل أخرجه أحمد في مسنده من حديث أبي نَضْرَة، وإسناده صحيح. يراجع: أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط1، ج38، مسند الأنصار، باب: حديث رجل من أصحاب النبي صلّى الله عليه وسلّم، الحديث رقم (23489)، ص474.

54– سورة الحشر، من الآية 20.

55– الماوردي، **الحاوي الكبير**، ط1، ج12، ص11.

56– سورة القلم، الآيتان 35–36.

57- ابن حزم، **المحلى بالآثار**، د. ط.، ج10، ص227.

58- سورة البقرة، من الآية 217.

59- القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج3، ص46.

60- رواه البخاري في صحيحه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. يراجع: البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، ج9، كتاب: استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب: حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، الحديث رقم (6922)، ص15.

61-ابن عبد البر، **الاستذكار**، ط1، ج7، ص151.

62- سورة طه، من الآية 23.

63- سورة محمد، الآية 17.

64- المراد بالصَفْحُ هو " أن تَكِل الدولة إلى المجني عليه في جرائم معينة بذاتها أن يقرر التمسك بحقه في معاقبة مرتكب الجريمة أو التنازل عنه صراحة أو ضمنا ". هذا ويظل حق المجني عليه قائما طالما أنه لم يصدر حكم نهائي في الدعوى. إذ لا تأثير للتنازل بعد صدور الحكم البات في تنفيذ العقوبة المَقضي بها، إلا في حالات استثنائية نص عليها المشرع صراحة. وهذه الحالات هي: جريمة الزنا، وجرائم المال التي تقع بين الأصول والفروع ولأزواج. فيجوز للمجني عليه أن يصفح عن مرتكب الجريمة رغم صدور الحكم النهائي بالإدانة في هذه الجرائم. يراجع: عبد الفتاح الصيفي، **تأصيل الإجراءات الجنائية**، د. ط.، ص 116.

الشروط العامة في العقود: مصدر للقانون

The General Conditions Of The Contracts :Sources Of Law

عمروش فوزية[1] ،أستاذة محاضرة ب

[1]كلية الحقوق جامعة الجزائر1(الجزائر) f.amrouche@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/10/09. تاريخ القبول:2010/011/04. تاريخ النشر : نوفمبر 2021.

الملخص:

كان العقد ينظّم علاقات فردية محضة وينشئ قواعدًا تطبق على أطرافه الذين يقرّرون بموجبه أشكال وحدود تعهّداتهم المتبادلة انطلاقا من مبدأ الحرية العقدية والمساواة، فينشؤون إطارا رسميا وموحّدا يتمّ فيه التبادل غير أن التطور أدى إلى تزايد العقود التي تمارس من طرف المحترفين الذين يملكون كل المعلومات الخاصة بشأن إبرامها وتنفيذها ومن أجل تحقيق للمساواة بين مختلف المتعاقدين معهم وربحا للوقت والمال أصبح هؤلاء يقومون بتحرير الشروط التفصيلية للعقود المبرمة والتي تسمّى الشروط العامة للتعاقد وتقديمها لزبائنهم دون إمكانية مناقشتها. أصبحت الشروط العامة للتعاقد مع التطور منظّمة قانونا بل وإجبارية أيضا يفرضها القانون على كل المحترفين، باعتبارها وسيلة مهمة لتنظيم العلاقات والتعاملات المختلفة في بعض النشاطات كما هو الشأن في الشركات أو الجمعيات وعلاقات العمل، فلم تعد الدولة أو السلطة العامة الجهة الوحيدة التي تعمل على تنظيم المعاملات داخل المجتمع بل يشاركها في ذلك الأفراد بموجب العقد.

الكلمات المفتاحية: الشروط العامة، مستهلك، متدخل، عقد الاذعان، عقد نموذجي، مصادر القانون.

Abstract:

The contract governs purely individual relations and lays down the rules applicable to the parties who determine the forms and limits of their reciprocal commitments on the basis of the principle of contractual freedom and equality, thus establishing a formal and unified framework for exchanges. However, the evolution has led to an increase in the number of contracts performed by professionals who, in order to achieve equality between their various contractors, have established the detailed terms of the contracts concluded, known as the general conditions of the contract, and have submitted them to their customers without any possibility of discussion. The general conditions of the contract with evolution have become legal and even mandatory for all professionals, as they are an important means of organizing relationships and transactions in certain activities, as in the case of societies, associations or in labour relations. It is no longer only the state or public authority that regulates transactions within society, but individuals participate under the contract.

Key Words: the general conditions, consumer, stakeholder, adhesion contract, standard contract, sources of law.

المؤلف المرسل: عمروش فوزية ، الإيميل المهني f.amrouche@univ-alger.dz

مقدمة:

كان العقد منذ القدم الوسيلة الأمثل لتنظيم العلاقات الخاصة أمّا القانون فلم يكن يهتم بتنظيم هذه العلاقات تاركا إيّاها للأطراف، فقد كان المشرع يهتم فقط بتنظيم العلاقات أو المصالح العامة تحقيقا للعدالة. لكن مع التطوّر الذي عرفته المجتمعات في جميع الميادين خاصة الاقتصادية حيث اختل التوازن بين أطراف العلاقة العقدية بظهور الطرف القوي أو المحترفين، أصبح المشرع يهتم بتنظيم هذه العلاقات الخاصة حماية للفئات الضعيفة وضمانا لتحقيق المصلحة العامة وحفظا للنظام العام، فظهرت الدولة الحامية التي أصبحت تلعب دورا مهمّا في تنظيم العلاقات الخاصة من خلال تنظيم العقود الخاصة ووضع العقود النموذجية، وأصبحت إرادة الدولة من خلال المشرع تتدخّل في العقد وتشارك إرادة الأطراف في تكوينه وتحديد مضمونه بتحديد التزامات الأطراف خاصة الطرف القوي في العلاقة، من أجل إعادة التوازن الذي اختلّ بين الطرفين بفعل التطوّر حماية للطرف الضعيف وحماية للمصلحة العامة أيضا، فلم يعد العقد شأنا فرديا بل يهمّ المجتمع ككل[1]. وأصبح أهم أدوات النشاط الاقتصادي، كونه الوسيلة المثلى للتبادل في ظل اقتصاد السوق الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، ما أدى تدخل المشرع من خلال تحديد مضمون العقد[2]، وفرض البنود النموذجية في بعض العقود كعقد التأمين، وفرض الشروط العامة للتعاقد وجعلها إجبارية، وهو أدّى إلى جعل العقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة والمساواة لحماية النظام العام، وذلك من خلال منع سيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف، إذ أصبح العقد يهدف إلى تحقيق نفس الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها وهي حماية المصلحة العامة.

إن التطور جعل العقود المختلفة من بيوع وغيرها تمارس من طرف المحترفين الذين يملكون كل المعلومات الخاصة بشأن إبرام العقود وتنفيذها وبالنظر إلى العدد الكبير لهذه العقود وربحا للوقت والمال وتحقيقا للمساواة بين مختلف المتعاقدين معهم قام هؤلاء بتحرير الشروط التفصيلية للعقود التي تسمّى الشروط العامة للبيع أو التأمين أو الشروط العامة للاستعمال وتقديمها لزبائنهم. في البداية كانت هذه الشروط من اختيار المحترفين، ومع مرور الوقت أصبحت منظّمة قانونا بل وإجبارية أيضا يفرضها القانون على كل المحترفين[3]، إذ أصبحت وسيلة ذات أهميّة كبيرة لتنظيم العلاقات والتعاملات المختلفة بين أطراف العقد. وبالنظر إلى ما سبق ذكره فإنّ الدولة أو السلطة العامة لم تعد الجهة الوحيدة التي تعمل على تنظيم المعاملات داخل المجتمع بل يشاركها في ذلك الأفراد عن طريق مبادلاتهم وتعاملاتهم التي تتمّ بموجب العقد[4]. فبعد أن كان العقد ينظّم علاقات فردية محضة وينشئ قواعدًا تطبق على أطرافه الذين يقرّرون بموجبه أشكال وحدود تعهّداتهم المتبادلة انطلاقا من مبدأ الحرية العقدية والمساواة، فينشؤون إطارا رسميا وموحّدا يتمّ فيه التبادل، أصبح العقد بفعل التطوّر الوسيلة أو الدعامة الأساسية لتنظيم بعض النشاطات كما هو الشأن في الشركات أو الجمعيات وعلاقات العمل[5]بل والطريقة الوحيدة لمواكبة التطوّر الحاصل في بعض المجالات، التي لا يستطيع القانون مواكبتها كما هو الشأن في الاتّصالات الإلكترونية عن طريق الأنـــترنت أو التجارة الإلكترونية[6]، وعليه ألا يمـــكن اعتبار هذه الشروط العامة مصدرا من

مصادر القانون في هذه الحالة؟

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فهو قانون طرفيه أو أطرافه وهو مصدر التزاماتهم[7]، هذا ما يجعل الشروط العامة التي يتضمّنها قواعدًا اتّفاقية **(أولا)**، غير أنّ هذه الشروط التي توضع من أحد أطراف العقد وهو الطرف القوي فيه أصبح يُنظر إليها على أنّها قواعد قانونية **(ثانيا)** خاصة في ظلّ تزايد التبادلات داخليا ودوليا.

أوّلا- الشروط العامة في العقود: قواعد اتّفاقية

إنّ الشروط العامة في العقود تؤطّر العلاقة العقدية وتحدّد حقوق وواجبات الأطراف، كما قد تعطي الحلول الممكنة للنزاعات التي قد تحدث مستقبلا بينهم، وهي بذلك تعتبر قواعد اتفاقية أو قانون اتّفاقي ينظّم مصالح هؤلاء، وللوصول إلى مدلول هذه الشروط يقتضي تحديد مجالها **(1)** ومصدرها **(2)** ومميّزاتها **(3)**.

1- مجال الشروط العامة في العقود

ظهرت الشروط العامة في العقود بفعل تزايد اللجوء إلى عقود الإذعان التي أصبحت الوسيلة الوحيدة لتنظيم المعاملات في ظلّ هذا التطوّر، الذي أصبحت فيه العلاقات غير متوازنة بظهور فئة المحترفين أو الطرف القوي المحتكر للسلع والخدمات، وهذه العلاقات مجالها النشاطات التجارية التي يحكمها قانون الممارسات التجارية[8] وليس العلاقات التي يحكمها القانون المدني. وقد نصّت المادّة الأولى من قانون الممارسات التجارية أنّ هذا الأخير يطبّق بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم أو بين هؤلاء والمستهلكين وهو ما نصّت عليه أيضا المادّة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[9]، وبما أنّ ظهور العقود الخاصة كان بفعل تطوّر عقود الإذعان ستناول هذا الأخير **(1.1)**، علما أنّ الشروط العامة قد يكون مجالها العقود النموذجية أيضا **(1.2)**.

1.1- عقد الإذعان

لم يعرّف المشرع في القانون المدني عقد الإذعان واكتفى بوصف الإذعان، وعلى كيفية حصول القبول في هذا العقد[10] في المادّة 70 منه " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها المناقشة" فالنصّ اعتبر الإذعان مجرّد صورة من صور القبول بالعقد، أمّا في نص المادّة 3-4 من القانون رقم 04-02 فقد عرّف العقد على أنّه" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغير حقيقي فيه"، وهو نفس مفهوم العقد الذي أخذ به القانون رقم 18-05 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية[11]. إنّ إذعان الطرف الآخر للعقد يكون بقبوله للشروط التي وضعها الموجب أو المحترف دون إمكانية مناقشتها. وعُرّف عقد الإذعان أيضا بأنّه "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها المناقشة وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون فيها المناقشة محدودة النطاق"[12]. وعرّف أيضا بأنّه "عقد يملي فيه

المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شرط أو قيد، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، في فرض شروطه ولا تقبل قبل مناقشتها[13]، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي.

يتّضح من كل هذه التعاريف أنّها ذهبت إلى فكرة أنّ هذا العقد هو عقد يتحدّد شروطه مسبقا من طرف المتعاقد القوي ويوجّهها إلى المستهلك الذي لا يمكنه سوى قبولها كما هي أو رفضها كما هي، دون أيّ مناقشة وإن قبِلها فيكون مضطرّا لذلك نظرا لحاجته للخدمة أو السلعة[14]. وعليه فإنّه بالنظر إلى مميّزات الشروط العامة للتعاقد السابق ذكرها يتّضح أنّ هذه الأخيرة تنطبق مع فكرة عقود الإذعان.

1.2- العقد النموذجي

قد تكون الشروط العامة ضمن العقود النموذجية[15]والتي تُعدّفي الغالب مصدرا لعقد الإذعان، والعقد النموذجي عبارة عن نموذج (un modèle) أو مرجعا يعتمد عليه للعقد، وغالبا ما تضع أو تحدّد مضمونه السلطة العامة أو الجمعيات المهنية التي كُلِّفت بذلك من طرف السلطة العامة (عقود التأمين مثلا)، وما يكون للأطراف سوى ملء الفراغات دون أيّ تفاوض، أو مع تفاوض محدود كإمكانية التفاوض بشأن الثمن مثلا، وقد انتشرت هذه العقود في مجالات مختلفة خاصة في التجارة الدولية[16].

إنّ الشروط العامة المدرجة في مثل هذه العقود تتضمّن المسائل التفصيلية المتعلّقة بالعملية العقدية (كيفيات التسليم وكيفيات الدفع وآجاله، الضمان ومدّته، المسؤولية)، وتمتاز هذه العقود (إذعان أو نموذجية) أنّها تتضمّن شروطا عامة ومجرّدة معدّة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين أو من قبل الغير وما على الطرف المذعن سوى الانضمام إليها[17]دون تفاوض، وهي إيجاب موجّه لعدد غير محدود من الأشخاص، فهي بذلك عبارة عن تنظيم خاص règlement privée للعلاقات بين المتعاقدين، أو هي شريعة المتعاقدين حسب تعبير القانون المدني[18]،فهل اعتبارها كذلك يجعل منها مصدرا خاصة للقواعد القانونية؟

2- نطاق الشروط العامة في العقود

مصدر الشروط العامة هو أحد أطراف العقد الذي يقوم بتحريرها مسبقا قبل إبرامه، وقد تَرِدُ هذه الشروط في الوثيقة المكوّنة للعقد سواء كان مكوّناً من ورقة واحدة أو عدّة أوراق وقّع عليها المتعاقدان، وقد تَرِدُ في وثائق العقد الأخرى كالكُتَيِّبات الدعائية أو الإعلانات أو الملصقات أو ملاحق العقود أو غير ذلك، فتعتبر إيجابا، وإن كان كل إيجاب لا يعتبر حتما شروطا عامة. تتميز الشروط العامة عن الإيجاب في القانون المدني في كون هذا الأخير يكفي فيه أن يتضمن المسائل الرئيسية دون المسائل التفضيلية العقد حسب ما يتضح من نص المادة 65 مدني، أما الشروط العامة وإن كانت تتضمن نفس عناصر الإيجاب المطلوبة إلا أنه بالإضافة إلى المسائل الرئيسية فيجب أن تتضمن المسائل التفصيلية للعقد أيضا وذلك تحت طائلة البطلان[19]، والموجب في الشروط العامة قد يكون المهنيون في حدّ ذاتهم وهذا الغالب،

حيث يمنحهم القانون سلطة تحرير هذه الشروط، كما قد يكون السلطة العامة وذلك إمّا بصفة انفرادية أو بالتعاون مع المهنيين (**2.1**). أمّا القابل أو الأشخاص الموجّهة إليهم فقد يكون المستهلك، كما قد يكون الأعوان الاقتصاديون (**2.2**).

2.1- الموجب

قد يكون الموجب المهنيون -العون الاقتصادي، المتدخّل- (**2.1.1**)، وقد يكون السلطة العامة (**2.1.2**).

2.1.1- المهنيون

تحدّد الشروط العامة للبيع مضمون العقد قبل انعقاده، وتظهر في شكل بنود يُحرّرها العون الاقتصادي، وهو ما يدلّ عليه تعريف العقد المذكور في نص المادة 3 - 4 من قانون الممارسات التجارية، فالعون الاقتصادي يحرّر هذه الشروط باعتباره الطرف القوي في العقد، أو الشخص المحتكر للسلعة أو الخدمة وذلك تحت ضرورة احترام القانون، الذي يشترط فيها-الشروط- أن تتضمّن مجموعة من البيانات الإجبارية، وكذا بعض البيانات الأخرى (المقترحة) التي قد توضع قصد جذب انتباه المستهلك وجعله يتعاقد ربحا للوقت وتجسيدا للمساواة في التعامل مع مختلف الزبائن[20]. والعون الاقتصادي حسب المادة 3 من قانون 04-02 فهو "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، وهو أيضا المتدخّل الذي عرفته المادة 3 من القانون رقم 09-03، وهو "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل (يساهم) في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، كالمنتج، المستورد والمُخَزِّن، الناقل والموزّع، والعون الاقتصادي[21]. والمتدخّل هو أيضا المورّد الإلكتروني في إطار التجارة الإلكترونية الذي عرفته المادّة 6 من القانون رقم 18-05 فقرة 4 " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

تعتبر هذه الشروط ضرورية لأيّ عون اقتصادي يمارس نشاط بيع السلع أو تسويق الخدمات[22]، فهي تشكّل القاعدة الأساسية للعلاقات التجارية بينه وبين والمستهلك أو المشتري سواء كان هذا الأخير محترفا أم لا (مستهلك أو عون اقتصادي آخر)[23]، وهي تختلف باختلاف محل البيع أو الخدمة، وتعتبر غالبا خلاصة التجارب والعادات والأعراف المهنية للتجار وقت تحريرها.

يختلف المهنيون أو الأعوان الاقتصاديون باختلاف النشاط، ففي مجال التأمين أو البنوك مثلا قد يقصد بهم الأشخاص الطبيعية التي تمارس نشاط التأمين أو البنوك أو الأشخاص المعنوية شركات التأمين أو البنوك أو ممثّليهم (الجمعيات المهنية). وقد يكون هؤلاء المهنيون على المستوى المحلي كما قد يكونون على المستوى الدولي، كما هو الأمر مثلا بخصوص العقود المتعلّقة بالتجارة الإلكترونية التي تحدّد فيها الشروط العامة من طرف المنظّمات المهنية. إنّ العقود التي يُحرّرها هؤلاء المهنيون تتضمّن المعلومات الكاملة حول العملية العقدية، ويعدّ ذلك ضمانة لتلبية رغبات زبائنهم من مستهلكين وأعوان

اقتصادين، من خلال إعلامهم بكل هذه المعلومات التي تسهّل عليهم التعاقد. هذه الشروط المعدّة مسبقا تتميّز بكونها تتضمّن قواعد عامة ملزمة ومجرّدة، كما أنّها قواعد تتضمّن قواعد تفسيرية وأخرى مكمّلة، وتطبيقها يكون عند الاتّفاق عليها صراحة، وأيضا مالم يوجد اتّفاق صريح على خلافها. ذلك أنّ واضع هذه الشروط (الأعوان الاقتصاديون- المنظّمات المهنية) لا تملك سلطة الرّدع، وما تحرّره من شروط عامة للتعاقد في هذا المجال عبارة عن صيغ عامة للعقود، وقد تكون عقودا نموذجية تشكل مرجعا يعتمد عليه ووسيلة لتطوير الشروط العامة للتعاقد، خاصة في المعاملات الدولية[24].

2.1.2-السلطة العامة

يُقصد بمصطلح السلطة العامة في هذا المجال الدولة بجميع مؤسّساتها، تتدخّل السلطة العامة ليس فقط لمحاربة الشروط التعسّفية وإقامة التوازن العقدي بين الطرفين غير المتساويين، وإنّما تتدخّل أيضا من خلال وضع شروط العقد مسبقا، بوضع أحكام آمرة يخضع لها كلّ من العون الاقتصادي والمستهلك، ويكون ذلك إمّا بصفة انفرادية أو عن طريق التفاوض مع المهنيين أو الأعوان الاقتصاديين الذي ينتهي إلى اتّفاق جماعي[25]. تتميّز الشروط العامة في هذه الحالة بتدخّل طرف آخر غير أطراف العقد في وضعها يتمثّل في السلطة العامة.

إنّ تحديد مضمون العقد مسبقا من طرف السلطة العامة يجعل من العقد في الغالب عقدا نموذجيا، ينشر بموجب مرسوم وهو ما نجده مثلا في الشروط العامة لمورّدي الكهرباء والغاز والماء أو البريد والموصلات مثلا، فهي شروط تمّ وضعها تطبيقا للنصوص التشريعية والتنظيمية، وتطبيقا للشروط المحدّدة من قبل المؤسّسات المسيّرة للخدمات المذكورة، وهي شروط مفروضة على الأطراف عن طريق الإحالة إلى النصوص القانونية ويمكن الاطّلاع عليها بسهولة.

2.2- القابل

يصدر الإيجاب إلى الكافّة وبشروط واحدة على نحو مستمرّ ودائم، والقابل أو الأشخاص الموجّهة إليهم هذه الشروط لا يملكون تعديل أيّ شرط منها وإنّما يقبل بها دون مناقشة أي يذعن لها، فشخصية القابل المذعن ليست محلّ اعتبار، كون الإيجاب الصادر لا يوجّه لشخص معيّن بذاته وإنّما بصفته كمستهلك، أو عون اقتصادي آخر.

القابل إذن في إطار الشروط العامة قد يكون المستهلك، وقد عالجت التشريعات تنظيم وتدعيم حماية المستهلك فيما يبرمه من عقود استهلاكية بوصفه الطرف الضعيف فيها، وقد عرّفه المشرع في المادة 2 من قانون الممارسات التجارية بأنّه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"، كما عرّفته المادة 3 من القانون رقم 09-03""كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به". كما يعدّ مستهلكا كذلك كلّ تاجر أو مهني يقتني السلعة أو الخدمة لاستهلاكه الشخصي[26]. والمستهلك باعتباره قابلا فإنّ قبوله لا

يصدر بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادة في العقود الأخرى، بل هو في مركزه كطرف ضعيف لا يملك إلاّ أن يأخذ أو يترك لما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه فهو مضطرّ إلى الاذعان والقبول.

كما قد يكون القابل عونا اقتصاديا آخر – شخصا معنويا يقتني سلعا أو خدمات لحاجاته الخاصة–، وهذا ما يتّضح من نص المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية التي ذكرت أنّ هذا القانون يُطبّق أيضا في العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، وأكّدته أيضا المادة 9 من ذات القانون "*يجب أن تتضمن شروط البيع إجباريا في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كيفيات الدفع وعند الاقتضاء الحسوم والتخفيضات والمسترجعات*"، فيتّضح أنّ الشروط العامة للبيع هي موجّهة أيضا من عون اقتصادي آخر. وأكّدت ذلك أيضا المادة 4 من قانون الممارسات التجارية إذ نصّت "*يتولى البائع وجوبا بإعلام الزبائن بأسعاره وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع*"، وألزمت المادة 8 من نفس القانون البائع "*.... قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة*".

يتّضح من خلال هذه المواد أنّ الشروط العامة للبيع تدخل في إطار التزام العون الاقتصادي أو المتدخّل بالإعلام، والمعلوم أنّ هذا الأخير هو التزام قانوني يترتّب على مخالفته جزاءات ذكرها القانون. وينطبق على الالتزام بالإعلام في هذا الإطار ما ينطبق على المعلومات التي يجب إعطاؤها للمستهلك بصفة عامة بأن تكون المعلومات مقروءة ومفهومة بحيث تنير رضاه، وهو ما تؤكّده المادة 12 من القانون رقم 18 –05 حيث تمر طلبية المنتوج أو الخدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية أهمها:

–وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني بحيث تمكنه من التعاقد بعلم ودراية تامة".

3– مميّزات الشروط العامة للتعاقد

تتميّز الشروط العامة أنّها شروط محرّرة مسبقا من طرف العون الاقتصادي فلا مجال للتفاوض بشأنها **(3.1)**، كما أنّها أصبحت إجبارية في بعض النشاطات كما هو الشأن في عقود التجارة الإلكترونية **(3.2)**.

3.1– شروط مُحرّرة مسبقا

ظهرت الشروط العامة نتيجة التطوّر الذي عرفه اقتصاد السوق الذي يقتضي سرعة المعاملات، فالتطور المتزايد للحياة الاقتصادية أدى إلى التفاوت في المراكز الاقتصادية، وأصبحت العقود تُبرم من طرف المحترفين الذين ينفردون بوضع شروط العقد التي لا تقبل المناقشة من المستهلك. إنّ العقد في هذا الإطار غالبا ما يبرم "على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل استلام أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا" حسب ما تؤكّده المادة 3 فقرة 4 قانون 04–02. وكون العقد يبرم وفق الأشكال المذكورة في

هذه المادة فإنّه يجب أن يكون مطابقا لخصوصيات ومراجع شروط البيع العامة المحدّدة سلفا.

الشروط العامة للبيع عبارة عن مجموعة من الاشتراطات المحدّدة سلفا من قبل هؤلاء المحترفين أو المهنيين، التي سيتمّ العمل بها مستقبلا في كلّ العقود التي ستُبرم من طرفهم، وقد تكون عبارة عن وثيقة خاصة تلحق بالعقد ذاته، وتُقدَّم للمستهلك أو الزبون في شكل مطبوعة أو مطويات أو تكون جزءًا من الوثائق التعاقدية، وهي تحرّر مسبقا أي قبل إبرام العقد من أحد أطرافه وهو العون الاقتصادي، وبغضّ النظر عن مداها أو طريقة كتابتها أو سندها (ورقي، إلكتروني) لا يكون للمتعاقد معه إمكانية التفاوض بشأنها. وعليه لا تُعدّ شروطا عامة للبيع تلك الشروط التعاقدية التي كانت محلّ تفاوض بين أطراف العقد[27]، كما قد تكون هذه الشروط العامة في إطار العقود النموذجية[28] التي يكون فيها للزبون ملء الفراغات فقط وهو ما نجده مثلا في إطار العقود الإلكترونية.

3.2-شروط إجبارية

أصبحت الشروط العامة للبيع في ظل التطوّر ضرورية كما سبق ذكره بالنسبة للأعوان الاقتصادين، فهي تساهم في ربح الوقت والمال ووسيلة لجذب المستهلك، وقد كانت في بداية الأمر من اختيار المحترفين حماية لمصالحهم، غير أنّه ونظرا لأهميّتها فقد جعلها المشرع إجبارية ألزم بها البائع أو العون الاقتصادي في إطار الالتزام بإعلام المستهلك بشروط البيع، فقد نصّت المادة 4 من القانون رقم 04-02 "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع"، ونصّت المادة 8 منه يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلّقة بمميّزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس...."، وهو ما يستفاد أيضا من نص المادة 9 من نفس القانون[29]، وعاقب على مخالفة الالتزام بالإعلام بشروط البيع طبقا للمادة 32 منه [30]. ولقد حدّدت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 العناصر الأساسية التي يجب إدراجها في العقد المبرم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وتتمثّل في " العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أ والخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع". ألزمت المادة 4 من نفس المرسوم العون الاقتصادي إعلام المستهلك بها وحدّدت المادة 5 الشروط التي تعتبر تعسفية.

إذا كان قانون الممارسات التجارية جعل هذه الشروط من ضمن المعلومات الإجبارية التي يتعيّن إعلام المستهلك بها من طرف العون الاقتصادي حماية له، وتدخل ضمن شفافية الممارسات التجارية، فإن القانون رقم 18-05 جعل هذه الشروط ضمن المتطلّبات المتعلّقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني وجعلها إجبارية في حدّ ذاتها، وهو ما يتّضح من نص المادة 11 و12 منه، إذ نصّت المادة 11" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل..... الشروط العامة للبيع،...."، ونصّت المادة 12 " تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: - وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني،

بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،....."، وعاقب القانون مخالفة المنصوص عليها في المادّتين بموجب المادة 39 منه[31].

ثانيا- الشروط العامة للتعاقد: قواعد قانونية

سبق الذكر بأنّ عقود الإذعان أو العقود النموذجية التي تتضمّن الشروط العامة للتعاقد تعتبر تنظيما خاصا، فهي تتضمّن قواعد عامة ومجرّدة أي ليست ذات طابع فردي[32] وموجّهة لعدد كبير من الأشخاص قد يكون أكبر حتى من عدد الأشخاص الذين تخاطبهم بعض القوانين، كما أنّ لهذه العقود قوّة إلزامية معترف بها قانونا وقضاء، وكثيرا ما يعترف لمحرّري هذه العقود خاصة في بعض المجالات كالتجارة الإلكترونية أو الاتّصالات الإلكترونية بسلطة تنظيمية (pouvoir règlementaire)، حيث نجد حقوق الأطراف والتزاماتهم منظّمة بصفة تعاقدية أكثر منه بصفة تشريعية أو قانونية، بل أصبح ينظر إلى العقد ليس باعتباره مصدرا للالتزام فقط، بل ومصدر للقانون أيضا، فالتطوّر الحاصل في مختلف المجالات ساهم هو الآخر في تطوّر مصادر القانون الكلاسيكية، فلم تعد هذه الأخيرة من احتكار الدولة وحدها أي أصبح للقانون مصادر خاصة، أو ما يسمّى بخوصصة مصادر القانون، وما الاتفاقات الجماعية للعمل إلاّ دليلا على ذلك، حيث تعتبر قانونا حقيقيا لا يطبّق فقط على الذين كانوا أطرافا فيه يوم إبرامه بل على كل الذين سينضمّون إليه مستقبلا[33].

غير أنّ القبول بخوصصة مصادر القانون واعتبار العقد أو الشروط العامة للعقود مصدرا له عرف جدلا كبيرا بين رافض للفكرة تماما[34] **(1)** ومؤيّد لها **(2)**.

1-رفض الشروط العامة للتعاقد كمصدر للقانون

تتميّز القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص التي بدونها لا تعتبر كذلك، فالقاعدة القانونية هي قاعدة تنظّم سلوك الأفراد في المجتمع، وهي تتميّز بكونها عامة ومجرّدة، غير أنّ العقد يختلف عن القاعدة القانونية فهو لا يتضمّن الخصائص التي تتضمّنها القواعد القانونية فهو عكس هذه الأخيرة يتميّز بطابعه الفردي **(1.1)**، كما أنّ الشروط التي يتضمّنها يغيب فيها الإجبار أو القهر **(1.2)**، كما أنّ قواعده لا تتّسم بالديمومة فهي غير مستقرّة وبالتالي لا تحقّق الأمن القانوني **(1.3)**.

1.1- الطابع الفردي للشروط العامة

تُعرَّف القاعدة القانونية على أنّها قاعدة سلوك عامة ومجرّدة وملزمة، وأن جزاء مخالفتها توقعه السلطة العامة. توضع القاعدة القانونية بغضّ النظر عن الشخص الذي ستُطبَّق عليه أي دون تحديد لذاتية من تسري عليه، فهي تولد كي تسري على كل من تتوافر فيه شروط انطباقها من كافّة أفراد المجتمع. وهي قاعدة عامة من حيث المكان والأشخاص إذ أنّ الكل مطالب بالخضوع لها وبالتالي احترامها، ومن حيث المكان فتبعا لمبدأ سيادة الدولة فالقاعدة القانونية واجبة التطبيق داخل الحيّز الجغرافي الخاضع لسيادة الدولة. أمّا من حيث الزمان فتصدر لتُطبَّق في الحال والمستقبل وهي دائمة نسبيا إلى حين إلغائها. كما أنّها مجرّدة أي أنّها لا تخاطب أشخاصا بذواتهم فهي مجرّدة من الاعتبارات

الشخصية والذاتية[35].

إنّ خصائص القاعدة القانونية المذكورة سابقا لا تتوافر عليها الشروط العامة للعقد، إذ يُنظر لهذا الأخير دائما على أنّه مصدرا للالتزام، وبالتالي اعتباره مصدرا للقانون يرى فيه الكثيرين أنّه أمرا غير عادي أو خارج عن المألوف، لأنّه ذو طابع فردي أو خاص، يخصّ أطرافه المحدّدين فيه فقط كأصل[36]، فلذاتية مكانة كبيرة كونها تعبّر عن إرادة المتعاقدين. إنّ العقد تصرّف قانوني يرتّب آثارا قانونية بين طرفيه أو أطرافه المحدّدين فيه أو المذكورين فيه، وكونه موجّه لأشخاص معيّنين بذواتهم فلا يمكن أن تكون الشروط العامة الواردة فيه قواعد قانونية كونها قواعد غير عامة كما أنّها ذاتية وغير مجرّدة، وتسعى لتحقيق المصلحة الفردية عكس القواعد القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة. هذا الطابع الخاص أو الفردي للعقد مقارنة بالقواعد القانونية كان هو العائق الأكبر أمام تقبُّل أن يكون للعقد مكانة ضمن مصادر القانون على أساس أن السلطة العامة لم تفوّض المتعاقدين سلطة التعبير عن سيادتها باسمها، ولم تخوّل لهم إمكانية خلق القواعد القانونية.

إضافة إلى كلّ هذا فإنّ الشروط التعاقدية يشترط فيها في جميع الأحوال أن يتمّ قبولها من الطرف الموجّهة إليه كي ترتّب آثارها القانونية، عكس القانون أو القاعدة القانونية التي تُحدث آثارها دون الحاجة للموافقة أو الرضا من طرف من وُجِّهت إليهم[37].

1.2-غياب الإجبار القانوني

تتّصف القاعدة القانونية بالتجريد كونها ملزمة، بمعنى أنّه يجب على الأفراد احترامها رغما عنهم حيث لا يمكن أن يترك هذا الاحترام رهين مشيئتهم، وبما أنّ الإلزام مصدره السلطة العامة التي تكفل احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها، فإنّ الجزاء لا غنى عنه في القاعدة القانونية، والدولة أو السلطة العامة هي الوحيدة المخوّلة بفرضه، ذلك أن سلطة الأمر والإكراه لا توجد إلا بيدها، والقانون لا يجد شروط وجوده إلاّ في إطار الدولة، حيث أنّه مجموعة القواعد التي يمارس بموجبها الردع داخل الدولة.

إنّ غياب الإجبار أو القهر في العلاقات التعاقدية كان هو الآخر حجّة أمام الرافضون لفكرة أن تكون الشروط العامة في العقود مصدرا للقانون[38]، فالأطراف المتعاقدة لا تملك وسائل خاصة لتوقيع التنفيذ الجبري للالتزامات المتعاقد بشأنها بنفسها بل تلجأ للوسائل المقرّرة من طرف السلطة العامة، وهو ما يمنع أن تكون الاشتراطات التعاقدية قانونا أو قواعد قانونية كتلك التي يكون مصدرها السلطة العامة، ذلك أنّ العقد مثله مثل الفعل الضار لا يعدو أن يكون مجرّد واقعة قانونية ومصدر قوته الإلزامية هو القانون[39]. ورغم اعتبار العقد أو الشروط العامة ملزمة فهي عكس القواعد القانونية تتميّز بضعف قوّتها الإلزامية، كون مصدر الإلزام هو سلطان الإرادة الذي اعترف له القانون أصلا بذلك عكس القواعد القانونية التي تعتبر ملزمة في حدّ ذاتها.

1.3-غياب الأمن القانوني

تتميّز القواعد القانونية بالاستقرار والديمومة نسبيا (إلى غاية إلغائها)، كما أنّ طرق إلغائها

وتعديلها يكون باللجوء إلى إجراءات معيّنة حدّدها القانون، وهي تعمل على تعزيز الأمن القانوني كونها تسعى لتحقيق الصالح العام، وكلّ هذا لا يتوافر في الشروط العامة في العقود التي تسعى عموما إلى حماية المصالح الخاصة لأطرافها وليس لحماية المصلحة العامة، فالشروط الموضوعة من أحد أطراف العقد وإن كانت موجّهة لعدد غير محدود من الجمهور لا أحد ينكر أن واضعها يهدف قبل كلّ شيء إلى حماية مصالحه الخاصة، وتدعيم هيمنته لمجال النشاط.

إنّ الشروط العامة للبيع تكون غالبا في إطار المنافسة، وبالتالي فإنّ واضعها يهدف إلى جذب الزبون قصد تحقيق الربح، وهو ما ينتج عنه تضارب المصالح هذا من جهة، كما أنّها من جهة أخرى قواعد غير مستقرّة كونها من صنع إرادة الأطراف التي يسهل تغييرها وتعديلها، وهي غالبا ما تكون غير واضحة وغامضة تغيب فيها الشفافية من مرحلة وضعها إلى تنفيذها، وقد تكون صعبة التطبيق. ضف إلى ذلك فهي قواعد لا تنشر –عكس القواعد التي يكون مصدرها السلطة العامة–. وهذا دون نسيان أنّ هذه القواعد تحتاج لقبولها من المستهلك أو من طرف وجّهت إليهم ما يجعلها قواعد هشّة تنهار بمجرّد رفض الانصياع لها. كما أنّها قواعد تقوم على أساس الثقة التي تبنى أو تقوم بين واضع هذه الشروط أي العون الاقتصادي والمستهلك وليس على أساس الردع أو الجزاء، وعلى هذا الأساس فإنّ هذه القواعد ستتواجد فقط بالنسبة لمن يحترمها من المنضمّين إليها وليس لكل من وجّهت إليهم، وهي أيضا تختلف من مجال لآخر ما يترتّب عنه عدم الاستقرار وبالتالي غياب الأمن القانوني الذي يعتبر الهدف الذي تسعى إليه دولة القانون[40]، ويتحقق هذا الأمن في القواعد التي يكون مصدرها السلطة العامة كونها تهدف لتحقيق الصالح العام، وليس بتعدّد المصادر وإدخال تلك القواعد التي يكون مصدرها الأفراد من خلال العقد، ذلك أنّ القواعد التي يكون مصدرها العقد تسعى لتحقيق المصالح الخاصة لواضعها، وكلّ هذه عناصر تساهم في عدم الأمن القانوني، لذا تمّ إنكار أن يكون للأفراد القدرة على إنشاء القواعد القانونية كتلك التي يكون مصدرها السطلة العامة.

2– قبول الشروط العامة في العقود كمصدر للقانون

إنّ التطوّر الذي عرفه المجال الاقتصادي وازدهار التعاملات التجارية زاد من مكانة العقد باعتباره الوسيلة المثلى للتبادل على المستوى الوطني والدولي وأدّى التطوّر السريع لهذه النشاطات من غير الإمكان تنظيمها كلّيا من طرف الدولة كما هو الأمر بالنسبة للاتصالات الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية، إذ أصبحت القوانين التي يكون مصدرها السطلة العامة أو الدولة غير قادرة على مواكبة هذا التطوّر وهو ما جعل البعض يقبل فكرة وجود قانون ذو مصدر تعاقدي أو اتفاقي، وعدم إنكار قدرة العقد على إنشاء القاعدة القانونية[41].

العقد شريعة المتعاقدين فهو قانون الأطراف المتعاقدة والقانون ذاته اعترف له بهذه الامكانية أي خلق هذه القواعد التي تلزم أطرافه، فالعقد يستمدّ ذلك من القانون ذاته. وعلى أساس ذلك يذهب الكثيرون لقبوله ضمن مصادر القانون فسبق الذكر أنّ الشروط العامة في العقود كالشروط العامة للبيع أو الشروط

العامة للاستعمال هي عقود إذعان وقد تكون في إطار العقود النموذجية وهي قواعد منظِّمة لعلاقات الأطراف تضع شروطا عامة ومجرّدة إذ اعترف لها القانون صراحة بأنّها قانون للأطراف فهي قادرة على إنشاء قواعد مشابهة للقواعد القانونية من جهة (**2.1**) كما أنّ الشروط العامة هي قواعد ملزمة أي أنّها لا تخلو من الجزاء (**2.2**) من جهة أخرى تعتبر الشروط العامة أو العقد الوسيلة المثلى لمواكبة التطوّر من خلال تحقيق السرعة والثقة في المعاملات وهذا ما يساهم في تحقيق الأمن القانوني (**2.3**).

2.1- الشروط العامة في العقود قواعد قانونية

نصّت المادة 106 قانون مدني " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وجاء في نص المادة 1134 مدني فرنسي "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها"، ويفيد ذلك أنّ العقد والشروط التي يتضمّنها تعتبر قانونًا يسري على الأطراف، وهذا ما يرى فيه البعض أنّ العقد مثله مثل القانون، إذ يمكن بموجبه للأطراف خلق قانونهم الخاص باتّفاق إرادتهم وبالتالي الاعتراف للعقد بأن يكون مصدرا للقاعدة التي تنظّم السلوك, وهذا ما دفع بالكثيرين إلى عدم إنكار أن يكون للعقد عموما والشروط العامة للتعاقد القدرة على إنشاء القواعد القانونية وإن كان أدنى مرتبة من القانون فإنّ هذا الأخير هو الذي يعترف للعقد بهذه الإمكانية –خلق القواعد القانونية–. ويعتبر الفقيه "هانز كلسن" من أشهر من أدخل العقد ضمن مصادر القانون حيث وضع ترتيبا للقواعد القانونية على شكل تدرج هرمي ترتب فيه هذه القواعد من الأدنى إلى الأعلى كما يلي: الأوامر الفردية، الأحكام القضائية، العقود، التشريع والدستور، فيكون بذلك القواعد التي مصدرها الأفراد في مرتبة وسطى بين السلطة العامة والحكم القضائي[42].

إنّ القانون هو الذي ينظّم علاقات الأفراد إذ يحدّد حقوقهم وواجباتهم ويحدّد حريّاتهم إلخ، لكن يمكن للأطراف أيضا تنظيم علاقاتهم (تحديد الحقوق والالتزامات وتحديد حرياتهم) بموجب العقد، فالإرادة الحرّة الواعية يمكنها خلق القواعد التي اعتبرتها المادة 106 مدني بمثابة قانون وهو قانون اتّفاقي[43].

إنّ الشروط العامة في العقد كالشروط العامة للبيع أو الشروط العامة للاستعمال تتضمّن تنظيم المسائل التفصيلية للعلاقة بين المتعاقدين بصفة دقيقة (كيفيات التسليم الدفع، الضمان، المسؤولية ...)، فلا تعتبر مجرّد أحكام اتّفاقية تطبق أو تتجدّد بمناسبة كلّ عقد بل هي قواعد تطبّق على كل العقود. وهو ما دفع ببعض القوانين للاعتراف صراحة للعقد بمكانته ضمن مصادر القانون وهو ما نجده على سبيل المثال في قانون التجارة العماني لسنة 1990[44]، حيث تنصّ المادة (4) منه على أنّه "**إذا لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم، أو كان الحكم في العقد باطلاً، سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون والقوانين الأخرى، على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص**" إذ جعل هذا النص العقد المصدر الأوّل للقانون التجاري. وقد أعطى المشرع الاماراتي للعقد أهمية كبيرة فهو يطبق في حالة عدم وجود نص آمر متقدما بذلك على مصادر القانون الأخرى، لأن المصالح التجارية غالبا ما تكون مصالح خاصة بأطرافها لذا فإنّ أفضل ما يحكمها هو الاتّفاق الخاص بينهما، فإذا لم يكن هناك نص تجاري آمر

تُطبَّق أحكام الاتّفاق الخاص بين المتعاقدين وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشرط عدم تعارضها مع قاعدة قانونية آمرة أو مع قواعد النظام العام والآداب العامة[45]

سبق الذكر أنّ إنكار أن يكون للعقد عموما إمكانية إنشاء أو خلق القواعد القانونية لكون له طابع خاص وذاتي، فآثاره تنصرف كأصل لأطرافه فهو يخلو من العمومية التي تتميّز بها القاعدة القانونية، كما أنّه يخصّ أشخاصا محدّدين فيه بذواتهم فقواعده تتميّز بالذاتية عكس القواعد القانونية التي تتّصف بأنّها قواعد مجرّدة.

غير أنّ الشروط العامة في البيع هي في الغالب عبارة عن عقود إذعان أو تكون في إطار العقود النموذجية تُحرّر دون إمكانية التفاوض بشأنها، وهي تتضمّن قواعد ذات طبيعة عامة ومجرّدة كونها تُطبَّق على عدد غير محدود من الأشخاص قد يفوق أحيانا عدد الأشخاص الذين تخاطبهم بعض القوانين[46]، وهي قواعد مجرّدة لا تخاطب هؤلاء الأشخاص بذواتهم بل بصفاتهم كمستعمل أو مستهلك كما تفعل القوانين أو القواعد القانونية، وهذا دليل على عموميتها وأنّها قواعد مجرّدة وإن كان يتوجّب قبولها فرديا من طرف الموجّهة إليهم[47] وهذا يعني أنّ العقد ليس مرادفا دائما للفردية فالشروط العامة للتعاقد تتميّز بالعمومية كما أنّها مجرّدة، إضافة إلى ذلك فإنّ القانون أحيانا لا يكون مجرّدا ولا عامّا، خاصة لمّا يخاطب شخصا معيّنا بذاته (كمراسيم التعيين مثلا)، وعلى أساس ذلك فلا يوجد ما يمنع أن تكون هذه الشروط العامة مصدرا للقانون وهو الملاحظ مثلا في إطار التجارة إلكترونية أو الاتّصالات الإلكترونية عن طريق الأنترنت مثلا.

2.2- الشروط العامة للتعاقد قواعد ملزمة

كون العقد شريعة المتعاقدين فهذا يعني أنّه ملزم لأطرافه وهو بذلك لا يخلو من الجزاء، صحيح أنّ إرادة الأطراف لا تملك فعلا وسائل التنفيذ الجبري لتنفيذ الالتزام، وأنّها تلجأ إلى الوسائل المقرّرة من طرف السلطة العامة إلاّ أنّها تبقى قواعدا ملزمة مثلها مثل القواعد التي تكون مصدرها السلطة العامة، وذلك بغضّ النظر عن طبيعة الجزاء المقرّر عقديا كان أو قانوني[48].

تجدر الإشارة إلى أنّ مجال هذه الشروط العامة كما سبق ذكره هي العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم أو فيما بين هؤلاء والمستهلكين، وهذا النوع من العلاقات قائم على الثقة فانعدامها بسبب مخالفة أحد الأطراف لالتزاماته خاصة بالنسبة للأعوان الاقتصادين قد يكون أكبر جزاء قد يتعرّضون له لأنّه قد يترتّب عنه المساس بسمعتهم وما يترتّب عنه من خسارة الزبائن أو المتعاملين، ممّا يؤثّر على نشاطه[49]، وفي مجالات معيّنة يمكن للأعوان الاقتصاديين توقيع الجزاء بأنفسهم على المستهلكين المخالفين للشروط العامة للتعاقد كما في حالة إلغاء الاشتراك (قطع الأنترنت مثلا، سقوط الضمان). إضافة إلى ذلك فإنّ هذه الشروط تعتبر قواعد ملزمة للأطراف وهي نافذة في مواجهة الغير، ويلتزم القاضي بتطبيقها عند النزاع.

2.3-الشروط العامة للتعاقد ضمانة لتحقيق الأمن القانوني

كان للتطوّر الصناعي والتكنولوجي الهائل دورا كبيرا في تطوّر صيغ العقود وتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثّهم على التعاقد دون مناقشة أو مفاوضة، وذلك ما ساهم في اتّساع نطاق التعاقد الذي دخل مجالات واسعة جدّا لم يكن يعرفها من قبل وفق شروط موحّدة عامة مجرّدة معدّة مسبقا من قبل أحد المتعاقدين، وهذا التطوّر الذي يتميّز بالسرعة والتغيّر المستمرّين جعل مواكبة القانون له لأجل تنظيم المعاملات أمرا صعبا إن لم يكن مستحيلا. كلّ هذا أفرز نتيجة حتمية وهي انفراد أحد الطرفين بتحرير العقد دون إمكانية مناقشته من الطرف الآخر، فكان اللجوء إلى تشجيع التعامل بالنماذج العقدية هو الحلّ من خلال تنظيم الشروط العامة للتعاقد إذ أصبحت هذه الأخيرة الوسيلة المثلى لمواكبة هذا التطوّر السريعِ[50].

إن وجود صيغة جاهزة ومعدّة سابقا للعقود حول سلع وخدمات تتضمّن تفاصيل كثيرة يؤدّي إلى تقليل الإجراءات وتخفيض تكاليف التعاقد كما يقلّل الوقوع في الأخطاء وخاصة في الحالات ذات الطبيعة المعقّدة مثل عقود بيع واستخدام برامج الحاسوب أو العقود الإلكترونية، لأنّ المستهلك في هذا النوع من العقود طرف ضعيف من ناحية الكفاءة الفنّية والاقتصادية مقارنة بالمحترف شأنه شأن المستهلك في العقود التقليدية وهذا ما يحقّق السرعة والثقة في المعاملات التي تعتبر أساس التجارة، وكلّ هذا ضمانة لتحقيق الأمن القانوني[51].

كما يعتبر وجود شروط عامة للتعاقد موحّدة ضمانة لحماية المستهلك خاصة وأنّها أصبحت إجبارية وتدخل ضمن سياسة حماية المستهلك[52]، كما أنّها تقلّل من التفاوت الموجود بين المراكز القانونية للأطراف[53]، وتجسيدا للمساواة في التعامل مع مختلف الزبائن، وتساهم في محاربة الشروط التعسفية[54] في ظلّ تحديد المشرع لتلك الشروط التي تعتبر تعسفية ما يجعل الأعوان الاقتصاديين يتجنّبونها خشية الجزاء الذي قد يتعرضون له ممّا يعد بدوره ضمانة لتحقيق الأمن القانوني.

خاتمة:

إنّ قبول الشروط العامة في العقود أو العقد عموما كمصدر للقانون أصبح واقعا لا مفرّ منه في ظلّ تزايد أهميّة العقد في ظلّ نشاطات تتميّز بالسرعة في التطوّر والتغيّر، ولم يعد القانون الصادر عن السلطة العامة قادرا على مواكبتها كما هو الشأن في مجال الأنترنت مثلا والتعاملات المختلفة التي تتمّ عبرها. وبذلك يكون العقد كمصر مكمّل للمصادر الكلاسيكية وليس منافسا لها، وإن كانت القواعد التي قد تنشأ عن العقد تتميّز عن تلك التي تنشأ عن السلطة العامة من حيث كونها مرنة فمن الناحية الواقعية والقانونية لا يوجد ما يمنع تقبّل العقد كمصدر للقواعد القانونية، علما أن هذا الأخير- العقد- قد وُجد أصلا قبل وجود الدولة بمفهومها المعاصر.

الهوامش:

1-خديجة فاضل، *عيمة العقد*، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016، ص7.

2- خديجة فاضل، الحرية العقدية وقانون السوق، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 36.

3- علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، 2018، ص 30.

4- Jacques Chevallier, Contractualisation et régulation ; Actes du colloque « La contractualisation de la production normative » à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille,11, 12 et 13 octobre 2007, Dalloz 2008، p .5.

5- Yann Heyraud, Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés، Contribution à l'étude des fonctions du droit international privé, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne 2017, p.63. « *La contractualisation des sources avec la montée en puissance des accords collectifs et plus largement du droit négocié ; et de manière plus Générale, la privatisation des sources, laissant une part croissante au droit spontané، aux sources privées ou mixtes ; ou encore le développement de la normalisation et celui de la procéduralisation du droit* » Catherine Thibierg, Sources du droit, sources de droit : une cartographiée, in Mélanges Philippe Jestaz، Dalloz, 2006، p. 529 s.

6 -*La mondialisation de l'économie produit une véritable subversion de la souveraineté juridique des États. Les marchés ont perdu en l'État leur grand horloger. L'État est trop petit pour appréhender le marché global. Il est condamné au suivisme juridique et doit adapter sa législation aux impératifs du marché global. Le mouvement a été accentué par l'apparition des "marchés immatériels", qu'il s'agisse du marché financier ou de l'Internet. Le marché immatériel se libère du support des territoires étatiques et donc des ordres juridiques étatiques* ». *É. LOQUIN، « Les sources du droit mondialisé* » Dr. et patrimoine 2001, n° 96, p. 78, cité par Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet, thèse. Université d'Aix-Marseille 2016, p.51.

7- يرفض الكثير من فقهاء القانون المدني اعتبار العقد مصدرا للقانون أنظر في ذلك:

Lionel Charbonnel, La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, these, Université d'Avignon,2010 p. 28.

8- قانون رقم 06-02 مؤرّخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر العدد 41.

9- مؤرّخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006 يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصادين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر العدد 56.

10- لعشب محفوظ بن حامد، *عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن*، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص28.

11 - نصت المادة 6-2 من هذا القانون المؤرخ في 2 شعبان علم 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، ج. ر العدد 28 " العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02..... *الذي يحدد القواعد المطبقة في الممارسات*

التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء إلى حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

12- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت 1974، ص 137.

13-علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر ،2013، الجزائر، ص 82.

14-" *قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقعه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان"، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية 1964، القاهرة، ص244.*

15- "ينبغي عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقود الإذعان ، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان، لأنه لم يعد عقد الإذعان اليوم محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية ،وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق ويتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف ، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط ، وهو أن الطرف في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ، ولا يكون أمام الطرف الأخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها". أنظر خولة كاظم محمد راضي المعموري، الايجاب في عقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة السادسة، جامعة بابل 2014، ص391 https://www.iasj.net/iasj/download/6ce896d39952097e

16- «*Sur le fond, les contrats types se rapprochent également des normes de règlementation telles les lois. Effectivement, à l'instar de ces dernières, ils sont très précis, ce qui rend leur contenu concret* ». Céline Rousset, Les sources professionnelles du droit bancaire et financier, these, Ecole de droit – Université Clermont Auvergne, 2016, p.160 et s.

17- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 104.

18- نصّت المادة 106 مدني" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

19- يشترط المشرع في الإيجاب الإلكتروني مثلا أن يتضمن كل جوانب العقد التفصيلية والرئيسية، أنظر قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المواد 13 تحت طائلة الإبطال.

20- علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 29.

21- المتدخل هو نفسه المهني (مصطلح وارد في قانون المنافسة) وهو أيضا العون الاقتصادي (مصطلح وارد في قانون الممارسات التجارية)، وهو أيضا المحترف (مصطلح أخذ به المشرع في المرسوم المتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات الملغى).

22- Article 111- 1 du Code de la consommation Français «Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service».
23-Sinan Al Shattnawi, Les conditions générales de vente dans les contrats électroniques en droit compare franco-jordanien، these,Université Reims Champagne-Ardenne2012, p. 86 et s.
24- Ibid.p.88.
25-Lionel Charbonnel, op. cit, p .92.
26- مؤرّخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير 2009، يتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر العدد 15. كما عُرّف أيضا المستهلك الإلكتروني في المادة 6 -3 من القانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنّه" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".
راجع أيضا في تحديد مفهوم المستهلك، بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي2012، ص 22 وما بعدها
27- « Les conditions générales sont toutes les conditions qui sont formulées par avance pour une multitude de contrats et que l'une des parties au contrat, le stipulant, pose à l'autre partie lors de la conclusion d'un contrat. Il importe peu que les dispositions forment une partie spéciale extérieure au contrat, ou qu'elles soient intégrées dans le document contractuel lui-même. Peu importe leur etendue, le mode d'écriture, et la forme du contrat. Ne constituent pas des conditions générales، les conditions contractuelles négociées de façon précise entre les parties »، Dahmane Ben Abderrahmane، Le droit allemand des conditions générales des contrats dans la vente commerciale franco-allemande, Librairie générale de droit et de jurisprudence، 1985، p.37, cité par Sinan Al Shattnawi, op. cit. p.101.
28-علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 30.
29- نصت المادة 9" *يجب أن تتضمن شروط البيع **إجباريا** في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كيفيات الدفع وعند الاقتضاء الحسوم والتخفيضات والمسترجعات* ".
30-" يعد عدم الاعلام بشروط البيع، مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)"،
31- نصت المادة 39" يعاقب بغرامة من 50.000 دج على 500.000 دج كل مورد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون..."
32-محفوظ لعشبين حامد، المرجع السابق، ص104.
33- Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet, these, Université d'Aix-Marseille 2016, p 129.
34-« Beaucoup de théoriciens du droit ont postulé et persistent à postuler que ne saurait être une source du droit uniquement l'institution investie constitutionnellement du pouvoir d'énoncer des propositions juridiques valides. Par suite، seules seraient des

normes juridiques celles qui sont « “dites” selon les modalités définies par la doctrine des sources promue par le pouvoir politique ». Boris Barraud, Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit, Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2016-4، n° 164، p.13.

35– علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر 2010، ص 63.

36 - Lionel Charbonnel, op. cit, p .46.

37 -. *« Le consentement dans le contrat et le consentement dans la loi diffèrent assez sensiblement. Dans le contrat, les consentements qui lient les parties interviennent au moment même de la formation du contrat. L’échange des consentements, élément indispensable et le plus souvent suffisant à la naissance du contrat intervient en un seul instant. …….. Dans la loi, l’intervention du consentement est beaucoup plus complexe. On peut sans doute admettre l’existence d’un consentement originaire des citoyens qui fonde le pacte social et justifie par avance toutes les normes adoptées par l’Etat : c’est la fameuse théorie du contrat social »*. Rémy Cabrillac, La réception de la loi : consentement ou adhésion ? Actes du colloque,La contractualisation de la production normative,11, 12 et 13 octobre 2007، op. cit. p.72.

38- « ce qui fait qu’une règle est règle de droit, c’est qu’elle est posée sous la menace d’une sanction, consistant dans la possibilité d’une contrainte. Pour qu’il y ait création de droit, il faut donc que celui qui crée la règle soit capable de faire lui-même executer, par des voies de contrainte, les dispositions qu’il y a adoptées ou tout au moins d’imprimer à celles-ci force exécutoire. En d’autres termes, la notion de création du droit suppose un acte de puissance publique ». R. Carré de Malberg, Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 90-91, cité par Boris Barraud, Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit,Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2016-4, n° 164, p.13.

«Le problème de la sanction est peut-être le point noir du droit d’origine privée et, par suite,le point noir du renouvellement des sources du droit dès lors qu’il s’opère par une émancipation de ce droit d’origine privée». Boris Barraud,Les sources du droit de la communication par internet,op. cit. p.206.

39 - «l’idée de création du droit par les particuliers se heurte à un obstacle qui provient de ce que ceux-ci sont impuissants aussi bien à procurer par leurs propres moyens l’exécution forcée de leurs actes ou conventions qu’à leur donner force exécutoire. […] Les règles engendrées entre eux par leurs stipulations contractuelles, comme celles nées de leurs actes individuels, ne sauraient donc être qualifiées règles de droit, comme celles créées par une loi de l’État » R. Carré de Malberg, Confrontation de la théorie de la formation du -droit par degrés » : cité par Boris Barraud,Les sources du droit de la communication par internet, op. cit. p.169.

40 - Ibid. p. 249 et s.

41- « La contractualisation de certains marches, le développement des contrats-organisation,des contrats d’adhésion et les effets de réseau induits par l’économie numérique donnent à cet égard une force normative à part entière au contrat, dans le même temps que se développent des normes juridiques objectives d’application directe

sur le contenu du contrat ». Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, these, Université Cote d'Azur 2018، p. 536.

42- « Dans la théorie pure, le contrat est analysé dans le titre V consacré à la dynamique du droit, que l'on réduit souvent à l'image d'une pyramide de normes. Le contrat occupe une place intermédiaire dans la hiérarchie des normes. En aval de la Constitution, des lois et règlements, de la juridiction il est situé en amont de l'administration……Le contrat est un acte juridique inférieure à la loi, du moins à ses dispositions impératives. Quel que soit la place du contrat par rapport à la loi, il faut surtout insister sur le fait que le contrat est conçu comme un acte juridique créateur de normes. A cet égard, le contrat n'est pas différent de la loi ou de la Constitution. Ce qui singularise le contrat selon Kelsen, c'est le rôle de la volonté dans sa formation. ». Rafael Encinas de Munagorri, Kelsen et la théorie générale du contrat، Actualité de Kelsen en France،2001,p.1. https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01651976/document.

عرفت نظرية كلسا نقدا كبيرا، وبخصوص اعتباره العقد من مصادر للقانون يرى منتقدوه" إن الأخذ بنظرية كلسن يعني اعتبار مصادر القاعدة القانونية والالتزامات واحدة والحاصل أنه لا يمكن ذلك فأحد مصادر الالتزام يتمثل في الفعل الضار وهو ما ال يمكن أن يكون مصدرا للقاعدة القانونية، كما أن الالتزام يفتقر إلى العمومية والتجريد كأهم خصائص تتميز بها القاعدة القانونية وهو ما أخطأ فيه كلسن حين وسع من دائرة القواعد القانونية إلى القواعد الفردية سواء كانت عقود، أحكام قضائية أو أوامر فردية". أنظر في ذلك عيشة بوزيدي، محاضرات في مقياس منهجية العلوم القانونية لطلبة السنة الثانية ليسانس، جامعة يحي فارس، المدية، السنة الجامعية 2020-2021، ص16.

43-وقد ذهب المشرع الفرنسي في هذا الإطار إلى الاعتراف بوجود قانون اتفاقي في نص المادة 1140-1 من القانون المدني.

art. 1140-1 : « Toutefois, lorsque la **loi contractuelle** a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre ».

44- مرسوم سلطاني رقم 55-90 يتضمّن قانون التجارة. الصادر في 11 يوليو سنه 1990،

45-قانون المعاملات التجارية الإماراتي المادة 2 " 1)يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري آمر.2) فاذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري.3)ولا يجوز تطبيق الاتفاقيات الخاصة أو قواعد العرف التجاري اذا تعارضت مع النظام العام أو الآداب."

46 -Lider Bal، Le mythe de la souveraineté en droit international، la souveraineté de l'Etat à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international, these, Université de Strasbourg2012, p. 612.

47 - Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet op. cit. p.172 .Rémy Cabrillac، La réception de la loi : consentement ou adhésion ? Actes du

colloque La contractualisation de la production normative 11, 12 et 13 octobre 2007, op. cit. p.72.

48- الجزاء الذي يكون مصدره العقد لا يمكنه أن يسلب المتعاقد الحرية أو يحرمه من الحقوق عكس الجزاء الذي مصدره السلطة العامة.

49- Voir, Boris Barraud, Les sources du droit de la communication par internet op. cit. p.277.

50- Jacques Chevallier, op. cit. p. 8 et s.

51 - "Le développement des contrats types s'explique, en second lieu, par un besoin de sécurité à la fois individuelle et globale. En effet, entre les parties, ces contrats créés par des structures professionnelles permettent de réduire certains risques en évitant notamment des clauses incorrectes ou mal rédigées. Surtout, les contrats types, en particulier les conventions-cadres, ont vocation, en fait, à être conclus sur les marchés dits de gré à gré……. Ainsi, les conventions-cadres apportent une sécurité globale en palliant l'inexistence sur le marché de gré à gré de normes publiques » Céline Rousset، op. cit. p.162.

52- علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 30.

53- خديجة فاضل، عيممة العقد، ص 212.

54-"تجد هذه الحماية الخاصة للمذعن أساسها في أنه لا يجب أن يفسر عقد لم يكن للمستهلك فيه أي دور في صياغته ولا في التفاوض بشأنه في غير مصلحته، إذ من العدل أن يتحمل المهني المذعن له، عبء ما اقترفت يداه، باعتباره المتسبب فيما اكتنف العقد من غموض إثر انفراده بتحريره. ضف إلى ذلك أن المستهلك المذعن يفترض فيه المشرع الجزائري أنه هو الطرف الضعيف في العقد، دائنا كان أو مدينا وهو الذي تجدر حمايته دائما." إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص152.

اتفاقية العمل الجماعية مصدر لقانون العمل

Labor Agreement as Source of Employment Law

خديجة فاضل[1] أستاذة محاضرة "أ"

[1] كلية الحقوق– جامعة بن يوسف بن خدة (الجزائر)khadidjafadel@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2021/10/14 تاريخ القبول:2021/10/26 تاريخ النشر: ديسمبر/2021

الملخص:

تعتبر اتفاقية العمل الجماعية من المصادر المهنية لقانون العمل، حيث يمثل دمجها في النظام القانوني للدولة مسألة مركزية وأصلية لقانون العمل، فلم تعد الدولة المصدر الوحيد لإنشاء القانون. وتقوي اتفاقية العمل الجماعية النظام القانوني للدولة على اعتبارها كمنتوج يصدر عن التفاوض الجماعي، وكوسيلة تجد أساسها في الاستقلالية الجماعية. بالإضافة إلى الدور المسند لاتفاقية العمل الجماعية والمتمثل في تكملة التشريع، والترقية الاجتماعية. ولا يمكن تجاهل تنازع اتفاقية العمل الجماعية مع المصادر الأخرى لقانون العمل كالتشريع، والتنظيم، وعقود العمل الفردية، والنظام الداخلي....الخ. وترتكز علاقة اتفاقية العمل الجماعية مع المصادر الأخرى لقانون العمل على البحث عن النظام والانسجام الذي يتضمن إظهار النظام التدرجي، وحل التنازع المطروح بينهم من خلال تحديد القاعدة المطبقة في حالة تنازع مصدرين أو أكثر.

الكلمات المفتاحية: اتفاقية العمل الجماعية، مـــصدر مهني، التفاوض الجماعي، الاســـتقلالية الجماعية، تشريع العمل.

Abstract:

Collective labor agreement is considered as one of the professional sources of Employment law. Given the fact that adding this agreement to the state legal order constitutes a central and fundamental issue in Employment law, the State constitutes no more the sole law producing source. Collective labor agreement strongly backs up the established state legal system. As part of collective bargaining, it is founded on collective autonomy.Hence its role in completing the law and in social progress, though its conflicting with other sources of Labor laws such as the law, regulations, individual work contract and internal rules and so on and so forth cannot be ruled out. Combining collective labor agreement with other sources of law allows the parties to focus on order, harmony and a hierarchical classification as much as on the settling of conflicts between norms and the working out of a principle applicable to conflict resolution between one or several sources of law.

Key words: Collective labor agreement, professional source, collective bargaining, collective autonomy, Employment law**.**

المؤلف المرسل: خديجة فاضل، الإيميل: khadidjafadel@gmail.com

مقدمة:

أدى ظهور مصادر خاصة لبعض فروع القانون كقانون العمل إلى إضفاء الطابع العقدي على بعض المصادر، وتأتي هذه المصادر من قبل الشركاء الاجتماعيين والتي تنتج قواعد خاصة تتجه إلى تنظيم العلاقات بين طرفي علاقات العمل وهما المستخدم من جهة وممثلو العمال والمنظمات النقابية من جهة أخرى.وللمصادر المهنية أهمية عملية كبرى، كونها في تزايد تماشيا مع الانسحاب التدريجي للسلطة العمومية، ويفسر ازدهار المصادر المهنية لقانون العمل في بعض الأحيان ببروز الظاهرة العقدية لقانون العمل[1] .

لا تأخذ اتفاقية العمل الجماعية بعين الاعتبار تشريع الدولة كتشريع وحيد في ظل تصور متعدد، بل أصبحت ببساطة صورة لتشريع خاص[2]، فتُمكن الدولة الشركاء الاجتماعيين باعتبارهم أشخاص خاصة بتنظيم علاقاتهم المهنية في حدود ما يسمح به القانون، سيما في حالة وجود فراغ قانوني. وأدى ازدهار اتفاقية العمل الجماعية إلى تغيير عميق في النظريات التقليدية لمصادر القانون، حيث عرف التصور التقليدي نوعان من المصادر: تصرفات قانونية صادرة عن الدولة، بمعنى التشريعات والتنظيمات، وأخرى صادرة عن الأشخاص الخاصة الفردية من خلال العقود ، فيجد الأول أساسه في سيادة الدولة، أما الأخرى في مبدإ سلطان الإرادة[3].

يعد دمج اتفاقية العمل الجماعية ضمن مصادر قانون العمل مسألة مركزية وأصلية طالما لم تبق الدولة هي المصدر الوحيد لإنشاء القانون.وتعتبر اتفاقية العمل الجماعية كمنتوج يصدر عن التفاوض الجماعي، وكوسيلة تجد أساسها في الاستقلالية الجماعية المتفق عليها كسلطة[4]. يرتكز إعداد اتفاقية العمل الجماعية على الشركاء الاجتماعيين، وعلى التفاوض الجماعي.كما تكمن بالأساس خصوصية اتفاقية العمل الجماعية في شروط تطبيقها، وفي المكانة التي تمنح لها في تدرج المصادر[5].وأصبحت اتفاقية العمل الجماعية وسيلة ضرورية للتعريف بشروط العمل والتشغيل،حيث عالج المشرع اتفاقية العمل الجماعية في المواد من 114 إلى 134 من قانون رقم 90- 11 [6].

تقتضي معالجة اتفاقية العمل الجماعية التطرق إليها كمصدر متميز لقانون العمل (المبحث الأول)، والبحث عن مكانتها ضمن مصادر قانون العمل(المبحث الثاني).

المبحث الأول: اتفاقية العمل الجماعية مصدر متميز لقانون العمل

يتجه قانون العمل في مجمله إلى الإنقاص من نطاق قيم المذهب الليبرالي في مسألة علاقة العمل من أجل ضمان بعض الحماية للعمال، ومن هنا جاء إنشاء تشريع عمل يأخذ بالحسبان الاختلال في التوازن الجوهري للعلاقة الفردية للعمل، والتي تؤدي إلى تدخل الدولة، والقبول ببعد جماعي لعلاقات العمل[7]، ويظهر البعد الجماعي في الاعتراف بالشركاء الاجتماعيين من جهة، وبدمج اتفاقية العمل الجماعية ضمن مصادر قانون العمل من جهة أخرى.

تعتبر اتفاقية العمل الجماعية كوسيلة لدعم الأنظمة القانونية للدولة. وقد أدخلت الخاصية الجماعية لقانون العمل بُعدًا جديدًا في العلاقات القانونية متجاوزة بذلك العلاقات التقليدية بين الدولة والأفراد، أو الأفراد فيما بينهم[8]، فظهور علاقات مهنية جماعية صاحبه بروز تصرف قانوني جديد والمتمثل في اتفاقية العمل الجماعية. يشتمل موقف النظام القانوني للدولة بصفة أولية على الاعتراف باتفاقية العمل الجماعية كمصدر للقانون بالمعنى الشكلي، قبل الأخذ بعين الاعتبار أصل هذا المصدر الجديد بمعنى التفاوض الجماعي المتفق عليه كمصدر للقانون بالمعنى المادي[9]. ويتجسد وضع اتفاقية العمل الجماعية في النظام القانوني للدولة من خلال القيمة القانونية والدور المسند إليها من قبل الدولة، حيث أصبحت اتفاقية العمل الجماعية تشكل قانونا مهنيا وذلك من خلال إنشائها لقواعد جماعية. وتظهر قيمة اتفاقية العمل الجماعية من خلال سيرورة الإعداد القانوني لها (المطلب الأول)، ودور اتفاقية العمل الجماعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعداد اتفاقية العمل الجماعية

إن إنشاء القواعد الاتفاقية كان نتيجة الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركاء الذين يدافعون عن المصلحة الجماعية وهو ما يتضح من المادة 16 من قانون رقم 90-14 10 ، حيث تبرم المنظمة النقابية عقدًا أو اتفاقية أو اتفاقا طبقا للمادة 16 من القانون المذكور أعلاه. ويكون إبرام اتفاقية العمل الجماعية بين المنظمات النقابية الأكثر تمثيلا والمستخدمون طبقا للمادة 121 من قانون رقم 90-11 "يمكن لكل هيئة مستخدمة أن تتوفر على اتفاقية جماعية للمؤسسة أو تكون طرفا في اتفاقية جماعية تعلوها درجة"، وذلك بترك حرية الحوار للشركاء الاجتماعيين.

ولكي تنشأ اتفاقية العمل الجماعية لابد من وجود شركاء اجتماعيين تم الاعتراف بهم من قبل المشرع (الفرع الأول)، وينصب عمل الشركاء الاجتماعيين على تفاوض ومناقشة شروط العمل والتشغيل(الفرع الثاني).

الفرع الأول:إعداد اتفاقية العمل الجماعية من قبل الشركاء الاجتماعيين

تشكل علاقات العمل واقعة اجتماعية، يكون فيها المظهر الجماعي أساسيًا، وتأسيسيًا[11]، والاعتراف بالمنظمات النقابية وبمهامها يكون في الحقيقة بغرض إنشاء نظام قانوني لتأطير نشاطها، وذلك من خلال مساهمة الفاعلين الاجتماعيين في الحركات الجمعوية.

يؤهل المشرع الشركاء الاجتماعيين لإنشاء تشريع مهني، حيث يستفيد المفاوضون بجزء من السلطة التشريعية في الإطار الذي حدده المشرع، وهذا يشكل تأهيلا تشريعيا صريحا.ويشترط لإبرام اتفاقية العمل الجماعية أن تكون هناك أهلية لتمثيل العمال عن طريق النقابات المهنية.واشتراط الأهلية الاتفاقية هي ملازمة لتغير وظيفة اتفاقية العمل الجماعية، حينئذ تفصل في مسائل المصلحة العامة، ويجب أن يكون إعدادها من عمل الأشخاص توظف من قبل السلطات العمومية" الحكومة أو القاضي"، وتؤدي

الديمقراطية غير برلمانية من خلال تطور اتفاقية العمل الجماعية إذن إلى تقنيات لتأهيل المتعاقدين الشرعيين، فتكون قادرة على اللجوء لإعداد تشريعات ذات صبغة عقدية[12].

أولا:استقلالية الشركاء الاجتماعيين

أدى تطور القانون اليوم إلى البحث عن تنظيم وترقية الاستقلالية الجماعية للشركاء الاجتماعيين، وميزتها الأساسية هي أن تحل التجمعات محل الأفراد من أجل تحديد شروط العمل والأجر، وتظهر كأحسن وسيلة لإعداد شروط العمل [13]، أي أصبحت الإرادة الجماعية تحل محل الإرادة الفردية في تحديد شروط العمل والتشغيل.وتكتسي الاستقلالية الجماعية عدة معاني، قد تتجسد في مجال مخصص للتفاوض الجماعي، ولا يمكن أن تتجاوز الاستقلالية في صورتها المخففة الوصاية الممارسة من قبل الدولة، فهي القدرة التي يمنحها المشرع للشركاء الاجتماعيين لإعداد قواعدهم[14] فتتمثل الاستقلالية الجماعية في إنشاء قواعد اجتماعية في مجال محدد ومؤطر من قبل المشرع. ويتحرك الشركاء الاجتماعيون بتفويض من المشرع لإنتاج اتفاقية العمل الجماعية،حيث يحدد المشرع أطراف اتفاقية العمل الجماعية، وشروطها. تفسر خصوصية مصادر قانون العمل بالاستقلالية الجماعية[15]، حيث تظهر خصوصية اتفاقية العمل الجماعية في كونها منتوج الاستقلالية الجماعية لأطراف التفاوض، فيكتسب الأطراف القدرة على وضع تشريع مهني والذي يطبق على العمال من قبل القاضي، لكونهم يتحكمون في حياة الوسط المهني، وفي إطار علاقاتهم المهنية. كما يعتبر التنظيم الجماعي للعمال في شكل نقابات حماية لمصالحهم المادية والمعنوية، حيث أقر المشرع للشركاء الاجتماعيين إبرام اتفاقيات العمل الجماعية سواء من قبل المنظمات النقابية التمثيلية أو ممثلو العمال وصاحب العمل وذلك طبقا للمادة 3/114 من قانون رقم 90-11.

تجد استقلالية الشركاء الاجتماعيين أساسها في القطاع العام الاقتصادي في إصلاح النظام الاقتصادي لسنة 1988، حيث منحت للمؤسسات العمومية الاستقلالية في حرية التسيير عن الوصاية الإدارية 16، أي أصبحت المؤسسة تخضع لقانون السوق . وتستند الاستقلالية أيضا على التصور النقابي، وذلك بمنح للنقابات العمالية حماية المصالح المادية والمعنوية للعمال.

وتم إقرار لأول مرة في تاريخ الجزائر المستقلة حق تأسيس منظمات نقابية لأرباب العمل، وكذلك منح للنقابات العمالية مفاوض أخر غير الدولة، فبدأ بُعد مزدوج إذن لإنشاء قانون العمل: تطوير قواعد المصادر المهنية المتفاوض عليها من قبل الشركاء الاجتماعيين بصفة مباشرة ، وكذلك نتاج تشريعي إجباري مستمد من قبل نشاط المنظمات النقابية للعمال وأرباب العمل[17]، كما كرس المؤسس الدستوري في 2020 [18]، إمكانية تأسيس منظمات أرباب العمل لمتعاملي القطاع الاقتصادي . وتجبر الدولة على استشارة المنظمات النقابية للعمال وأرباب العمل الأكثر تمثيلا من أجل تقويم وإثراء تشريع وتنظيم العمل طبقا للمادة 39 من قانون رقم 90-14. وتدعم خصوصية مجال تطبيق الاتفاقية التصور الذي بمقتضاه تمثل الاتفاقية الجماعية منتوج الاستقلالية الجماعية لأطراف التفاوض [19]. وتمارس الاستقلالية الجماعية

من قبل الأطراف لفهم التحولات التي يتكون منها نظام الاتفاقية الجماعية عند ما تبقى دوما في وسط العمل، وتدمج الاتفاقية الجماعية في محيطها القانوني[20].

ثانيا: المصلحة الجماعية أساس النشاط النقابي

يشكل مفهوم المصلحة الجماعية الجسر الأول بين نظام الدولة والنظام المهني، وهي طريقة للتواصل والاعتراف بين هذين النظامين[21]، وتم الاعتراف للعمال بالحق في إنشاء المنظمات النقابية طبقا للمادة 56 من دستور 1989، والمادة 70 بموجب قانون رقم 16-01 يتضمن التعديل الدستوري[22]، كما تم تنظيم الحق النقابي، والسماح بتأسيس عدد من المنظمات النقابية في قانون رقم 90-14 في الوقت الذي فتح فيه طريق التعددية النقابية، جعل التشريع الجديد من استقلالية المنظمات النقابية مبدأ قويًا [23]، حيث تنتخب وتجدد هيئات المنظمة النقابية وفقا للمبادئ الديمقراطية طبقا للمادة 14 من قانون رقم 90-[14].

تحظت المنظمة النقابية بتمثيل العمال بمرور ستة أشهر من تأسيسها القانوني وهذا ما يطلق عليه بمعيار الأقدمية طبقا للمادة 34 من قانون رقم 90-14. ويعتبر المعيار العددي أساسيًا، حيث تكون المنظمات النقابية تمثيلية داخل المؤسسة أو على المستوى الإقليمي. وتعتبر المنظمة النقابية تمثيلية عندما تضم 20% على الأقل من العدد الكلي من العمال الذين تشملهم المنظمات النقابية وهذا طبقا للمادة 35 من قانون رقم 90-14، أو يكون للمنظمة النقابية تمثيل20%على الأقل في لجنة المشاركة في حالة تواجدها داخل المؤسسة. وطبقا للمادة 36من قانون رقم 90- 14فإن المعيار المطبق على المنظمات النقابية للعمال خارج الهيئة المستخدمة هو عدد المنخرطين والذي ينبغي أن يضم 20%على الأقل من المنظمات النقابية التمثيلية للاتحادات والاتحاديات أو الكنفدراليات عبر المقاطعة الإقليمية المعنية أو في قطاع أو مهنة ما.

تظهر المصلحة الجماعية للأعضاء كإضافة للمصالح الفردية، ويكون هناك تراكب بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية [24]، لم يحدد التشريع فيما إذا كانت المصالح التي نحن بصددها تتعلق بالمنظمة النقابية، وأعضائها، أو المهنة، أو كل هذه العناصر في نفس الوقت25، وبالرجوع إلى المادة 02 من قانون رقم 90-14 فإن المنظمة النقابية تهتم بمصالح المهنة والفرع وقطاع النشاط، أي يرتبط التنظيم الجماعي للعمال ببقاء وحماية المصالح المادية والمعنوية للعمال طبقا للمادة 02 من قانون رقم 90-14والاعتراف بالنقابات كان بفضل تدخل مفهوم المصلحة الجماعية التي تشكل الأساس القانوني لنشاطها أمام العدالة، فهي تدافع عن مصلحة خاصة، ومصلحة جماعية للمهنة[26]، وطبقا للمادة 16 من قانون رقم 90-14، يمكن للمنظمة النقابية من ممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني أمام الجهات القضائية إذا ألحق ضرر بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية المادية والمعنوية، ويلاحظ أن المشرع لم يعرف المصلحة الجماعية. مستعملا عبارة مصالح أعضائها، وليس المصلحة المهنية، ويبرز هذا الغموض من خلال إدخال تعديلات لقانون 1991 الذي ينص صراحة على الأعضاء المستفيدين من

الدعوى أمام العدالة، وهي مبررة بالنظر لموضوع المنظمة النقابية، والضرر الذي لحق الأعضاء سواء أكان بصفة فردية أو جماعية[27].

تظهر المصلحة الجماعية كمصلحة مختلفة على مجموع مصالح أعضاء النقابة والمصلحة العامة، وتعتبر مصلحة مهنية في وحدتها الجماعية، ويكرس هذا الحل الوجود الجماعي، وإلا كفاعل قانوني على الأقل ومصدر للمصلحة التي يجب حمايتها كما هي [28]، فيتم قبول دعوى المنظمة النقابية أمام العدالة بمجرد الدفاع عن المصلحة الجماعية للمهنة. ولا يرتكز مفهوم المصلحة الجماعية على نشاط المجموعات فقط، بل يشكل أساس النشاط النقابي[29]. ويعتبر التمثيل النقابي قانوني بالنسبة للعمال في اتفاقية العمل الجماعية، إذ يستند إلى حماية العمال من جهة، وعلى فض النزاع الجماعي عن طريق اتفاقية العمل الجماعي من جهة أخرى. ويكون أساس التمثيل مزدوجًا، فيكون موضوع التمثيل حماية للعمال .....حيث يمكن العمال جماعيا من توازن علاقاتهم العقدية مع أرباب العمل، ويعد التمثيل القانوني ضرورة في الحياة القانونية للعمال، وثانيا: فإن اتفاقية العمل الجماعية هي وسيلة للسلم الاجتماعي، وتنهي وتوقي النزاع الجماعي [30].

الفرع الثاني: التفاوض الجماعي أسلوب لإعداد اتفاقية العمل الجماعية

يشكل التفاوض الجماعي أسلوبًا بمقتضاه يقوم الشركاء الاجتماعيين بالتوصل إلى اتفاق فيما بينهم، وترتكز شروط إعداد اتفاقية العمل الجماعية على التفاوض الجماعي، الذي يقتضي وجود مصالح متضادة بين أطراف التفاوض، والوصول إلى اتفاق بين الشركاء الاجتماعيين، ومراعاة رابطة القوة بينهم.أدت التحولات الاقتصادية التي عرفتها الدولة في نهاية الثمانينات إلى ظهور التفاوض الجماعي في قانون رقم 90- 11 من أجل تحسين شروط العمل للعمال، ويضمن القانون سيرورة التفاوض الجماعي بغية الوصول إلى أثار قانونية والمتمثلة في اتفاقيات العمل الجماعية.

يعتبر التفاوض الجماعي حق أساسي أقر للعمال طبقا للمادة 05 من قانون رقم 90-11 على حساب المستخدم. وإذا كانت النقابات العمالية تبحث عن تحسين شروط العمل، فإن المستخدم يتمسك بمصالح المؤسسة، ومع ذلك فإن التفاوض الجماعي يقوم على حماية مصالح العمال، كما أن التفاوض الجماعي وسيلة لتنظيم العلاقات بين العمال والمستخدمين. وتعتبر القواعد المتعلقة بسير التفاوض أساسية من جهة، وتساهم من جهة أخرى في جعل العقد الجماعي قانون الأطراف، ولكن الأكثر أهمية إذا كان ينظم بصفة كبيرة استقلالية الشركاء الاجتماعيين[31].فمنح المشرع للشركاء الاجتماعيين بموجب قانون رقم 90-11 التفاوض الجماعي كحق أساسي للعمال من جهة وإلزام المستخدم بتوفير كل الظروف المناسبة للقيام بالتفاوض بغية الوصول إلى إنشاء قواعد مهنية من جهة أخرى.

ظهر توظيف تطور قانون التفاوض الجماعي، منذ ثلاثين سنة، حيث توقفت الاتفاقية الجماعية تدريجيا على أن تكون مجرد اتفاق بين مصالح أرباب العمل والعمال الممثلين أثناء تفاوضهم، لكي تصبح وسيلة لتحقيق الأهداف التي تعلو على هذه المصالح، ويمس هذا التطور هوية الأطراف المتعاقدة

وموضوع التفاوض[32]، فالغاية من تدخل المشرع في التفاوض الجماعي لا تقتصر على تحقيق المصلحة الجماعية للشركاء الاجتماعيين بل تتعداها إلى تحقيق المصلحة العامة. ونظرا لوجود صعوبات لا يمكن تفاديها في التفاوض فإن المـــشرع قلد لمفتــشية العمل دور خاص من التفاوض إلى تنفيذ القواعد الاتفاقية للعمل.

تم مع ازدهار الالتزام بالتفاوض، فرض موضوع التفاوض على المتعاقدين،[33] حيث حدد المشرع موضوع التفاوض طبقا للمادة 120 من قانون رقم 90-11 والتي تنصب على شروط العمل والتشغيل. فلا يعتبر الالتزام بالتفاوض التزاما بالتعاقد،فيكون من الخطإ رؤية هذا التطور بأنه مجرد تراجع للسلطة الانفرادية للمستخدم، ويكون الأمر الأساسي في كون الأطراف في التفاوض ليسوا متعاقدين أحرارًا، ولا أصحاب موضوع لعقدهم، ولكنهم أصبحوا أعوانًا لتطبيق سياسة المصلحة العامة "سياسات التكوين المهني، المساواة بين الرجال والنساء، والتشغيل ...إلخ"، فالوسائل الملزمة لتحقيق الأهداف يكون تعريفها خارج عنهم[34]، فتدخل السلطات العمومية في التفاوض الجماعي يؤدي إلى تقييد استقلالية الشركاء الاجتماعيين، وذلك بتقييد وحظر حرية تحديد شروط العمل وخاصة الأجور عن طريق التفاوض الجماعي.ويلاحظ صعود تقنيات عقدية أيضا في إعداد القانون، ولكن لا تترجم زيادة الحرية للمتعاقدين بل بالعكس حيث أنها تشارك مصادر القانون، وتتعهد الاتفاقيات بالقواعد التي أفلتت عن إرادة الذين يتفاوضون أو العمل بها[35]، وتوظيف التقنيات العقدية" اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية وعقد العمل "كمصادر للقانون من قبل المشرع، حيث تم تحديد موضوعها وأطرافها ومجال التفاوض عن طريق التشريع بصفة مسبقة، وهنا لا يمكن التمسك باتساع الحرية العقدية بالنسبة للشركاء الاجتماعيين.

يجب أن تتكيف القواعد المطبقة على العلاقات مابين العمال والمستخدمين مع رغبات العمال ومع مقتضيات ووسائل المؤسسة في نفس الوقت [36]، أي يستجيب التفاوض الجماعي لمطالب العمال وأرباب العمل، فهو يجـــمع بين الـــتطور الاجـــتماعي والتطور الاقتصادي، ويحاول التوفـــيق بين مصالح العمال والمؤسسة .

المطلب الثاني: دور اتفاقية العمل الجماعية

لم تعد اتفاقية العمل الجماعية مجرد عقد بل أصبحت وسيلة قانونية متنوعة الوظائف كضبط شروط العمل. ويكون المطلوب من الشركاء الاجتماعيين التعريف بالقواعد المطبقة على علاقاتهم المتبادلة بأنفسهم، ويجب أن تتكيف القواعد مع رغبات العمال والمقتضيات في نفس الوقت [37]. ولاتفاقية العمل الجماعية عدة أدوار، حيث تلعب دورًا في إنتاج القاعدة القانونية "الاجتماعية" والتي تشكل العنصر الأساسي للديمقراطية الاجتماعية، وعلى رغم أن اتفاقية العمل الجماعية لم تعالج دستوريا، ومع ذلك أصبحت عنصرًا مهمًا في إنتاج القاعدة القانونية" الاجتماعية"تحت سلطان التشريع.

أقر القانون لاتفاقية العمل الجماعية وظيفة تتمثل في اعتبارها مصدر للقانون المهني، حيث يتولى فيها الشركاء الاجتماعيين سلطة إعداد قواعد مهنية، ولم تعرف اتفاقية العمل الجماعية ذات الروح

الليبرالية في العادات الجزائرية، إذ نشأت هذه الأخيرة عن العلاقة بين الفاعلين المهنيين من أجل ضبط شروط العمل[38]، وعكس الاقتصاد الليبرالي الذي يكون فيه التفاوض بقصد ابرام اتفاقية العمل الجماعية ،وهي راسخة بشدة في ثقافة المؤسسة، وقد أسست السلطات الجزائرية في بداية الاستقلال اقتصاد موجه أين كان جزء من النشاط الجماعي غير موجود [39]، ونص المشرع على الاتفاقية الجماعية في القطاع الخاص في المادة 3/2 من قانون رقم 78- 12 [40]، ومع تبني الدولة لاقتصاد السوق، كرس المشرع في التسعينيات التفاوض الجماعي لإبرام اتفاقية العمل الجماعية كمصدر مهني لقانون العمل.

لا تستجيب اتفاقية العمل الجماعية في المرحلة الحالية لوظيفتها الأولى، وهي تحديد شروط العمل والتشغيل للمؤسسة المعنية، فهي نسخة من التشريع تحال على الاتفاقات اللاحقة، وهي تشكل مع ذلك مصدر مهني للقانون خاصة لتنظيم الحياة المهنية للعامل، وتحديد الأجر ومكوناته خارج الحد الأدنى للأجر الأدنى المضمون[41] .

أمام تراجع الدولة في دورها من منظم إلى ضابطة في علاقات العمل، فقد منح المشرع للشركاء الاجتماعيين جزءًا من صلاحياته، حيث يشجع التشريع على التفاوض الجماعي، وتلهم اتفاقية العمل الجماعية التشريع. وينظر إلى الترابط بين التشريع واتفاقية العمل الجماعية من زاوية التكامل والفاعلية للقاعدة الاجتماعية (أولا)، كما أصبحت اتفاقية العمل الجماعية وسيلة للتطور الاجتماعي والتنظيمي(ثانيا).

الفرع الأول: تكملة التشريع من قبل اتفاقية العمل الجماعية

إن لاتفاقية العمل الجماعية مهام مختلفة فهي تكمل التشريع عندما ينص القانون على إحالة صريحة للاتفاقية الجماعية لتحديد شروط تطبيق القانون،كما تأتي لتحسين حالة العمال بموجب نصوص أكثر نفعا من القانون، فهي تنشأ وتمنح حقوقا جديدة للعمال لها علاقة بمواضيع لم يتم تنظيمها من قبل القانون[42]، ويكون التشريع موضوع تكملة اتفاقية، حيث تترك لهذه الأخيرة تأطير بعض المسائل التي لم يتطرق إليها.

و"يمكن أن تنظم مسألة معينة بقاعدة اتفاقية في حالة عدم وجود تنظيم قانوني لها فيكمل القانون الاتفاقي النقص في التشريع"[43]، فمثلا لم يعالج المشرع التحول الجغرافي فهنا تتدخل اتفاقية العمل الجماعية لتنظيمه. *"يمكن للقانون الاتفاقي أن يتدخل باستكمال بعض الجوانب التي لم يتضمنها القانون، مثل وضع آليات اتفاقية لتسوية النزاعات الفردية أو الجماعية، وكذلك إقرار تعويضات ومنافع أو امتيازات مالية جديدة للعمال أكثر فائدة من تلك التي أقرها القانون"*[44].

لعب اتفاقية العمل الجماعية دورا مهما في تطوير التشريع،*فيمكن أن تنشأ قاعدة اتفاقية تنظم موضوع معين، ثم يتم تنظيمها تشريعيا بعد ذلك"*[45]، فتكون للمشرع إمكانية تبنى اتفاقية العمل الجماعية كتشريع.

الفرع الثاني: اتفاقية العمل الجماعية وسيلة للتطور الاجتماعي والتنظيمي

أصبحت اتفاقية العمل الجماعية الوسيلة التي بمقتضاها يتم إعادة المساواة بين الأطراف وإعادة التـــوازن في الالتزامات.وتعد اتفاقية العمل الجـــماعية وسيلة للترقية الاجـــتماعية (أولا)، ووسيلة تنظيمية (ثانيا).

أولا: اتفاقية العمل الجماعية وسيلة للترقية الاجتماعية

تعد الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية وسائل رئيسية للترقية الاجتماعية، فأصبح من الممكن مناقشة شروط التشغيل والعمل بصفة متناقضة بين ممثلي العمال وأرباب العمل كالأجور، وممارسة الحق النقابي طبقا المادة 120 من قانون رقم 90-11 عن طريق التفاوض الجماعي. وبمناسبة حل التنازع بين القواعد التشريعية والقواعد الاتفاقية جاءت اتفاقية العمل الجماعية لتحسين القواعد التشريعية دون مخالفتها لما هو أقل منفعة للعمال، وتتضمن اتفاقية العمل الجماعية قواعد أكثر نفعا من التشريع والتنظيم وهذا ما يطلق عليه بالنظام العام الاجتماعي. يمكن مخالفة النظام العام الاجتماعي لما هو أصلح للعامل، فيمكن التنازل عن الحماية الدنيا المقررة بموجب قواعد النظام العام الاجتماعي إلى ما هو أنفع منه 46، طبقا للمادتين 62 و118 من قانون رقم 90-11 [47].

يسمح لاتفاقية العمل الجماعية من التطبيق باعتبارها قاعدة دنيا وتتضمن أحكام أكثر نفعا من القواعد التي تكون أعلى منها كالتشريع والتنظيم مخالفة بذلك مبدأ تدرج القوانين. ومنحت هذه القواعد لاتفاقية العمل الجماعية غاية اجتماعية، وعملت هذه الأحكام بالأساس على إنشاء وتطوير النظام العام الاجتماعي، فإذا كان هذا الأخير يعمل على حماية مصلحة العامل، حيث تشكل قواعده الحماية الدنيا المقررة تشريعا وتنظيما للعامل، فلا يجوز الإنقاص أوالتنا زل عنها،إلا أنه يمكن الزيادة بما هو أنفع و أصلح للعامل، من خلال تضمن اتفاقية العمل الجماعية على مزايا كثيرة للعمال، وهذا ما يطلق عليه قاعدة الأكثر نفعا للعمال.

ثانيا: اتفاقية العمل الجماعية وسيلة تنظيمية

تشكل اتفاقية العمل الجماعية مصدرًا لقواعد قانونية موضوعية، حيث يتم تكييفها بأنها عقد في ابرامها، ونظام (لائحة) في أثارها .وتكون اتفاقية العمل ذات طبيعة تنظيمية عندما تطبق على عقود العمل، فهذا الجزء التنظيمي يمنح لاتفاقية الجماعية أصالتها[48].وتكمل الغاية التنظيمية التي أقرتها وذلك بسماح لعدد كبير من العمال بالاستفادة من المزايا التي تتضمنها[49]، ويظهر التفاوض الجماعي كوسيلة لمناقشة المسائل الاجتماعية والتغيرات الهيكلية التي تعرفها المؤسسة في الحدود التي رسمها القانون.

تتميز أثار اتفاقية العمل الجماعية بخصائص القانون أو النص التنظيمي مثل العمومية والتجريد والإلزامية، وتسري على جميع العمال دون تمييز بين المهيكلين وغير المهيكلين في النقابة[50]، وإذا كانت اتفاقية العمل الجماعية عقدا في إبرامها، وتنظيما في آثارها،فإنها تشكل مساسا بمبدإ الأثر النسبي للعقد، لأنها تطبق على مجموعة من الأشخاص لم يرضوا بمضمونها. وتحكم اتفاقية العمل الجماعية كافة

العمال التابعين للمهنة أو القطاع أو المؤسسة التي تطبق عليها الاتفاقية، وقت إبرامها، والعمال الذين يوظفون لاحقا[51]. وقد تستبعد اتفاقية العمل الجماعية من تطبيقها بعض الفئات المهنية كالعمال الأجانب، والعمال في مدة التجريب، والعمال المتعاقدين لمدة محددة.

المبحث الثاني: مكانة اتفاقية العمل الجماعية ضمن مصادر قانون العمل

ترتكز دراسة علاقة المصادر على محورين وهما البحث عن النظام والإنسجام الذي يتضمن إظهار النظام التدرجي، وحل التنازع بين القواعد[52]، أي تسمح هذه العلاقة بين المصادر على إيجاد النظام من جهة، وحل التنازع المطروح بينهم من خلال تحديد القاعدة المطبقة في حالة تنازع مصدرين من جهة أخرى . وإذا كان لقانون العمل مصادر داخلية ودولية فإن البحث عن مرتبة اتفاقية العمل الجماعية ضمن مصادر قانون العمل، يقتضي استبعاد المصادر الدولية والاكتفاء بالمصادر الداخلية.وتتحدد مكانة اتفاقية العمل الجماعية بالتطرق لعلاقاتها بالمصادر الأخرى. كما يستلزم مبدأ تدرج القوانين معرفة مكانة اتفاقية العمل الجماعية في هذا التدرج للمصادر سواء تعلق الأمر بالتشريع العمل (المطلب الأول)، أو عقد العمل والنظام الداخلي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: علاقة اتفاقية العمل الجماعية بالتشريع

تعد اتفاقيات العمل الجماعية مصدرا للقواعد التي تكون في الغالب مختلفة عن القواعد القانونية[53]، وظهور الاتفاقية الجماعية في النظام القانوني الصادر عن الدولة، قد أدى إلى تعريف العلاقات التي تقيمها هذه الأخيرة أثناء تطبيقها مع القواعد القانونية والتنظيمية القابلة للتطبيق على نفس علاقات العمل[54]. ففي علاقة قانون العمل الاتفاقي بالقوانين العادية يقع القانون الاتفاقي في مرتبة أدنى من القانون العادي، وفقا لمعيار الشكل القانوني ذلك لأن القانون العادي هو الذي ينظم الاتفاقات الجماعية، وبالتالي فهو الأساس المباشر للقواعد الاتفاقية الناشئة عنها، وكذلك وفقا لمعيار التدرج وفقا للقوة القانونية ،فإن القانون الاتفاقي يقع في أدنى مرتبة من القانون العادي، فالاتفاق العمل الجماعي لا يمكنه مخالفة القوانين ولوائح السارية[55]، ويتم ترتيب القواعد القانونية حسب معيار الشكل القانوني كمايلي: التشريع الأساسي(الدستور)، والتشريع العادي (القوانين)، والتشريع الفرعي(النصوص التنظيمية)، فيكون الدستور في مرتبة أعلى من التشريع العادي.أما معيار التدرج وفقا للقوة القانونية، فيكون تدرج القواعد القانونية حسب قوتها القانونية كسمو القانون العادي على التنظيم، وهنا يكون القانون أعلى من التنظيم .وهنا وجب التمييز بين حالتين: علو القانون على اتفاقية العمل الجماعية (الفرع الأول)، ولكن تحمل اتفاقية العمل الجماعية في طياتها تحسين وضعية العامل، أي تتضمن اتفاقية العمل الجماعية مزايا أكثر نفعا للعمال ،فهنا يتم حلول اتفاقية العمل الجماعية محل التشريع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: علو التشريع على اتفاقية العمل الجماعية

يتم المحافظة على علو التشريع لأن هذا الأخير بذاته ينص ويرخص هذا الاستثناء للأحسن[56]، أي يحتل التشريع مرتبة عليا، لأنه يحافظ على الخاصية الآمرة، كما أن التشريع هو الذي ينظم حالات

مخالفته لما هو أحسن للعامل. وتعتبر اتفاقية العمل الجماعية وسيلة لتنظيم علاقات العمل، وتقتضي معالجة علاقة التشريع باتفاقية العمل الجماعية كمصادر لقانون العمل إبراز سمو التشريع على اتفاقية العمل الجماعية.ويراد بالتدرج رابطة قانونية دوما، وهي تسمح بتسليط الضوء على السمو التدريجي للتشريع على الاتفاقية الجماعية[57]، ويتضمن السمو التطبيق الآمر للتشريع على اتفاقية العمل الجماعية، إذا كانت القواعد القانونية آمرة مرتبطة بتشريع العمل فهنا يسمو التشريع على اتفاقية العمل الجماعية. ويكرس سمو تشريع العمل على اتفاقية العمل الجماعية من خلال تنظيم اتفاقية العمل الجماعية من اختصاص التشريع (أولا)، وخـضوع اتفاقية العمل الجـماعية لتشريع العمل المتعلق بالنظام العام المطلق(ثانيا).

أولا:تنظيم اتفاقية العمل الجماعية من اختصاص التشريع

علاقة اتفاقية العمل الجماعية بالتشريع حسب المعيارين للتدرج فإن الاتفاقية الجماعية هي أدنى من التشريع، وكذلك في التدرج حسب الاشتراط لأن التشريع هو أساس صحة الاتفاقيات الجماعية، وهذا التشريع هو إذن القاعدة المباشرة العليا بالنظر إلى اتفاقية الجماعية، وفي التدرج حسب القوة القانونية فإن الاتفاقية تكون في مرتبة أدنى من التشريع ولأنه مبدئيا لا يمكن لها أن تخالف القواعد التشريعية[58]، لأنه في الحقيقة تنظيم اتفاقية العمل الجماعية يكون من اختصاص القانون والتنظيم. ويكون المشرع مختصًا في مجال القانون الاجتماعي وبالأخص في تشريع العمل طبقا للمادة 140 /17 من التعديل الدستوري لسنة 2016 [59]، وأصبحت المادة 18/139 من التعديل الدستوري لسنة 2020، وينصب موضوع النص على مجالات اختصاص المشرع، حيث يلاحظ عدم معالجة الدستور لعلاقة العمل باتفاقية العمل الجماعية، و لم يتم حصر مجال اتفاقية العمل، ولا التفاوض الجماعي، لكن المشرع نظم أحكام اتفاقية العمل الجماعية في المواد من 114 إلى 134 من قانون رقم 90-11 في الباب السادس تحت عنوان " التفاوض الجماعي " . فيكون تشريع العمل أعلى من اتفاقية العمل الجماعية، لأن المشرع يكون مختصًا في تنظيم اتفاقية العمل الجماعية.

توضع النصوص القانونية المتعلقة باتفاقيات العمل الجماعية كإطار تنظيمي بامتياز لعلاقات العمل الجماعية، وبذلك كنصوص ذات نظام عام مطلق في طبيعتها [60]، أي هناك علاقات تنظيمية للعمل سواء تعلق الأمر بالعلاقة بين اتفاقية العمل الجماعية والقانون، وكذلك النصوص القانونية المنظمة للتمثيل النقابي. ويعتبر تسجيل اتفاقية العمل الجماعية على مستوى مفتشية العمل، وكتابة ضبط المحكمة المختصة إقليميا مرحلة تكتسي بمقتضاها اتفاقية العمل الجماعية القوة الإلزامية طبقا للمادة 127 من قانون 90-11، لكن المحكمة العليا اعتبرت التسجيل تدبير يتعلق بالإشهار وعدم احترامه، لا يترتب عنه أي جزاء[61]. ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة 152 من القانون المذكور أعلاه، فيترتب عن مخالفة التسجيل والإيداع اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية عقوبة[62] .

الشروط التي تتضمنها اتفاقية العمل الجماعية هي شروط مراجعتها ونقضها طبقا للمادة 14/120 من قانون رقم 90-11. والنقض هو إمكانية ممنوحة للموقعين على اتفاقية العمل الجماعية بقطعها، إذا ما تبين لهم أثناء التنفيذ أن هناك صعوبات اقتصادية واجتماعية[63]، ويمارس حق النقض جزئيا أو كليا من قبل الأطراف المتعاقدة، وعند النقض يوجه الطرف المعني رسالة موصى عليها توجه نسخة منها لمفتش العمل، ولا يجوز النقض إلا بعد مرور 12 شهرا من تاريخ تسجيل الاتفاقية طبقا للمادة 131 من قانون رقم 90-11. ويترتب عن النقض الالتزام بالتفاوض لإبرام اتفاقية عمل جماعية جديدة بمجرد تبليغ الأطراف في ظرف 30 يوما من تاريخ النقض طبقا للمادة 133 من قانون رقم 90-11. وينتج في حالة رفض التفاوض في الآجال القانونية عقوبة [64].

أما فيما يتعلق بالمعايير القانونية للتمثيل فهي ثابتة، وهذا ما اتجهت إليه إرادة المشرع، وتمثل هذه المعايير المقتضيات الأساسية التي يطرحها المشرع، وهي مجتمعة أيضا، حتى تستفيد النقابة من الامتيازات المرتبطة بالتمثيل [65]، ويكون التمثيل للمنظمة النقابية للعمال وفقا للمعايير الثلاثة المحددة قانونا: الأقدمية طبقا للمادة 34 من قانون رقم 90- 14، ومعيار عدد المنخرطين طبقا للمادتين35 و36 من قانون رقم 90- 14، ومعيار الاشتراكات وفقا للمادتين 23 و2/36 من قانون رقم 90-14. واجتماع هذه المعايير يمكن النقابة من تحقيق المصالح المادية والمعنوية للعمال. ويترتب عن عدم إبلاغ السلطة الإدارية عن العناصر التي تسمح بتقدير تمثيلية المنظمات النقابية على أنها غير تمثيلية طبقا للمادة 37 مكرر من قانون رقم 90- 14.

ثانيا: خضوع اتفاقية العمل الجماعية لتشريع العمل المتعلق بالنظام العام المطلق

لا يجوز لاتفاقية العمل الجماعية مخالفة تشريع العمل لأن قواعده آمرة من النظام العام حتى ولو كانت لمصلحة العامل. ويترجم النظام العام المطلق مقتضيات المصلحة العامة التي ستتجاوز تلك المتعلقة بحماية الأجراء [66]،أي تغليب المصلحة العامة العليا على المصلحة الخاصة للعامل. وهنا وجب التأكيد على أن معظم قواعد قانون العمل بأنها قواعد آمرة فجزء منها مرتبط بالنظام العام المطلق، أما الجزء الأخر فهو متعلق بالنظام العام الاجتماعي. وتخضع اتفاقية العمل الجماعية لتشريع العمل إذا كانت قواعده متعلقة بالنظام العام المطلق. ويرتكز النظام العام المطلق غالبا على قيم جماعية مطلقة أو على مقتضيات المصلحة العامة، ولكن تخضع في بعض الأحيان إلى ضرورة الرقابة البسيطة، وكذلك مدة وأوقات العمل التي كانت منذ بداية القرن العشرين آمرة[67]، فتحديد مدة العمل يكون من اختصاص المشرع دون الشركاء الاجتماعيين، حيث تحدد مدة العمل بـ 40 ساعة في ظروف العمل العادية طبقا للمادة 02 من أمر رقم 97-03 [68]. كما أن قواعد النظام العام المطلق هي نصوص تشريعية لا يمكن مخالفتها حتى وإن كانت لمصلحة العمال، لأن المشرع يبقى الضامن للمصلحة العامة. ويعتبر الحد الأدنى للأجر المضمون قاعدة من النظام العام لا يجوز لاتفاقية العمل الجماعية مخالفتها، أي لا يمكن الاتفاق في اتفاقية العمل الجماعية على أجـر أقل من الحد الأدنى المضمون، طبقا للمادة 87 من قانون

رقم 90-11 [69].

ويلاحظ أن هناك عدة نصوص تحظر التمييز هي من النظام العام المطلق، فهي تعرض في علاقات العمل تصور سياسي للمساواة بين الناس [70]، حيث كرس المشرع حظر التمييز في المادة 17 [71]من قانون رقم 90-11 ، ويتم استبعاد القاعدة الاتفاقية ذات مصدر مهني باعتبارها قاعدة دنيا حتى وإن كانت نافعة للعمال أمام القاعدة العليا المانعة، فتكون القاعدة القانونية التي تحظر التمييز من النظام العام المطلق، وإذا خالفت القاعدة الاتفاقية أحكام النص التشريعي يكون جزاؤها البطلان قي شقها المدني، وبغرامة مالية[72].فهذا الجزاء المقرر في حالة مخالفة اتفاقية العمل الجماعية للنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام .

يكون اختصاص الجهات القضائية مجال لقواعد النظام العام المطلق، حيث يعتبر الاختصاص النوعي للقسم الاجتماعي من النظام العام المطلق وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية [73]. حيث لا يسمح باستبعاد اختصاصها للجهة أخرى بموجب قاعدة اتفاقية، لأن سير وتقسيم الأجهزة القضائية يراعي بدرجة أولى المصلحة العامة العليا [74]. وتعد مهام مفتشية العمل [75] من قواعد النظام العام المطلق، حيث تـسهر على رقابة علاقات العمل، فهذا المجال محـصور على المشرع، ومحظور على الشركاء الاجتماعيين.

الفرع الثاني: حلول اتفاقية العمل الجماعية محل التشريع

احتراما لمبدأ تدرج القوانين، لم ينص الدستور على علو التشريع على اتفاقية العمل الجماعية، ولا عن مكانتها في تدرج المصادر، ومع ذلك يمكن استخلاص مكانتها، حيث رتبت المادة 137 من قانون رقم 90-11اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية بعد التشريع والتنظيم [76]، أما فيما يتعلق بالمادة 137 [77] .

ووجب التمييز في التشريع بين النصوص المتعلقة بالنظام العام والتي بمقتضاها لا يمكن للشركاء الاجتماعيين مخالفتها، والتشريعات المكملة التي يمكن استبعادها باتفاق مشترك للأطراف[78]، أي تخضع اتفاقية العمل الجماعية للتشريع إذا كان النص يتعلق بالنظام العام، وتسمو اتفاقية العمل الجماعية على التشريعات المكملة.وإن التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة في قانون العمل وجب أن يكون دقيقًا من عدة أوجه، فمن جهة فكل ما يتعلق بالقوانين الآمرة، والاختلال الجوهري في توازن علاقة العمل والغاية الحمائية لقانون العمل أدت إلى قبول الخاصية النسبية لهذه الخاصية الآمرة والتي تسمح لاتفاقية العمل الجماعية بتحسين النص القانوني الآمر أو النظام العام[79]، إذ يمكن لاتفاقية العمل الجماعية مخالفة القاعدة الآمرة المتعلقة بالنظام العام الاجتماعي إذا كانت تسعى إلى تحسين وضعية العمال.

ويراد بالنظام العام الاجتماعي النصوص الآمرة التي تسمح بتحسين من وضعية العمال [80]، حيث تقبل التشريعات والتنظيمات المتعلقة بقواعد النظام العام الاجتماعي بتحسينات لفائدة العمال وذلك عن طريق إنشاء قواعد أكثر نفعا للعمال.ويعتبر النظام العام الاجتماعي كآلية لدمج القاعدة الاتفاقية في النظام القانوني للدولة من جهة، و من جهة أخرى فهو آلية للتدرج[81] ، أي يسمح النظام العام الاجتماعي

لاتفاقية العمل الجماعية بمخالفته، وبالتالي دمجها ضمن مصادر قانون العمل، ويكرس سموها عليه من حيث تدرج القواعد.

يشكل التغليب التشريعي والقاعدة القانونية الآمرة الإطار المثالي لوظيفة التحسين لاتفاقية العمل الجماعية، ويشجع ازدهار التشريعات المكملة الوظائف الجديدة لاتفاقية العمل الجماعية في التسيير والتكيف [82]، لم تقتصر وظيفة اتفاقية العمل الجماعية على تحسين النصوص القانونية المتعلقة بحماية العمال بل تعدتها إلى تسيير المؤسسة، وتكيفها مع مقتضيات المنافسة. ويتم استبعاد تشريع وتنظيم العمل عن طريق اتفاقية العمل الجماعية التي تتضمن نصوص أكثر نفعا للعمال، وهنا يتعلق الأمر بوظيفة اتفاقية العمل الجماعية والمتمثلة في تحسين وضعية العامل.

بمجرد إنشاء الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية يبحث المشرع عن تأطير هذه الممارسة وذلك بالاعتراف بإمكانية أن تتضمن الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية على نصوص أكثر نفعا للعمال من التشريع [83]، وورود قاعدة الأكثر نفعا للعامل في قانون رقم 90-11 يكون بمناسبة تطبيق التنازع بين القواعد التشريعية والقواعد الاتفاقية لعلاقات العمل، أي كلما كان التنازع بين قاعدتين فإن القاعدة الواجبة التطبيق هي القاعدة التي لا تنقص من الحقوق الدنيا المقررة تشريعا وتنظيما للعمال بل تزيد منها حماية للعامل دون مراعاة التدرج الهرمي[84].

وتطبيق قاعدة الأكثر نفعا للعمال تفترض وجود تنازع بين قواعد قانون العمل، وتتضمن أن يكون حلها بتغليب القاعدة الأكثر فائدة للعمال [85]، فاستبعاد قاعدة تشريعية تتعلق بالنظام العام كقاعدة الأجر الأدنى المضمون ليحل محلها أجر أعلى قد تتضمنه اتفاقية العمل الجماعية أو عقد العمل باعتباره أسمى.فعندما يكون التنازع بين التشريع والاتفاقية العمل الجماعية فإن تطبيق القاعدة الأكثر نفعا هي التي تسمو في التطبيق حتى وإن كان التشريع يتضمن قواعد من النظام العام [86]،

كرس المشرع قاعدة الأكثر نفعا للعمال التي تأتي لتحسين وضعية العمال[87]، ومنح لاتفاقية العمل الجماعية إمكانية مخالفة القاعدة القانونية في وضعيات خاصة، بالإضافة إلى أنه يمكن لاتفاقية العمل الجماعية تحديد شروط اللجوء إلى الساعات الإضافية مخالفة بذلك القاعدة القانونية [88]، فيجوز للمستخدم أن يطلب من أي عامل أداء ساعات إضافية زيادة على المدة القانونية للعمل دون أن تتعدى 20% من المدة القانونية طبقا للمادة 31 من قانون رقم 90-11. ويسمح القانون مخالفة هذه القاعدة في الحالتين:- الوقاية من الحوادث الوشيكة الوقوع أو إصلاح الأضرار الناجمة عن الحوادث.-إنهاء الأشغال التي يمكن أن يتسبب توقفها، بحكم طبيعتها، في أضرار.ويتم استشارة ممثلوا العمال وجوبا، وإعلام مفتش العمل المختص إقليميا بصفة إلزامية طبقا للمادة 31 من قانون رقم 90-11. وهنا يمكن القول أن مخالفة اتفاقية العمل الجماعية للقاعدة التشريعية لما هو أحسن يشكل مساسًا لتدرج المصادر وذلك بسماح لاتفاقية العمل الجماعية باستبعاد التشريع المطبق.

والسؤال الذي يطرح هو معرفة ما إذا كان النظام العام الاجـتماعي يسمح لاتفاقية العمل الجماعية

بإدراج شروط أقل نفعا للعمال، ولا يبدو ذلك في حالة تطبيق المادة 153 من قانون رقم 90-11 [89]، أي احترام أحكام اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية من احترام التشريع، فإنقاص اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية من الحقوق المقررة قانونا يؤدي إلى بطلانها.

المطلب الثاني:علاقة اتفاقية العمل الجماعية بعقد العمل والنظام الداخلي

يدرج عقد العمل والنظام الداخلي كمصدرين آخرين في النظام القانوني لقانون العمل، حيث يهتم العقد بالاستقلالية الفردية، أما اتفاقية العمل الجماعية بالاستقلالية الجماعية.ويلاحظ أن السلطات التي يتمتع بها المستخدم في وضع النظام الداخلي تؤثر على اتفاقية العمل الجماعية. ولفهم علاقة اتفاقية العمل الجماعية مع المصدرين، وجب التطرق إلى علاقة اتفاقية العمل الجماعية مع عقد العمل(الفرع الأول)، وعلاقة اتفاقية العمل الجماعية مع النظام الداخلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: علاقة اتفاقية العمل الجماعية بعقد العمل

يكون لاتفاقية العمل الجماعية نفس الأثر لقانون الدولة في علاقتها مع عقد العمل، ويتسع هذا الأثر إلى كل العقود السارية على العمال التابعين للمؤسسة أين تكون الاتفاقية مطبقة، ولايهم إن كان العمال أعضاء أو غير أعضاء في النقابة الموقعة[90]، أي تخضع عقود العمل الفردية إلى اتفاقية العمل الجماعية لما تحويه من مزايا للعمال، بالإضافة إلى أن احترام مبدأ تدرج القوانين يقتضي أن يخضع المصدر القانوني الأدنى إلى المصدر القانوني الأعلى كما هو الشأن في خضوع عقد العمل إلى اتفاقية العمل الجماعية (أولا)، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، حيث يسمو عقد العمل على اتفاقية العمل الجماعية إذا كان يحمل بنود أكثر نفعا من اتفاقية العمل الجماعية(ثانيا).

أولا : سمو اتفاقية العمل الجماعية على عقد العمل

يستمد تأثير القاعدة الاتفاقية على عقد العمل أصلها من القانون المدني[91]، أي تستمد القاعدة الاتفاقية قوتها الإلزامية في تأثيرها على عقد العمل من المادتين 106 مدني، و118 من قانون رقم 90-11. ويكون لبنود اتفاقية العمل الجماعية القوة الملزمة، ولهذا تطبق على كل عقود العمل."*ووفقا لتدرج القوة القانونية فإن قانون العمل الاتفاقي أقوى من عقد العمل الفردي ذلك لأن الإرادة الجماعية أقوى من الإرادة الفردية فلا يمكن أن يخالف عقد العمل الفردي قواعد قانون العمل الاتفاقي"* [92]، وحسب تدرج القوة القانونية فإن اتفاقية العمل الجماعية تسمو على العقد الفردي، لأن الأثر الإلزامي لاتفاقية العمل الجماعية هو الذي يجعلها تعلو تدريجيا على عقد العمل.ويفرض المصدر الجماعي على كل الأجراء في المؤسسة [93]، وتطبق اتفاقية العمل الجماعية على كل عقود العمل المبرمة مع المستخدم الذي يرتبط باتفاقية العمل الجماعية سواء كانت العقود مبرمة سابقا على اتفاقية العمل أو لاحقة لها، ولا يلزم عمال الهيئة المستخدمة بالانضمام إلى النقابة الموقعة [94]، أي تسري أحكام اتفاقية العمل الجماعية على العمال وأرباب العمل والنقابات التي تكون طرفا في العقد سواء كان العمال منضمون أو غير منضمون إليها.

يلزم طرفي عقد العمل باحترام أحـــكام اتفــاقية العمل الجماعية، حيث يترتب عن مخالفتها بطلان

الشرط الذي يؤدي إلى إنقاص من حقوق العامل [95] وبالرجوع إلى المادة 118 من قانون رقم 90-11 تفرض الأحكام الأكثر نفعا الواردة في اتفاقيات العمل الجماعية على كل العمال. وتفرض على المستخدم الذي يلزم باحترام الالتزامات المتضمنة في اتفاقية العمل الجماعية، والتي تنشأ حقوق لفائدة العمال الخاضعين لها[96]، أي تعتبر القواعد الاتفاقية قواعد ملزمة، حيث تفرض بصفة آمرة على عقود العمل .فالقواعد الاتفاقية في علاقتها بعقود العمل الفردية وما شابهها فهذه القواعد لها طبيعة آمرة وتتعلق بالنظام العام الأصلح للعامل [97]، فلا يجوز لعقود العمل مخالفة اتفاقيات العمل الجماعية طبقا للمادة 118 من قانون رقم 90-11إلا إذا تضمنت شروط أنفع للعمال. فإلزام الهيئة المستخدمة باحترام أحكام اتفاقية العمل الجماعية، لأنها تتضمن شروط أكثر نفعا للعمال، وهنا يكون فرض أحكام اتفاقية العمل الجماعية كمصدر أعلى على شروط عقد العمل التي تعد كمصدر أدنى.

ثانيا: تطبيق أحكام عقد العمل أكثر نفعا واستبعاد اتفاقية العمل الجماعية

تسمح المادة 118 من قانون رقم 90-11 إذا تضمن عقد العمل أحكاما أنفع للعمال بمخالفة اتفاقية العمل الجماعية، حيث تنتقل الخاصية الآمرة من اتفاقية العمل الجماعية إلى عقد العمل، وتفقد اتفاقية العمل الجماعية تأثيرها لفائدة الشروط النافعة في عقد العمل، وتبقى هذه الأخيرة استثناء على الخاصية الآمرة لاتفاقية العمل الجماعية، ويستخلص ذلك من العبارة *"**إلا إذا** كانت هناك أحكام أنفع"*.وهنا وجب الإشارة إلى أن المشرع لم يستعمل عبارة " أكثر نفعا" كما هو الشأن في تغليب اتفاقية العمل الجماعية على العقود، وإنما اكتفى باستخدام عبارة " أحكام أنفع" في حالة مخالفة عقود العمل اتفاقيات العمل الجماعية.

يخضع عقد العمل إلى القواعد العامة، وتمنح له القوة الملزمة طبقا لأحكام المادة 106 مدني، وتؤكده أحكام المادة 118 من قانون رقم 90-11، حيث يستثنى تطبيق أحكام اتفاقية العمل الجماعية إذا كان عقد العمل يتضمن أحكام نافعة.ويستنتج من النصين السابقين أن عقد العمل يستمد قوته من العناصر العقدية، ووضوح بنوده تقوي ثباته أمام اتفاقية العمل الجماعية كمصدر أعلى . فإضفاء الصبغة العقدية على مكان العمل، ومدة العمل، والمزايا تكون محل مقارنة مع البنود الاتفاقية التي تخالفها.تكتسب قوتها طبقا للمادة 118 من قانون رقم 90-11. وهنا يمكن استخلاص أن تطبيق قاعدة الأكثر نفعا للعمال تتضمن تعارض مع مبدإ تدرج القوانين.

إن قاعدة الأكثر نفعا للعمال تؤدي إلى زيادة الظاهرة العقدية في قانون العمل بهدف ضمان تغليب عقد العمل.والغموض الذي يكتنف نص المادة 118 من قانون رقم 90-11 يجعل قراءته صعبة على مستوى ترابط مختلف القواعد الاتفاقية والعقدية ،وتطبيق مبدأ الأكثر نفعا[98]. وبسبب استقلالية القواعد القانونية، فلا يمكن لاتفاقية العمل الجماعية أن تعدل عقد العمل[99]، حيث بالرجوع إلى المادة 63 من قانون رقم 90-11 فيمكن تعديل شروط عقد العمل بالإرادة المشتركة للمستخدم والعامل، ففي هذه الحالة يستطيع العامل إدراج شروط اتفاقية أكثر نفعا في عقد العمل إذا كانت الشروط العقدية أقل نفعا

له. فالأحكام *"الأنفع المضمنة في عقود العمل"*يتم فحصها حالة بحالة، ويبدو أن البند الأكثر نفعا المنصوص عليه في اتفاقية العمل الجماعية يكون تطبيقه بصفة انفرادية، كما هو الشأن في الالتزامات الجديدة كالتحول الجغرافي الذي لم ينص عليه العقد،أو التغير في عقد العمل من توقيت كامل إلى توقيت جزئي[100]، ففي هذه الحالة يتم تعديل عقد العمل بموجب اتفاقية العمل الجماعية إذا كانت تملي قواعد أكثر نفعا للعمال طبقا للمادة 62 من قانون رقم 90-11، أي تحل بنود اتفاقية العمل الجماعية الأكثر نفعا محل البنود العقدية الأقل نفعا.

وكرس المشرع جواز مخالفة اتفاقية العمل الجماعية إذا كان عقد العمل يتضمن أحكام أنفع للعامل طبقا للمادة 118 من قانون رقم 90-11. *"ومبد أجواز مخالفة أي مصدر من مصادر قانون العمل لصالح العمال يعد من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون العمل"*[101]،أي يمكن تغليب الأحكام الأنفع المضمنة في عقد العمل على أحكام اتفاقيات العمل الجماعية.

الفرع الثاني: علاقة اتفاقية العمل الجماعية بالنظام الداخلي

منذ إصلاح قانون العمل سنة 1990 اتسع النظام الداخلي بجانب اتفاقية العمل الجماعية لشغل مكانة هامة كأداة لإنشاء القواعد التي تطبق على علاقات العمل الفردية [102]، وعرفه المشرع في المادة 77 [103] من قانون رقم 90-11، وينجم النظام الداخلي عن إرادة منفردة للمستخدم وهو ينصب على القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط، يلزم المستخدم طبقا للمادة 75 من قانون رقم 90-11 بوضع نظام داخلي في حالة ما إذا تجاوز عدد العمال عشرين عاملا.ويعتبر النظام الداخلي تنظيما إلزاميًا لأطرافه. ويمثل النظام الداخلي خصوصية في التكوين في العلاقات الخاصة، في كونه تنظيم إلزامي، وتشمل هذه الوسيلة قواعد قانونية التي تفرض ويحتج بها على الجميع بما فيهم المستخدم [104].

ونظم المشرع أحكام المصادر المهنية لعلاقات العمل كاتفاقية العمل الجماعية، والنظام الداخلي. وتدمج المصادر المهنية في قانون الدولة الذي يبقى المهيمن، وهنا لا يمكن اعتبار المصادر المهنية قواعد خاصة تصدر عن إرادة واحدة للأطراف[105] ،بل أن المشرع ينظم أحكامها ، وتخضع في إعدادها وتطبيقها إلى رقابة مفتشية العمل طبقا للمادة 79 من قانون رقم 90-11.

وأن وضع مضمون النظام الداخلي يجب أن يحترم القوانين والتنظيمات، واتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية، وهذا ما يؤكد علو القوانين والتنظيمات واتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية كمصادر لقانون العمل على النظام الداخلي، لأنه يخضع لتدرج المصادر .ويعتبر النظام الداخلي مصدر لقانون العمل مما يترتب عنه خضوعه لتدرج المصادر الأخرى، وما يثير الاهتمام هو علاقة اتفاقية العمل الجماعية بالنظام الداخلي في حالة تضمين هذا الأخير شروط أكثر نفعا للعمال (أولا)،أو في حالة مخالفة النظام الداخلي لمضمون اتفاقية العمل الجماعية (ثانيا).

أولا: تضمين النظام الداخلي لشروط أكثر نفعا للعمال

مبدئيا إذا تضمن النظام الداخلي قاعدة أكثر نفعا للعمال من المصادر الأخرى فيتم تطبيقه على النزاع، أي إذا كان التنازع بين النظام الداخلي واتفاقية العمل الجماعية ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيق اتفاقية العمل الجماعية على النزاع، لأن النظام الداخلي يتضمن أحكام أكثر نفعا للعمال . ويمكن القياس على هذا التنازع فيما اتجهت إليه المحكمة العليا في تطبيقها قاعدة الأكثر نفعا للعمال لحل النزاع بين التشريع والنظام الداخلي، حيث اعتبرت أن النظام الداخلي هو الواجب التطبيق على النزاع ،لأنه يشمل جزاء تأديبيًا أرحم من الجزاء المنصوص عليه في التشريع،" *لكن حيث أن ما نص عليه القانون هو بطلان مقتضيات النظام الداخلي التي تحد أو تنقص من حقوق العمال حسب ما تقرها لهم القوانين والأنظمة السارية المفعول، مما ليس هو الحال بالنسبة لمقتضيات النظام الداخلي التي تكون أرحم بالعامل في المجال التأديبي مما جاء في القانون في نفس المجال، وحيث أن تصنيف فعل تأديبي في درجة تؤدي إلى عقوبة أقل من الطرد من التصنيف الذي جاء به القانون، لا يجعل النظام الداخلي متناقضا مع القانون بل متماشيا معه روحا ونصا ويؤخذ بما هو أفيد للعامل، مما يجعل قضاة المحكمة بالاعتماد على المادة 95 من النظام الداخلي التي تنص على عقوبة أقل من الطرد وعدم اعتمادها على المادة 1/73 من قانون 29/91 التي تنص على الطرد لنفس الفعل هو قضاء صائب ومطابق لما نصت عليه المادة 73 من القانون .....*"[106]. ويستخلص من هذا القرار استبعاد تطبيق التشريع لأنه كان أقل فائدة للعمال من النظام الداخلي الذي كان أكثر نفعا لهم، وبالتالي تجسيد فكرة النظام العام الأصلح للعمال، وعلى الرغم من أن التشريع أعلى من النظام الداخلي وفقا لمبدإ تدرج القوانين إلا أن استبعاد التشريع وتطبيق النظام الداخلي هو تكريس لحماية العمال. فالبنود الأكثر نفعا للعمال الواردة في النظام الداخلي التي لم ينص عليها التشريع ، تكون صحيحة وتطبق على هذا الأخير [107]، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا في قرارها المذكور أعلاه،حيث كانت البنود الواردة في النظام الداخلي أكثر نفعا للعمال.كما يمكن استبعاد المصادر الأخرى من التطبيق إذا كانت أقل فائدة للعمال من النظام الداخلي كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية العمل الجماعية .

ثانيا: مخالفة النظام الداخلي لمضمون اتفاقية العمل الجماعية

إذا كان مضمون النظام الداخلي إلزاميًا، فيجب أن لا يمس ولا يقيد حقوق العمال طبقا للمادة 78 من قانون رقم 90-11، ويجب أن يحترم مضمون النظام الداخلي اتفاقية واتفاق العمل الجماعي المطبقة على المؤسسة. و لا يجب أن تكون شروط النظام الداخلي أقل نفعا من اتفاقية العمل الجماعية ففي هذه الحالة يتم إلغاؤها، وتكون عديمة الأثر،و تطبق اتفاقية العمل الجماعية على النزاع.

وأحاطت المادة 73- 2 من قانون رقم 90-11 التسريح التأديبي بضمانات إجرائية المنصوص عليها في النظام الداخلي والمتمثلة في استماع العامل من قبل المستخدم واختيار عامل من الهيئة المستخدمة لاصطحاب العامل، والتبليغ الكتابي لقرار التسريح. ويترتب عن عدم احترام المستخدم

للإجراءات القانونية أو الاتفاقية إلغاء قرار التسريح،والتزام المستخدم بإكمال الإجراء.وتصبح الإجراءات الداخلية المدونة في الاتفاقيات الجماعية ملزمة بناء على طلب العامل [108]، أي تكون الإجراءات الاتفاقية ملزمة إذا ما تمسك بها العامل، أما إذا لجأ العامل مباشرة إلى المصالحة ، فتكون هذه الإجراءات غير ملزمة. وهنا يمكن القول أنه يتم تطبيق الإجراءات الاتفاقية المدرجة في اتفاقية العمل الجماعية على النزاع الفردي، إذا تمسك بها العامل، ويكون المستخدم ملزمًا باحترامها، أما إذا لجأ العامل مباشرة إلى المصالحة فتكون الإجراءات الاتفاقية غير ملزمة. واتجهت المحكمة العليا إلى أن الإجراءات الاتفاقية تكون غير ملزمة في حالة ما إذا فضل العامل اللجوء مباشرة إلى المصالحة، ومع ذلك يلزم مفتش العمل بتبليغ العامل بهذا الإجراء الداخلي الودي[109].

يترتب عن مخالفة قرار التسريح للإجراءات الاتفاقية الملزمة طبقا للمادة 73-1/4 [110]والتي تدخل في الإجراءات الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلغاء قرار التسريح، وهذا ما تم تكريسه في المادتين 03 و 04 [111] من قانون رقم 90-04 [112].ويفرض المشرع إكمال الإجراء لتسوية جزاء التسريح، حيث أن هذه العملية لا تمكن من إعادة إدماج العامل إلى عمله، ولكن تسمح لإنهاء علاقة العمل من إحداث الآثار القانونية[113]، أي أنه لا تتغير وضعية العامل من هذا الإجراء.

لا تقتصر رقابة مفتش العمل على مطابقة النظام الداخلي، وإنما يتسع إلى اتفاقية العمل الجماعية طبقا للمادة 134 من قانون رقم 90-11 [114]، ورقابة المطابقة هي *"السهر على مطابقة الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل والأنظمة الداخلية، مع التشريع والتنظيم المعمول بهما واتخاذ كل تدبير لتكييفها"* [115]، ويتم ذلك عن طريق فحص اتفاقية العمل الجماعية من قبل مفتش العمل، والتوصل إذا ما تم احترام الشرعية المدرجة من قبل المشرع، لأن احترام النصوص التشريعية والتنظيمية من قبل رب العمل هو تكريس لضمان حقوق العمال التي يسعى قانون العمل إلى تحقيقها، ولا يكتفي مفتش العمل بالفحص، وإنما يتعداه إلى اتخاذ التدبير الذي يراه مناسبا لتكييفها مع التشريع وتنظيم العمل[116]،كما يفحص مفتش العمل مضمون النظام الداخلي ومدى مطابقته للتشريع والتنظيم.

الخاتمة:

إن دمج اتفاقية العمل الجماعية ضمن مصادر قانون العمل من قبل المشرع في النظام القانوني للدولة هو في الحقيقة حتمية لتجديد نظرية مصادر القانون من جهة، ومن جهة أخرى لتحسين وضعية العمال، حيث أن التغير الحاصل في وظيفة اتفاقية العمل الجماعية لم يجعل منها مجرد اتفاق لتحقيق مصالح الشركاء الاجتماعيين بل أصبحت تشرع في مسائل تتعلق بالمصلحة العامة.

يلاحظ أن علاقة اتفاقية العمل الجماعية مع المصادر الأخرى لقانون العمل لا تحترم مبدأ تدرج القوانين، أي لا يمكن حل مشكلة علاقة مصادر قانون العمل في ظل مبدإ تدرج القوانين، حيث يرجع إهمال هذا المبدأ إلى بروز قاعدة الأكثر نفعا للعمال التي تبناها المشرع في المادة [118] من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل.

الهوامش

1-Gilles Auzero , Emmanual Dockès , Droit du travail,30e éd, Ed. Dalloz, Paris, 2016, p.78.

2-Philippe Jestaz, Les sources du droit, Ed. Dalloz, Paris,2005,p.06,07.

3-Pierre-Henri Cialti, Efficacités et fonctions de la convention collective de travail : Etude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France, thèse, Toulouse-1,sans année, p.22.

4- Ibid, p.23.
5 -Ibid, p.21.
6- مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل،ج ر 1990، العدد 17.

7 -Pierre-Henri Cialti, op.cit. ,p.32.
8 -Paul Durand, Le particularisme du droit du travail, Droit social,1945 ,p.298. cité par Pierre-Henri Cialti, op.cit. , p.22.
9 -Pierre-Henri Cialti , op.cit. ,infra1, p.31.
10- مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1410الموافق 2 يونيو سنة 1990 يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي،ج ر 1990،العدد 23، المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-30 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 21 ديسمبر 1991، ج ر 1991، العدد 68، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96- 12مؤرخ في 23 محرم عام 1417الموافق 10 يونيو 1996، ج ر 1996، العدد 36 .

11- Pierre-Henri Cialti, op.cit. ,p.34.
12 -Alain Supiot, Homo Juridicus , Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Editions du seuil,2005,p.269.
13- Marc Moreau, Sources, JurisClasseur Travail Traité, Fasc.10,2000, p.15.
14- Mathilde Scaglia, Contrat de travail et sources du droit, thèse, Orléans, 2015, p.11,12.
15- Ibid,p.11.
16- Mahammed Nasr-Eddine Koriche , Droit du travail, transformations du droit Algérien du travail :entre statut et contrat,2éme éd, tome1, OPU, Alger,2019,p.15.
17- Ibid , p.15,16.
18 -المادة 69 "" *الحق النقابي مضمون،ويمارس بكل حرية في إطار القانون. يمكن لمتعاملي القطاع الاقتصادي أن ينتظموا ضمن منظمات أرباب العمل في إطار احترام القانون"*، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر 2020، العدد 82.

19-L'honorable Louis Lebel, La solubilité de la convention collective dans son environnement normatif : quelques réflexions sur une mutation institutionnelle, *in* Autonomie collective et droit du travail, mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge, sous la direction, Dominic Roux, Presses de l'université Laval,2014,p.199.
20 -L'honorable Louis Lebel , op.cit.,p.200.
21-Pierre-Henri Cialti, op.cit. ,p.41.
22- مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، ج ر 2016، العدد 14.

23-Mahammed Nasr-Eddine Koriche, Droit du travail, transformations du droit Algérien du travail :entre statut et contrat, tome1,op.cit.,p.18
24- Leila Borsali Hamdan, Droit du travail, Berti éditions, Alger, 2014, p.221.
25 -Ibid, p.221.
26-Pierre-Henri Cialti, op.cit. , p.36.
27-Leila Borsali Hamdan, op.cit., p. 222.
28-Marie-Laure Morin,Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit, LGDJ, Paris,1994,p.195. 29Pierre-Henri Cialti, op.cit. ,p.36.
30-Philippe Langlois, Contrat individuel de travail et convention collective :un nouveau cas de représentation, Droit social, n°5,mai 1975,p.287.
31-Jacques Barthélémy, Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation, Droit social, n°9 /10, septembre-octobre 2003, p. 835.
32- Alain Supiot, op.cit.,p.268.
33- Ibid, p.269.
34- Alain Supiot, op.cit., p. 270.
35-Ibid, p.267,268.
36-Iannis Kappopoulos, Un nouveau droit de la négociation collective essai sur la négociation organisationnelle, thèse, Lille2, 2010, p.29.
37-Ibid, p.19.
38-Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.23.
39- Ibid, p.23.

40-"" *في القطاع الخاص تحدد القوانين الأساسية الخاصة بالمؤسسات صاحبة العمل بموجب اتفاقيات جماعية ،في إطار أحكام هذا القانون والقوانين الأساسية النموذجية لقطاعات النشاط التي تنتمي إليها المؤسسات صاحبة العمل المعني* مؤرخ في أول رمضان عام 1398 الموافق 5 غشت سنة 1978 يتضمن القانون الأساسى العام للعامل،ج ر 1978،العدد 32.

41- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.23.

42- Mahammed Nasr-Eddine Koriche, Droit du travail, transformations du droit Algérien du travail :entre statut et contrat, thèse, Montesquieu- Bordeaux 4,2008,p.22.

43- عيد نايل عوض، قانون العمل الاتفاقي دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،1983، ص .09

44- أحمية سليمان، قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن،"القانون الاتفاقي"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2013، ص 110.

45- المرجع نفسه، ص 09.

46 -فاضل خديجة، قاعدة الأكثر نفعا للعمال، مقال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2017.

47- تنصب المادة 62 على التنازع في تطبيق الأحكام الأكثر نفعا الواردة في القانون والتنظيم والاتفاقيات والاتفاقات الجماعية وبين عقد العمل أثناء تعديله. وتتضمن المادة 118 التنازع في تطبيق الأحكام الأكثر نفعا بين اتفاقيات العمل الجماعية وعقود العمل.

48-Philippe Langlois, op.cit., p.285.
49 -Iannis Kappopoulos, op.cit., p.26.

50-أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 100.

51- أحمية سليمان، مرجع سابق، ص 100.

52- Mathilde Scaglia, op.cit., p.22.
53- G.H.Camerlynck, Gérard Lyon-Caen, Droit du travail, 8éd, Dalloz, Paris,1976, p.596.
54- Pierre-Henri Cialti, op.cit. , p.658.

55-عيد نايل عوض، مرجع سابق،ص 300،299.استعمل المشرع الجزائري التنظيم المنصوص عليه في المادة 62 من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل بدل اللوائح المستعملة في التشريع المصري.

56- Pierre-Henri Cialti, op.cit. , p.531.
57-Ibid, p.509.
58-Nikitas Aliprantis, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, Paris, 1980, p.44, 45.

59- *"يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الأتية :-القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي، وممارسة الحق النقابي"..*

60-Nikitas Aliprantis, op.cit., p. 196.

61-الغرفة الاجتماعية، ملف رقم265975 صادر بتاريخ 2003/07/16، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2003، ص 158.

62-غرامة مالية تتراوح مابين 1.000د ج و4.000 د ج.

63-Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.251.

64- غرامة مالية تتراوح مابين 1.000د ج و4.000 د ج طبقا للمادة 152 من قانون رقم 90-11.

65 -Nikitas Aliprantis, op.cit., p. 206.
66 -François Gaudu, L'ordre public en droit du travail, in le contrat au début siècle XXI, Etudes offertes à J. Ghestin, Paris, 2001, p.368.
67 -François Gaudu, op.cit., p.369.

68-مؤرخ في 2 رمضان عام 1417 الموافق 11 يناير 1997 يحدد المدة القانونية للعمل، ج ر 1997،العدد03.

69- المادة 89 تعدل وتتمم المادة 87 بموجب قانون رقم 14-10 مؤرخ في 8 ربيع الأول عام 1436 الموافق 30 ديسمبر 2014 يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر 2014، العدد 78.

70- François Gaudu, op.cit., p.368.

71 - *"تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أ وعقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال، كيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل، على أساس السن والجنس أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية، والقرابة العائلية والقناعات السياسية والانتماء إلى نقابة أو عدم الانتماء إليها".*

72-تتراوح من 2000 إلى 5000 د ج ،وفي حالة العود بغرامة تتراوح من 2000 إلى 10,000 دج وبالحبس مدة ثلاثة أيام أو بإحدى العقوبتين وذلك طبقا للمادة 142 من قانون رقم 90-11.

73- تنص المادة 500" *يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في المواد الآتية:-1إثبات عقود العمل والتكوين والتمهين-2 تنفيذ وتعليق وإنهاء عقود العمل والتكوين و التمهين 3 – منازعات انتخاب مندوبي العمال*

4- المنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي 5- المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب 6- منازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد 7- المنازعات المتعلقة بالاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للعمل".

74- فاضل خديجة ،قاعدة الأكثر نفعا للعمال، مرجع سابق ، ص 220.

75-قانون رقم 90-03 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 06 فبراير سنة 1990 يتعلق بمفتشية العمل، ج ر 90، العدد 06 معدل ومتمم بالأمر رقم 96-11 مؤرخ في 23 محرم عام 1417 الموافق 10 يونيو سنة 1990، ج ر 96، العدد 36.

76 Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.25.

77- *"يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية".* ويلاحظ أن المشرع في نص العربي للمادة 137 من قانون رقم 90-11 لم ينص على التنظيم عكس النص الفرنسي.

78- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.25.
79- Pierre-Henri Cialti, op.cit. , p.507.
80- Florence Canut, L'ordre public en droit du travail, L.G.D.J, Paris, 2007, p.11.
81 -Pierre-Henri Cialti, op.cit. , p.522.
82- Ibid, p.508.
83 -Iannis Kappopoulos, op.cit., p.19.

84 - فاضل خديجة، قاعدة الأكثر نفعا للعمال، مرجع سابق ، ص 215.

85-Nikitas Aliprantis, op.cit., p.53.

86- فاضل خديجة، قاعدة الأكثر نفعا للعمال، مرجع سابق ، ص 218.

87- المادة 118 من قانون رقم 90-11.

88- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.247.
89- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.25, 26.
90-Mahammed Nasr-Eddine Koriche, Droit du travail, transformations du droit Algérien du travail :entre statut et contrat, tome1,op.cit.,p.51.
91-Mathilde Scaglia, op.cit.,p. 136.

92- عيد نايل عوض، مرجع سابق،ص 300.

93-Mathilde Scaglia, op.cit.,p. 137.
94-Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.254.

- 95المادة 137 من قانون رقم 90-11.

96- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.254.

97 عيد نايل عوض، مرجع سابق،ص 549.

98-Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.256.
99- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.256.
100- Ibid, p. 256.

101- عيد نايل عوض، مرجع سابق، ص 630.

102 -Mahammed Nasr-Eddine Koriche, Droit du travail, transformations du droit Algérien du travail :entre statut et contrat, tome1,op.cit.,p.52.

103- "وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم، لزوما القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط. يحدد النـــظام الداخلي، في المجال التأديبي، طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العـــقوبات المطابقة

وإجراءات التنفيذ".

104 -Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.24.
105-Mahammed Nasr-Eddine Koriche, Droit du travail, transformations du droit Algérien du travail :entre statut et contrat, tome1,op.cit.,p.53.

106 - القرار رقم 141632 المؤرخ بتاريخ 1997/01/07 الصادر على إثر الطعن بالنقض في الحكم القاضي برجوع العامل إلى منصب عمله، عن ذيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2003، ص 203.

107- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.305.
108- Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.179.

109 C.S. Ch.Soc., dossier n° 107398, arrêt du 30mars 1994, non publié. , Citée par Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.179.

110-" إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله".

111- المادة 03 *يمكن للمعاهدات والاتفاقيات الجماعية للعمل أن تحدد الإجراءات الداخلية لمعالجة النزاعات الفردية في العمل داخل الهيئة المستخدمة*". أما النص الفرنسي

« Les procédures internes de règlement de conflits individuels de travail au sein de l'organisme employeur peuvent être fixées dans les conventions et accords collectifs de travail ».

ويلاحظ من المقارنة بين النص العربي والفرنسي أنه لا مكانة للمعاهدات في تحديد الإجراءات الداخلية لمعالجة النزاعات الفردية، ولكن تحدد الاتفاقيات والاتفاقات العمل الجماعية هذه الإجراءات.

112-مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر 1990، العدد 6.

113-Leila Borsali Hamdan, op.cit., p.180.
114- Ibid, p.305.

115- المادة 30 من مرسوم تنفيذي رقم 11-261 مؤرخ في 28 شعبان عام 1432 الموافق 30 يوليو سنة 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك مفتشي العمل، ج ر 2011، العدد 43.

116-فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 132.

الطابع الدولي لمصادر قانون الملكية الصناعية

The International Character Of The Sources Of Industrial Property

عائشة فارح[1] ،أستاذة محاضرة أ

[1]كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، (الجزائر)، a.farah@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/10/16 تاريخ القبول:2021/11/08 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

ظهرت قواعد قانون الملكية الصناعية في بدايتها كتشريعات تحمي حقوق أصحابها داخل إقليم الدولة، ومع تدويل وانتشار التجارة تم تنسيق هذه القواعد عبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي وضعت الأسس القانونية الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية. ولمواكبة مبادئ الاقتصاد الليبرالي وجدت الجزائر نفسها مجبرة على إعادة النّظر في تشريعات الملكية الصناعية مما يسمح لها بالاندماج في النظام الاقتصادي الدولي الجديد، وهو ما أضفى على مصادر قانون الملكية الصناعية طابعا دوليا يمس بسيادة الدولة من حيث حريتها في سن القواعد القانونية، إلّا أنّه في نفس الوقت يضمن حماية حقوق الملكيّة الصناعيّة لرعايا الدولة ورعايا باقي الدول ليس في بلدهم وحسب ولكن على المستوى الدولي.

الكلمات المفتاحية: حقوق الملكية الصناعية، الطابع الدولي، معاهدة باريس، اتفاقية تريبس، مصادر القانون.

Abstract:

The rules of industrial property law appeared in their infancy as legislation that protects the rights of their owners in the country's territory. However, with the internationalization and spread of trade, legal rules have been harmonized through the international treaties and agreements that have laid the international legal foundations for the protection of industrial property rights to keep up with the principles of the liberal economy. Which gave the sources of industrial property law an international character that affects the sovereignty of the state in terms of its freedom to enact legal rules, but at the same time guarantees the protection of the industrial property rights of state nationals and nationals of other countries, not only in their own country, but at the international level.

Key words: Industrial property rights, International character, Treaty of Paris, TRIPS Agreement, Source of law, State sovereignty.

المؤلف المرسل: عائشة فارح، الإيميل المهني: a.farah@univ-alger.dz

مقدمة:

يشمل مصطلح الملكيّة الصناعيّة الحقوق التي ترد على بعض المنقولات المعنوية المتمثلة في براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعيّة والعلامات والأسماء التجاريّة[1]، ويتمثّل قانون الملكيّة الصّناعيّة في مجموع القواعد القانونيّة الّتي تهدف إلى تنظيم المنافسة الاقتصاديّة وترقية التّطوير التقني عن طريق اعترافها لبعض الأشخاص بحقوق حصريّة تدعى بحقوق الملكيّة الصّناعيّة، هذه الحقوق تضمن لصاحبها موضعا محميّا في مواجهة منافسيه[2]، ويدخل في إطار قانون الملكية الصناعيّة القوانين المتعلقة ببراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وقانون تسميات المنشأ، يتمّ تجميعها في الغالب ضمن تقنين واحد كما هو الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي، هذا التقنين يطلق عليه تسمية قانون الملكية الصناعيّة، أمّا في القانون الجزائري فلا تزال هذه القوانين متفرقة لا يجمعها تقنين واحد على الرغم من أنها تنتمي إلى نفس القانون.

يرجع ظهور قانون الملكيّة الصّناعيّة إلى العصور الوسطى على إثر ظهور الثّورة الصّناعيّة في بريطانيا وبداية تدويل وانتشار التّجارة[3]، حيث بدأ أوّل تنظيم قانوني للملكيّة الصّناعيّة في أوائل القرن السّابع عشر (17) كقانون الاحتكارات الصّادر في انجلترا سنة 1623 الخاص بحماية الاختراعات، إلّا أن هذه التّنظيمات لم تؤكّد وجود حقوق الملكيّة الصّناعيّة ونظامها القانوني إلّا في منتصف القرن التّاسع عشر (19)، حيث تطوّرت الابتكارات التكنولوجية والعلميّة، وأدّى تزايد الاختراعات لدى الدول الصّناعيّة إلى قيام نظام قانوني يحدد حقوق الملكيّة الصّناعيّة لدى هذه الدّول التي سنّت تشريعات خاصّة بحماية الاختراعات والرسوم والنّماذج الصّناعيّة والعلامات التّجاريّة. هذه التّشريعات كانت تحمي حقوق أصحابها داخل إقليم الدّولة، وبعدها تمّ تنسيقها عبر المؤتمرات والمعاهدات والاتّفاقيّات الدّوليّة الّتي وضعت الأسس القانونيّة الدّوليّة لحماية حقوق الملكيّة الصّناعيّة لأصحابها، وأصبحت تشكّل أحد أهم مصادر قانون الملكيّة الصّناعيّة، وهو ما أضفى على مصادر قانون الملكيّة الصناعية طابعا دوليّا، **ففيم تتمثّل مظاهر الطـابع الدولي لمصادر قانون الملكية الصناعيّة؟ وما مدى تأثير هذا الطابع على سيادة الدولة وحقوق الأفراد؟**

الإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق إليها في جزأين، الجزء الأوّل نتناول فيه مظاهر الطابع الدولي لمصادر قانون الملكيّة الصناعيّة، والجزء الثاني نتناول فيه الآثار المترتبة على هذا الطابع الدولي.

1-مظاهر الطابع الدولي لمصادر قانون الملكية:

يبرز الطابع الدولي لمصادر قانون الملكيّة الصناعيّة من حيث المركز التي تحتلّه المصادر الدوليّة في هذه المصادر حيث تشكل المصدر الأساسي لقانون الملكيّة الصناعيّة (1-1)، بالإضافة إلى تميّز المصادر الداخليّة بطبيعة دولية كونها سنّت في إطار الالتزامات الدوليّة للبلاد(1-2)

1.1-المعاهدات والاتفاقيات الدوليّة:

تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدوليّة مصدرا أساسيا من مصادر قانون الملكيّة الصّناعيّة، وهي

تمثّل الإطار القانوني الدولي لحماية الملكيّة الصناعيّة، حيث يتم إدماجها في المنظومة القانونية الداخلية للعمل بها كأهم مصدر من مصادر قانون الملكيّة الصناعيّة.

1-1-1-الإطار القانوني الدولي لحماية حقوق الملكية الصناعية:

بدأ العمل الدولي بتنظيم مختلف مجالات حقوق الملكية الصناعيّة من خلال اتفاقيّة باريس لحماية الملكيّة الصناعيّة سنة 1883 ثمّ أبرمت العديد من الاتفاقيات الخاصة بالإيداع والتصنيف كما تناولت اتفاقيّة جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكيّة الفكرية سنة 1994 هي الأخرى أحكام حقوق الملكيّة الصناعيّة .

- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعيّة (1883)

تعدّ اتّفاقيّة باريس أو كما يطلق عليها اتّفاقيّة اتّحاد باريس[4] بمثابة نقطة بداية الحماية الدّوليّة للملكيّة الصّناعيّة، ولا تزال تشكّل دستور الملكيّة الصّناعيّة.

انعقدت اتفاقيّة باريس في 20 مارس سنة 1883 ودخلت حيز التّنفيذ في 14 جوان 1884، وتمّ توقيعها في البداية من قبل 11 دولة، ليصل إلى 169 دولة سنة 2005، وقد انضمّت الجزائر إلى اتّحاد باريس بموجب الأمر رقم 66-48 المؤرّخ في 25 فيفري سنة 1966[5]، وصادقت على هذه الاتّفاقيّة بموجب الأمر رقم 75-02 المؤرّخ في 09 يناير سنة 1975[6].

يشمل نطاق اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعيّة كلّا من براءات الاختراع ونماذج المنفعة، الرسوم والنماذج الصناعيّة، العلامات والأسماء التجاريّة، تسميات المنشأ أو المؤشرات الجغرافيّة، قمع المنافسة غير المشروعة. وتأخذ الاتفاقيّة بالمعنى الواسع للملكية الصناعيّة حيث تسري على الصناعة والتجارة وتطبق أيضا على الصناعات الزراعية والاستخراجية وعلى جميع المنتجات الطبيعية أو المصنعة[7]. أمّا فيما يخص الأشخاص المخاطبين بها، فحسب ما هو وارد في المادتين 2 و3 من الاتفاقيّة، فإنّه يخضع لأحكام هذه الأخيرة كل من رعايا الدول المتعاقدة وكذا رعايا الدول غير المتعاقدة الذين يقيمون في دولة متعاقدة أو يزاولون نشاط زراعي أو صناعي فيها بصفة فعليّة.

جاءت اتفاقيّة باريس بمجموعة من المبادئ، تتمثّل أهمّها في مبدأ المعاملة الوطنيّة ومبدأ الأولويّة ومبدأ استقلاليّة البراءات.

- اتفاقيات الإيداع والتسجيل

تتمثّل اتفاقيات الإيداع والتّسجيل في كل من اتّفاقيّة مدريد بشأن التّسجيل الدولي للعلامات المبرمة بتاريخ 14 أبريل سنة 1891 ، وقد انضمّت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 72-10 المؤرّخ في 22 مارس سنة 1972 [8]كما انضمّت الجزائر بموجب نفس الأمر إلى اتّفاق لشبونة بشأن حماية تسميات المنشأ وتسجيلها على الصّعيد الدّولي المبرمة بتاريخ 31 أكتوبر سنة 1958،وأبرم سنة 1925 اتّفاق لاهاي المتعلّق بالتّسجيل الدولي للرّسوم والنّماذج الصّناعيّة، وسنة 1977 معاهدة بودابست للاعتراف

الدولي بإيداع الكائنات الدّقيقة لأغراض الإجراءات الخاصّة بالبراءات.

أما اتفاقيات التصنيف فتتمثّل في كل من اتّفاق "نيس" بشأن التّصنيف الدّولي للسّلع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات سنة 1957، الّذي انضمت إليه الجزائر بموجب الأمر رقم 72-10 المؤرّخ في 22 مارس سنة 1972 السّالف الذّكر، واتّفاق لوكارنو سنة 1968 المتعلّق بوضع تصنيف دولي للتّصاميم الصّناعيّة. كما أبرم اتّفاق سترازبورغ بشأن التّصنيف الدولي للبراءات سنة 1971، واتّفاق فيينا لسنة 1973 الذي تمّ بموجبه وضع تصنيف دولي للعناصر التّصويريّة للعلامات[9].

- اتفاقية جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية "تربس" 1994

أبرمت اتفاقية جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية في إطار المفاوضات التي أسفرت عنها جولة الأرغواي المنعقدة بمراكش في 14 أفريل سنة 1994، ودخلت حيز التنفيذ بالنسبة للدول المتقدمة في الفاتح من جانفي سنة 1995، ثمّ سنة 2000 بالنسبة للدول النامية، وسنة 2006 بالنسبة للدول الأقل نموا.

تُعنى اتفاقيّة جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية بكل من حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والعلامات التجاريّة والمؤشرات الجغرافيّة والنماذج الصناعيّة والبراءات والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وحماية المعلومات غير المفصح عنها بالإضافة إلى مجال الأصناف النباتية المنصوص عليها في الفقرة 3(ب) من نص المادة 27 في قسم البراءات، وهي كلها مجالات تتعلق بحقوق الملكيّة الصناعيّة باستثناء حقوق المؤلف والحقوق المجاورة التي تدخل في إطار الملكيّة الفنية والأدبية[10].

تقوم اتفاقية تريبس على المبادئ التي تتضمنها كل من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية برن لحماية الأعمال الأدبية والفنية، إذ تمّ دمج جميع الأحكام الأساسية لهتين الاتفاقيتين بالإشارة مباشرة في اتفاقية تريبس. حيث تقوم الاتفاقيّة على مبدأ المعاملة الوطنيّة المنصوص عليه في الاتفاقيتين السالفتي الذكر مع مراعاة الاستثناءات الواردة في الاتفاقيتين، كما تقوم الاتفاقية كذلك على مبدأ الدولة الأكثر رعاية الذي لم يرد سابقا فيما يتعلّق بالملكيّة الفكريّة، والذي ينص على أنّ أي ميزة أو أفضليّة تمنحها الدّولة العضو في الاتفاقيّة لأي بلد سواء كان عضوا أو غير عضو في الاتفاقيّة يستلزم منح نفس الميزة أو الأفضليّة لجميع الدول الأعضاء، مع مراعاة الاستثناءات الواردة ضمن المادة 04 من الاتفاقيّة. ويحظر على الدول الأعضاء إبداء أي تحفظات بشأن أي حكم من أحكام الاتفاقية دون موافقة سائر البلدان والأعضاء الأخرى عملا بأحكام المادّة 72 من الاتفاقيّة[11].

2.1.1.إدماج القواعد الدولية ضمن التشريع الداخلي

يتم تبني القواعد القانونيّة الدوليّة المتعلقة بالملكية الصناعيّة كغيرها من القواعد الدوليّة في المنظومة القانونيّة للدولة عن طريق الإدماج الذي يتم وفق إجراءات محددة قانونا تتمثل في التصديق والنشر.

-التصديق

لا تخلو مسألة تبني القاعدة القانونية الدولية من الإشكالات، إذ هناك تباين بين مواقف الدول من حيث مسألة الإدماج، فهناك من الدول من تتعامل بمرونة مع القاعدة الدوليّة، وهناك من الدول من تشترط إجراءات خاصة للإدماج[12]. بالنسبة للقانون الجزائري فإنّ القاعدة القانونيّة الدوليّة تصبح نافذة في الدولة بعد كل من إجرائي التصديق والنشر.

التصديق هو تعبير الدولة عن قبولها الارتباط الرسمي بالاتفاقيّة من قبل الهيئات المخولة من طرف القانون الداخلي (الدستور) لالتزام الدولة على الصعيد الخارجي، فالتصديق إذن إجراء جوهري لا تدخل بدونه الاتفاقيّة الموقعة من طرف ممثلي الدولة حيز النفاذ[13]، وهو من صلاحيات رئيس الجمهوريّة المحددة دستوريا، وهذا الإجراء يجعل من المعاهدات تسمو على القانون وفقا لما هو وارد في نص المادّة 150 من الدستور الجزائري التي تنص على أنّ: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهوريّة حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". هذا بالنسبة للمعاهدات ذات الشكل المبسط، أمّا بالنسبة للمعاهدات الرسميّة أو كما يطلق عليها المعاهدات الهامّة، فإنّ إدماجها يتطلب الموافقة الصريحة من البرلمان بغرفتيه[14] وهذا عملا بأحكام نص المادّة 149 من الدستور الجزائري التي تنص على أنّ: "اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص والمعاهدات التي يترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة."

- النشر

يعتبر نشر النصوص القانونيّة في الجريدة الرسمية شرطا أساسيا لسريان مفعولها ودخولها حيز النفاذ بالنسبة للمخاطبين بها، وعلى الرغم من أنّ الدستور الجزائري لم ينص على إجراء نشر المعاهدات والاتفاقات، إلّا انّ المجلس الدستوري قد أورد في قرار صادر له بتاريخ 20 أوت 1989 ما لا يترك مجالا للشك في خضوع المعاهدات والاتفاقات المصادق عليها لإجراء النشر[15]، إضافة إلى ذلك فإن الانضمام والمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدوليّة يتم عن طريق أوامر رئاسيّة وهذه الأوامر تخضع لإجراء النشر في الجريدة الرسميّة للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مثلها مثل باقي النصوص القانونيّة.

2.1. مصادر داخليّة تكرس النصوص الدوليّة

يستمد قانون الملكيّة الصناعيّة كغيره من فروع القانون الأخرى أحكامه من مصادر داخليّة، ولكيلا تتعارض هذه المصادر مع الالتزامات الدوليّة للبلاد فإنّه يتم العمل دائما على أن تكون متوافقة مع المصادر الدوليّة.

1.2.1.المصادر الداخلية لقانون الملكيّة الصناعيّة

تتمثّل المصادر الداخلية لقانون الملكيّة الصّناعيّة في كل من التّشريع والقضاء.

- التّشريع الدّاخلي

يشمل التّشريع كمصدر من مصادر قانون الملكيّة الصّناعيّة مجموع النّصوص القانونيّة المنظمّة لمختلف حقوق الملكيّة الصّناعيّة وقد واجهت الجزائر عقب استرجاع سيادتها إشكالية عدم وجود أي قانون يحكم الملكية الصناعية، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى سن القانون المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي تضمن مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي إلّا ما تعارض منه مع السيادة الوطنيّة[16]، وبقيت حقوق الملكية الصناعية تخضع من الناحية الموضوعيّة للقانون الفرنسي إلى غاية انضمام الجزائر إلى اتفاقيّة باريس المتعلقة بحماية الملكية الصناعيّة[17]، حيث تزامن مع هذا الانضمام صدور مجموعة من النصوص القانونية الوطنية المتعلقة بالملكية الصناعيّة نذكر من بينها الأمر رقم 66-54 مؤرّخ في 03 مارس 1966يتعلقبشهادات المخترعين وإجازات الاختراع[18]، والأمر رقم 66-57 مؤرخ في 19 مارس 1966يتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجاريّة[19]، والأمر رقم 66-86 المؤرّخ في7 محرم عام 1386 الموافق28 أبريل سنة1966يتعلّق بالرّسوم والنّماذج[20]، و الأمر رقم 76-65 المؤرّخ في 18 رجب عام 1396 الموافق16 يوليو سنة 1976، المتعلّق بتسميات المنشأ[21].وبما أنّ هذه النصوص صدرت في ظل احتكار الدولة للنشاط الاقتصادي، فإنّه بعد إلغاء الاحتكارات في إطار الإصلاحات الاقتصادية والاعتراف بحرية الصناعة والتجارة، تدخل المشرّع لإعادة النظر في النظام القانوني للملكية الصناعيّة سنة 2003 وفقا للنظام الاقتصادي الدولي القائم على تحرير التجارة، فصدرت مجموعة من النصوص القانونيّة نذكر منها :

- الأمر رقم 03-06 المؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلّق بالعلامات[22]؛
- الأمر رقم 03-07 المؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلّق ببراءات الاختراع[23]؛
- الأمر رقم 03-08 المؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلّق بحماية التّصاميم الشّكليّة للدّوائر المتكاملة[24].

كما صدر قانون رقم 04-02 مؤرخ في5جمادى الأولى 1425 الموافق23 يونيو2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريّة[25] الذي يحمي المنافسة النزيهة،وصدرت العديد من النصوص التنظيميّة لتنظيم حقوق الملكيّة الصناعيّة منها مرسوم تنفيذي رقم 05-277 مؤرخ في 26 جمادى الثانية عام1426الموافق 02 غشت سنة 2005، يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها[26]، ومرسوم تنفيذي رقم 05-275 مؤرخ في 26 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 02 غشت سنة 2005، يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها[27]. وكذلك مرسوم تنفيذي رقم 05-276 مؤرخ في 26 جمادى الثانية عام 1426 الموافق 02 غشت سنة 2005 يحدد كيفيات إيداع التصاميم الشكليّة للدوائر المتكاملة وتسجيلها[28].

-الاجتهاد القضائي

يمثّل القضاء مصدرا هامّا من مصادر قانون الملكيّة الصّناعيّة، إذ لا يقتصر دور القاضي على تفسير النّصوص فقط وإنّما يساهم في وضع قواعد في حالة غياب نص وهذا عن طريق اجتهاده، لاسيما في المسائل المرتبطة بمدى مساس هذه الحقوق بالنّظام العام والآداب العامّة الّتي يملك القاضي سلطة تقديريّة واسعة في إطارها، نظرا لنسبتها من حيث الزمان والمكان، وكذلك المسائل المتعلقة بتقليد العلامات والتي وضع القضاء العديد من المبادئ المتعلقة بها،ومن أهم المبادئ التي جاء بها القضاء في مجال قانون الملكية الصناعية نجد:

- المبدأ المتضمن أن العبرة بأوجه الشبه بين العلامتين لا بوجه الخلاف؛
- المبدأ القاضي بأن العبرة بالصورة العامة للعلامة في مجموعها لا إلى كل عنصر من العناصر التي تشترك في جزء أو أكثر مما تحتويه علامة أخرى؛
- المبدأ القاضي بأن العبرة في أوجه التشابه التي تعتبر تقليدا مجرما قانونا هي بما يخدع به المستهلك المتوسط الحرص والانتباه لا الرجل الفني وحده.
- المبدأ الذي يقضي بأنّ التشابه بين العلامتين من عدمه من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع بلا معقب عليه من محكمة النقض متى كانت أسبابه سائغة.[29]

2.2.1.توافق المصادر الداخليّة مع المصادر الدوليّة

يجب أن تتوافق أحكام المصادر الداخليّة لقانون الملكية الصناعيّة مع القواعد الدوليّة،ولكي يتحقق ذلك لا يجب أن تكون أحكامها متعارضة مع القواعد التي جاءت بها الاتفاقات الدوليّة، وأن توفر حماية أعلى من الحماية التي تقررها القواعد الدوليّة.

-عدم معارضة النصوص الداخليّة للقواعد الدوليّة

دمج المعاهدات بالقانون الداخلي يجعل من المعاهدات جزءا من التشريع الداخلي، حيث تكون قواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامّة جزءا من القانون الداخلي، بل وتكون أسمى منه[30]، وهذا ما كرّسه الدستور الجزائري ضمن نص المادّة نص المادّة 150 من الدستور الجزائري، التي تنص على أنّ:" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهوريّة حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

يجب ألّا تكون أحكام القانون الداخلي متعارضة مع القواعد الدوليّة التي تنظم نفس المجال، فالدول التي لا تتوافق أحكام قانونها الداخلي مع القانون الدولي تتحمل المسؤوليّة الدوليّة الناتجة عن هذا التعارض، وهي ملزمة بإصلاح التعارض من خلال تعديل قوانينها الداخليّة حتى تتوافق مع التزاماتها الدوليّة[31].وفي هذا الإطار تنص اتفاقيّة باريس التي تمثل مصدرا دوليا هاما من مصادر حقوق الملكيّة الصناعيّة ضمن المادّة 19 منها على عدم جواز اتفاق الدول الأعضاء على مخالفة هذه الاتفاقيّة في

مبادئها أو قواعدها.وبما أنّ اتفاقيّة باريس هي اتفاقيّة ذاتية التنفيذ _أي أنّ نصوصها تصبح جزءا من القانون الوطني للدولة بمجرد مصادقة هذه الأخيرة عليها_ فإنّها ليست بحاجة لصدور نصوص وطنيّة تنص على الأحكام والمبادئ التي وضعتها، إذ يمكن لأي رعية من رعايا دول الاتحاد التمسك بنصوصها أمام القضاء الوطني بغض النظر عن التشريع الوطني[32]، وهذا على خلاف اتفاقيّة "تريبس" الذي يستدعي العمل بأحكامها وجود نصوص وطنيّة تكرسها[33]، وهو ما فعله المشرع الجزائري سنة 2003 بإصداره لمجموعة من النصوص القانونيّة المتعلقة بمختلف حقوق الملكيّة الفكريّة كالأمر رقم 03-06 المتعلّق بالعلامات والأمر رقم 03-07 المتعلّق ببراءات الاختراع والأمر رقم 03-08 المتعلّق بحماية التّصاميم الشّكليّة للدّوائر المتكاملة إلى جانب قانون المؤلف والحقوق المجاورة والمؤرّخة جميعها في 19 يوليو سنة 2003، والتي صدرت في إطار مساعي الدولة للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة عن طريق تكريس الأحكام التي جاءت بها اتفاقيّة "تريبس" ضمن القانون الوطني للدولة.

- وجوب توفير الحماية الأدنى المنصوص عليها دوليا

يُعتبر ما تتضمّنه اتفاقيّة "تريبس" من مبادئ ومعايير ووسائل لحماية حقوق الملكيّة الفكريّة بصفة عامّة والملكيّة الصناعيّة بصفة خاصّة حدّا أدنى من الالتزام يجب على الدول توفيره، لكن ذلك لا يمنع من تعديل التشريعات الداخليّة بالشكل الذي يوفر حماية أعلى لأصحاب الملكيّة الفكريّة بما في ذلك تقرير مبدأ التعويض وإتلاف المنتجات المزيفة ووقف الاعتداء[34]، وهو ما كرّسه المشرّع من خلال مجموع النصوص المتعلقة بحقوق الملكيّة الفكريّة التي تتضمن حقوق الملكية الصناعيّة إلى جانب حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، إذ نجدها تتضمّن الحد الأدنى من الحماية الذي جاءت به اتفاقيّة "تريبس". ومن بين الأحكام التي جاء بها الأمر رقم 03-06 المتعلّق بالعلامات، نصه على تقادم دعوى إبطال العلامات بمضي خمس (05) سنوات عن تاريخ تسجيلها، ويستثنى من هذا التقادم طلب التسجيل الذي تمّ بسوء نيّة[35]، وهذا يكرس أحكام اتفاقية"تريبس" التي تحيل إلى أحكام اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية التي تنص بدورها على وجوب منح مهلة لا تقل عن خمس (05) سنوات من تاريخ التسجيل للمطالبة بشطب العلامة، كما أكّدت نفس الاتفاقيّة على عدم جواز تحديد أية مهلة للمطالبة بشطب أو منع استعمال العلامات التي استعملت بسوء نيّة[36]، بالإضافة إلى مهلة لا تقل عن ستة أشهر لدفع رسوم الحماية، وغيرها من المواد التي تكرس حرفيا ما جاءت به الاتفاقيتين.

1-آثار تدويل مصادر قانون الملكية الصناعيّة

يمس تدويل مصادر قانون الملكيّة الصناعيّة بسيادة الدولة في حرية سن قواعدها القانونية، لاسيما الدول التي لا تساهم في وضع هذه القواعد الدولية وتجد نفسها مجبرة على العمل بها للانضمام إلى الساحة الدولية (1.2)، إلّا أنّه من جانب اخر يلائم رعايا الدولة ورعايا باقي الدول عن طريق وجود قواعد قانونية موحدة تضمن حماية حقوقهم في الملكية الصناعية (2.2).

2-1-آثار التّدويل على سيادة الدولة

يقوم المفهوم التقليدي للسيادة على عدة مبادئ من بينها سلطة الدولة في التشريع وفقا لإرادتها الكاملة وتدويل مصادر قانون الملكيّة الصناعيّة-عن طريق الاعتماد على المعاهدات والاتفاقات الدوليّة في سن قواعد هذا القانون- يحد من سيادة الدولة بهذا المفهوم، ليحل محلّه مفهوم حديث يتماشى و تدويل مصار القانون .

1.1.2أثر التدويل على المفهوم التقليدي لسيادة الدولة

يعود ظهور مبدأ سيادة الدولة إلى معاهدة "واستفاليا" سنة 1648، التي أقرت مبدأ " سيادة الدولة"، باعتبار هذه السيادة سلطة الدولة العليا والمطلقة على إقليمها، فيحق للدولة ممارسة وظائفها وصلاحياتها واختصاصاتها داخل إقليمها دون تدخل من أية دولة أخرى[37].وقد عرّف المفكر الفرنسي "جان بودان" السيادة على أنّها : " السلطة العليا المعترف بها والمسيطرة على المواطنين والرعايا دون تقييد قانوني، ماعدا القيود التي تفرضها القوانين الطبيعيّة والشرائع السماوية"[38].

كما عرّف الفقيه "هوبز" السيادة بأنها " سلطة ذلك الفرد أو تلك الهيئة الذي أو التي تملك سلطة الإرادة التيتنازلت عنها الأغلبيّة في مقابل منح الأغلبية حياة مطمئنّة آمنة"[39]، فالسيادة وضع قانوني ينسب للدولة عند توافرها على مقومات مادية من مجموع أفراد وإقليم وهيئة منظمة وحاكمة، وهي تمثّل ما للدولة من سلطان تواجه به الأفراد داخل إقليمها وتواجه به الدول الأخرى في الخارج، ومن مقتضيات سيادة الدولة أن تكون إرادة الدّولة هي مرجع تصرفاتها في مختلف شؤونها[40]، فللدولة صاحبة السيادة الكلمة العليا فلا تعلوها سلطة أو هيئة أخرى وبالتالي فهي تسمو على الجميع وتفرض نفسها عليهم باعتبارها سلطة آمرة عليا، فسيادة الدولة تعني أن الدولة هي منبع السلطات الأخرى، فهي أصليّة ولصيقة بالدولة وصفة هامّة للسلطة السياسيّة فيها، وهي التي تميزها عن غيرها من الجماعات السياسيّة الأخرى، ومن أهم مظاهر سيادة الدولة استقلالها وعدم خضوعها لغيرها من الدول، وهذا ينبع من مساواة الدول ذات السيادة[11].

يرى المفكر " جان بودان" أنّ السيادة سلطة دائمة ومطلقة ولا تخضع للقانون لأنّ صاحب هذه السلطة هو الذي يضع القانون، وتكمن الخاصيّة الأساسيّة للسيادة حسب "بودان" في وضع القوانين أي "سلطة التشريع"[42]، فالدولة تضع التشريع الذي يتلاءم ومجتمعها وسياستها المنتهجة في تسيير البلاد حماية للمصلحة الاجتماعيّة والاقتصادية للبلاد، وسلطة التشريع بهذا المفهوم مرتبطة بصورة مباشرة بسيادة الدولة، وعلى هذا الأساس قامت السيادة مكتملة في العديد من الدول عبر التاريخ ومن بينها تاريخ الدولة الإسلامية، حيث كان للدولة الإسلاميّة أن تسن التشريعات بما يتلاءم وظروف كل زمان ومكان وفق القواعد الأساسية للشريعة الإسلاميّة، ولها اتخاذ ما تراه مناسبا في تنظيم علاقاتها بغيرها من الدول الأخرى[43]. وعليه فإن سلطة التشريع ارتبطت بصورة مباشرة بسيادة الدولة، فوضع النصوص القانونية ارتبط بصورة مباشرة بسيادة الدولة، وبما أنّ السيادة تعني"حق الدول في ممارسة جميع السلطات داخل

الإقليم باستقلاليّة عن أي تدخل خارجي"[44] فإنّ سلطة التشريع تعتبر أحد المظاهر الأساسيّة لممارسة الدولة لسيادتها.

2.1.2. التأثير على سلطة الدولة في التشريع

أثّر تدويل مصادر قانون الملكيّة الصناعيّة على سلطة الدولة في التشريع، حيث لم تعد إرادة الدولة هي المرجع في وضع تشريعاتها التي أصبحت تخضع لقواعد القانون الدولي، الذي يخدم السياسة الدوليّة أكثر من خدمته لمصلحة الدول النامية.

-انتقال سلطة التشريع إلى أشخاص القانون الدولي

يعكس الطابع الدولي لمصادر القانون، او كما يطلق عليه تدويل مصادر القانون ،تراجع دور الدولة في التشريع وتخليها عن مكانتها لصالح مؤسسات تتعاظم قوتها يوما بعد يوم، وهي الشركات العملاقة المتعددة الجنسيات والمؤسسات الدوليّة العالميّة، لذلك نجد من الكتاب من يؤيد فرضية اختفاء الدولة لمصلحة الشركات المتعددة الجنسيات[45]، حيث تمكنت هذه الشركات من سلب الكثير من سلطات الدولة التي كانت تمارسها ضمن حدودها السياسية التي هي من أهم مقومات سيادتها الوطنية[46]، فإدراج موضوع حقوق الملكيّة الصناعيّة والملكيّة الفكريّة بصفة عامّة في مفاوضات جولة "الأورغواي" جاء بناء على طلب الإدارة الأمريكية تحت ضغط من الشركات المتعددة الجنسيات، والقواعد القانونية الدوليّة التي تمّ وضعها في هذا المجال جاءت خدمة لمصالح تلك الشركات.

-عدم مراعاة السياسة الاقتصادية الوطنية للبلدان

تتضمّن المنظمة العالمية للتجارة أحكاما ملزمة للدول، حيث تتعرض الدول المخالفة لأحكامها لعقوبات قد تكون صارمة[47] ، ولو أنّه من الناحية القانونيّة يعتبر احترام سيادة الدول –الفقيرة والغنية منها– مبدء أساسيا من مبادئ القانون الدولي الاقتصادي[48]، إلّا أنّ تدويل مصادر قانون الملكيّة الصناعيّة يحد من سلطة الدولة في وضع السياسة الاقتصاديّة التي تتلاءم وواقع الدولة، حيث نلاحظ أنّ الدول أخذت تغير من قوانينها الوطنية وفق ما يخدم التوجهات الجديدة للتجارة الدوليّة وأحيانا على حساب سيادتها الوطنية وهو ما أثر على التصور التقليدي للسيادة الوطنية الذي يعتبر الدولة الطرف الوحيد الذي يحدد السياسة الاقتصادية والتجاريّة وطنيّا[49].فإذا أخذنا اتفاقيّة "تريبس" التي تعتبر المرجع بعد اتفاقيّة باريس في حماية حقوق الملكيّة الصناعيّة، نجد أنّهاقد اهتمت بالتخطيط لحماية الصناعات ذات التقنية العالميّة كالصناعات البيولوجيّة وحماية صناعة الأدوية، وقد بررت الإدارة الأمريكية والدول المتقدمة إدراج هذه الحماية في مفاوضات "الجات" بضغط أصحاب الشركات على الإدارة الأمريكية والدول المتقدمة لاتساع عمليات السطو والقرصنة على الملكيّة الفكريّة من جانب الشركات الصينية وآثاره السلبية على منتجهم الأصلي[50]،فإلزام أعضاء المنظمة العالميّة للتجارة جاء صارما بوضع تشريعات لحماية حقوق الملكيّة الصناعيّة بهدف القضاء على القرصنة والتقليد وكذا "النقل المشروع"[50] للتكنولوجيا ، أي أنّ هذه الاتفاقيّة جاءت لحماية مصالح بعض الدول على حساب مصالح الدول الأخرى. فإذا كان النقل المشروع

للتكنولوجيا لا يخدم مصالح بعض الدول إلّا أنّه يخدم مصالح دول أخرى، فعندما أخذ المشرع المصري مثلا بشرط الجدة النسبية لحماية الاختراع، أي أن يكون الاختراع جديدا في مصر فقط وليس في دول العالم، فإنّ في هذا تشجيع لطلب البراءات في مصر عن اختراعات سبق استعمالها أو النشر عنها في الخارج حتى تستفيد البلاد في نهضتها الصناعيّة من الاختراعات الأجنبيّة[52]، لكن الاتفاقيات الدوليّة لا تنظر للأمر من هذه الناحيّة، فهي لاتهتم بالسياسة الاقتصادية التي تود الدول انتهاجها وطنيا نظرا لتعارض مصالح الدول فيما بينها، والأمر لا يتعلق فقط بتحقيق مصالح الدول المتقدمة على مصالح الدول الناميّة، فحتى مصالح الدول المتقدمة قد تتعارض فيما بينها، لذا وجب الحذر في وضع قواعد هذه الاتفاقيات. صحيح أنّ الهدف من إبرام الاتفاقية الدوليّة هو وضع قواعد جديدة لحماية حقوق الملكيّة الصناعيّة وتنظيم الآليات التي تتولى تطبيق الحماية لمنع حدوث المنازعات وتسويتها، عن طريق توحيد وتبسيط إجراءات الحماية الدوليّة، لكن فقط الشركات الكبرى المتعددة الجنسيات هي التي قد تستفيد من هذه الحماية[53].

2.2– آثار التدويل على حقوق رعايا الدولة

يحتل رعايا الدولة بالنسبة لحقوق الملكيّة الصناعيّة أحد المركزين، فهم إمّا أصحاب لهذه الحقوق، أو مستهلكين للبضائع والخدمات التي تضمّ عنصرا من العناصر المحميّة بهذه الحقوق.

1.2.2. آثار التدويل على أصحاب الحقوق

يقصد بأصحاب الحقوق أصحاب حقوق الملكيّة الصناعيّة، وهم غالبا المخترع أو مالك العلامة أو صاحب الرسوم والنماذج الصناعيّة وغيرها من عناصر الملكيّة الصناعيّة، وغالبا ما يطلق عليهم المبتكرين أو المبدعين، أو المخترعين في حالة براءة الاختراع.

يهدف قانون الملكية الصناعيّة بصفة رئيسية إلى تشجيع الابتكار من خلال توفير حماية مؤقتة للمخترعين تمكنهم من استعادة ما استثمروه في أنشطة البحث والتطوير وجني ثمار اختراعاتهم لفترة محدودة من الوقت[54]، ومع انتشار التجارة الدوليّة وسهولة وسرعة انتقال السلع والخدمات بين الدول، لم تصبح التشريعات الداخليّة كفيلة بتوفير الحماية اللازمة للمخترعين والمبتكرين، إذ ظهرت حتميّة وجود حماية دوليّة لحقوق الملكيّة الصناعيّة، هذه الحماية تكون عن طريق الإيداع الدولي، وعن طريق تكريس مبادئ دوليّة يجب تكريسها من قبل الدول،وهو ما جاءت به الاتفاقيات والمعاهدات الدوليّة.وبما أنّ الحماية الدوليّة لحقوق الملكية الصناعيّة تكون بالتوازي مع الحماية الداخليّة لها، إذ لا يمكن للمبتكر حماية ابتكاره دوليا ما لم يكن قد سجله في بلده الأصلي، ولكي لا نكون أمام تعارض بين الحماية الدوليّة والحماية الداخلية لنفس الحقوق، فقد عملت الاتفاقات والمعاهدات الدوليّة على وضع قواعد تلتزم الدول باحترامها عند وضع التشريعات الداخليّة المتعلقة بحماية حقوق الملكية الصناعيّة، لتصبح بذلك هذه الاتفاقات والمعاهدات مصدرا أساسيا من مصادر قانون الملكيّة الصناعيّة.

إنّ اعتماد التشريع الداخلي على مصادر دوليّة لقانون الملكيّة الصناعيّة فيه إيجابيات كثيرة

لأصحاب حقوق الملكيّة الصناعيّة، فعلى الرغم من أنّ هذه القوانين تخدم بنسبة أكبر الدول المتقدّمة بالنظر لنسبة مالكي الحقوق الذين ينتمون إليها، إلّا أنّ ذلك لا يحول دون أن يستفيد منها المبتكرون في الدول المتخلّفة، فهي تشجعهم على البحث والابتكار وعدم الخوف من خسارة أموالهم في البحث كون هذه الابتكارات ستعود عليهم بالنفع إذا ما تمّ استثمارها وحمايتها حماية قانونيّة دوليّة ولم تتعرض للتقليد الذي يعتبر أكبر عدو لأصحاب الحقوق.

يمثّل التقليد الخطر الذي يهدد حقوق الملكيّة الصناعيّة نظرا لما يسببه من خسائر وآثار سلبية على أصحاب الحقوق، لذلك فقد عملت الاتفاقات الدوليّة على محاربته، حيث تطرقت اتفاقية "تريبس" إلى مسألة منع استيراد السّلع المقلّدة وهذا بالنص على بعض الإجراءات الخاصة بالتدابير الحدودية لتمكين صاحب الحق الذي لديه أسباب مشروعة للظن بوجود أو احتمال استيراد سلع فيها تزوير لعلامة تجارية ...، من التقدم بالتماس مكتوب لإدارة الجمارك من أجل وقف إجراءات الإفراج عن تلك السلع وتداولها بحرية بين الدول[55]، كما تضمنت اتفاقية مدريد المتعلقة بقمع البيانات الكاذبة ستة (06) مواد خاصة تتعلق بمنع دخول وخروج البضائع المقلدة، وتضمن إجراءات حمائية عديدة كطلب صاحب الحق تدخل إدارة الجمارك في حالة المساس بحقوق الملكية الفكرية وإجراء الحجر الجمركي وبعض التدابير القضائية المؤقتة ورفع الحجر الجمركي[56].

2.2.2 آثار التدويل على المستهلكين

على الرغم من أنّ التشريعات الدولية للملكية الصناعيّة لم توضع لحماية المستهلك بالدرجة الأولى وإنّما أعدت لحماية الإبداعات إلّا أنّ حماية المستهلك كانت نتيجة حتمية لما هناك من علاقة بينهما[57]، ويكمن محور الارتباط بين المستهلك وحقوق الملكيّة الصناعيّة في الدعامة المادية لهذه الحقوق والمتمثّلة في "البضاعة"وكذلك "الخدمات"[58]،ومع ظهور العولمة التي يرتكز البعد الاقتصادي لها على مبدأ حريّة التجارة الدوليّة الذي يعني بشكل مباشر انسياب السلع والخدمات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول دون عوائق أو حواجز كما عبرت عنه الاتفاقية العامّة للتعريفات والتجارة باعتبار أنّ أحد أهدافها الأساسية يتمثل في إقامة نظام تجارة دوليّة حرّة يؤدي إلى رفع مستويات المعيشة في الدول الأطراف[59]، أصبح المستهلك عرضة لخطر المنتجات المقلّدة ، التي تضر المستهلك من حيث المساس بحقه في الحصول على منتجات سليمة وأصليّة، حيث يعيب التقليد إرادة المستهلك من خلال الخلط في ذهنه بين البضائع[60].

خاتمة:

تهدف قواعد الملكية الصناعية بطبيعتها إلى حماية الاستثمارات وتجنب القرصنة والتقليد، ولتحقيق هذا الهدف لابد من ضمان وجود تشريعات تحمي السلع في بلدها وفي البلدان التي تنتقل إليها، هذه الحركة الدولية للملكية الصناعية هي التي ألزمت وجود تشريعات ذات طابع دولي تكرس الحماية الدولية[61]، وبما أنّ الدول متفاوتة فامتلاك الملكيّة الصناعيّة حسب درجة تقدمها أو تخلفها، فقد أدى هذا

التفاوت إلى تباين مستوى الحماية، إذ تنادي الدول المتقدمة استنادا إلى تفوقها التكنولوجي إلى إضفاء حماية قويّة على حقوق الملكيّة الصناعيّة لما لهذه الأخيرة من تأثير في الجانبين الاقتصادي والقانوني، وذلك من خلال إجبار الدول بطريقة غير مباشرة على وضع تشريعات تتلاءم مع مصالحها، في حين ترى الدول النامية أنّ الحماية القوية قد تتحقق على حساب ارتفاع أثمان الكثير من المنتجات المرتبطة بالملكية الصناعيّة وندرتها، لهذا تفضل هذه الدول تقرير مستوى ضعيف من الحماية[62]، هذا الضغط التي تتعرض له الدول من أجل وضع تشريعات تتماشى والقواعد التي تتضمنها الاتفاقات والمعاهدات الدوليّة في مجال قانون الملكيّة الفكريّة بصفة عامّة والملكيّة الصناعيّة بصفة خاصّة باعتبارها مصدرا أساسيا من مصادر هذا القانون، قد يبدو للوهلة الأولى أنّه يمس بسيادة الدولة من حيث سلطتها في التشريع وفقا للسياسة الاقتصادية التي تود انتهاجها دون تدخل من أي عناصر خارجيّة، إلّا أنّه في ظل العولمة الاقتصاديّة وما تفرضه من تلاشي الحدود التجاريّة بين الدول، وحرية تنقل السلع والخدمات بينها، فإنّ التشريع الداخلي وحده لم يعد يقدّم لرعايا الدولة سواء كانوا مبتكرين أو مستهلكين الحماية اللازمة من التقليد وما يشكله من خطر عليهم وعلى اقتصاد الدولة ككل، وهذا ما دفع بالاعتماد على التشريعات الدوليّة كمصدر للقوانين الداخليّة، ليتراجع بذلك مفهوم السيادة القائم على سلطة الدولة في التشريع وفقا لإرادتها التامّة دون تدخل أي عوامل خارجيّة أمام حتميّة الاندماج في النظام الاقتصادي الدولي الجديد، ليقوم مقامه مفهوم جديد للسيادة تؤطره قواعد القانون الدولي.

الهوامش:

1- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص600.

2- Le droit de la propriété industrielle vise à régulariser le jeu de la concurrence économique et à promouvoir le progrès technique. Cet objet est réalisé par la reconnaissance à certaines personnes de droit exclusifs (droits de propriété industrielle), assurant à leur titulaire une position protégée face aux concurrents ».SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, Droit de la propriété industrielle, 7ème édition, Dalloz, Paris,2009,p.1

3- حول التطور التاريخي لقانون الملكية الصناعية أنظر:

ZAHI Omar, « L'évolution du droit de propriété industrielle », Revue Algérienne des Sciences Juridiques et économiques et politiques, n°4, 1997, pp. 1263-1282.

4- سميت اتفاقيّة اتحاد باريس لأنّها أقامت اتّحادا بين الدّول المنظمّة يسمّى بالاتّحاد الدولي للملكيّة الصّناعيّة.

5- أمر رقم 66-48 مؤرّخ في 5 ذي القعدة عام 1385 الموافق25 فبراير سنة 1966 يتضمّن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتّفاقيّة باريس لحماية الملكيّة الصّناعيّة المبرمة في 20 مارس سنة 1883 المعدّلة، ج.ر 1966، العدد10.

6- أمر رقم 75-02 مؤرّخ في 26 ذي الحجة عام 1391 الموافق5يناير سنة1975، يتضمّن المصادقة على اتفاقيّة باريس لحماية الملكيّة الصّناعيّة، ج.ر1975، العدد 10.

7- حسن البدراوي، "الإطار القانوني الدولي لحماية الملكية الصناعية"، بحث مقدم في إطار حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، المنظمة من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الخارجية لسلطنة عمان، مسقط، من 5 إلى 8 سبتمبر 2005، منشور على موقع: www.wipo.int/publications/details تاريخ الاطلاع (04 أفريل2020).

8- أمر رقم 72-10 مؤرّخ في 7 صفر عام 1392 الموافق22 مارس سنة 1972، يتضمن الانضمام لبعض الاتفاقيات الدولية،ج.ر 1972،العدد32.

9- حول اتّفاقيات الإيداع والتّصنيف أنظر الموقع الالكتروني: www.wipo.int/treaties/ar

10- حسن البدراوي، مرجع سابق، ص09.

11- حسن البدراوي، مرجع نفسه.

12- جميلة بن علي، "تكريس مبدأ سمو المعاهدات والاتفاقيات الدولية على القوانين الداخليّة في الدساتير المغربيّة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 51، عدد01، 2014، ص09.

13- خالد حساني، "نفاذ المعاهدات الدوليّة في النظم القانونية الوطنيّة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسيّة،المجلد 02، العدد 03، 2015، ص74.

14- جميلة بن علي، مرجع سابق، ص 41.

15- خالد حساني، مرجع سابق، ص74.

16- قانون رقم 62-157، مؤرّخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالتشريع الفرنسي إلى أجل لاحق إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنيّة، ج.ر 1963،العدد 02.

17- زوبير حمادي، حماية الملكية الصناعية في القانون الجزائري، دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2018، ص 15.

18- أمر رقم 66-54، مؤرّخ في 11 ذي القعدة عام 1385 الموافق03 مارس 1966، يتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع، ج.ر 1966،العدد 19. (ملغى)

19- أمر رقم 66-57، مؤرخ في 27 ذي القعدة عام 1385 الموافق19 مارس 1966، يتعلّق بعلامات المصنع والعلامات التجاريّة، ج.ر 1966، العدد23. (ملغى)

20-أمر رقم 66-86 مؤرّخ في 7 محرم عام 1386 الموافق 28أبريل سنة1966، يتعلّق بالرّسوم والنّماذج، جر1966،العدد35.

21-أمر رقم 76-65 مؤرّخ في 18 رجب عام 1396 الموافق16 يوليو سنة 1976، يتعلّق بتسميات المنشأ،جر 197، العدد 59.

22- أمر رقم 03-06 مؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق19 يوليو سنة 2003، يتعلّق بالعلامات، جر 2003،العدد44.

23- أمر رقم 03-07 مؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق19 يوليو سنة 2003، يتعلّق ببراءات الاختراع، جر 2003،العدد44.

24-أمر رقم 03-08 مؤرّخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق19 يوليو سنة 2003، يتعلّق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، جر 2003، العدد 44.

25- قانون رقم 04-02 مؤرخ في5جمادى الأولى 1425 الموافق23 يونيو2004،يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريّة، جر 2004العدد41.(معدل ومتمم)

26- مرسوم تنفيذي رقم 05-277 مؤرخ في 26 جمادى الثانية عام1426 الموافق 02 غشت سنة 2005، يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ر 2005، العدد 54.

27- مرسوم تنفيذي رقم 05-275 مؤرخ في 26 جمادى الثانية عام1426 الموافق 02 غشت سنة 2005، يحدد كيفيات إيداع براءات ا لاختراع وإصدارها، ج ر 2005، العدد 54.

28- مرسوم تنفيذي رقم 05-276 مؤرخ في 26 جمادى الثانية عام 1426 الموافق02 غشت سنة 2005، يحدد كيفيات إيداع التصاميم الشكليّة للدوائر المتكاملة وتسجيلها، ج ر 2005، العدد 54.

29-حسام الدين الصغير، "قضايا مختارة من اجتهادات المحاكم العربية في مجال المعاملات"، ندوة الويبو دون الإقليمية عن العلامات التجارية ونظام مدريد، نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) والمعهد الوطني للملكية الصناعية (فرنسا) بالتعاون مع المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، الدار البيضاء، يومي 07 و08 ديسمبر/كانون الأول 2004، منشور بموقع www.wipo.int/publications/details

30- محمد بعاج، "العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأوّل، العدد الأوّل/2015، ص312.

31- جميلة بن علي، مرجع سابق، ص08.

32- حسام الدين الصغير، "الإطار القانوني لحماية الملكية الصناعيّة"، ندوة الويبو الوطنية عن نفاذ حقوق الملكية الفكرية للقضاة والمدعين العامين، المنظمة من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الإعلام، المنامة، البحرين، يومي 12 و13 يونيو 2004، ص.04.منشور على موقع: www.wipo.int/publications/details

33- الجزائر ليست عضوا في المنظمة العالميّة للتجارة ولكنها في طريق الانضمام إليها وهذا يجعلها ملزمة بأحكامها من أجل استكمال إجراءات الانضمام. وهو مايجعل اتفاقيّة تريبس التي جاءت في إطار اتفاقات المنظمة العالميّة للتجارة غير ذاتية التطبيق بالنسبة للجزائر، بل يجب عليها إصدار نصوص تشريعيّة تكرس أحكام الاتفاقيّة في القانونالجزائري.

34- سهيلة جموح، "اتفاقية حقوق الملكية الفكريّة Trips وتأثيرها على الاقتصاد العربي والعلاقات التجارية الاردنية الأمريكية"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 09، العدد الأوّل/ 2017، ص105.

35- أنظر المادة 20 من الأمر رقم 03-06.

36- انظر المادة 06 الفقرة الثانية من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

37- هشام بن عوض، مرجع سابق، ص01.

38- هشام بن عوض، مرجع نفسه، ص20.

39- حنان عماد زهران، "تشريح مفهوم السيادة"، منشور بتاريخ 27 مارس 2016 على موقع المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجيّة الاقتصادية والسياسية، http://democraticac.de/?p=59802 ،تاريخ الاطلاع (13 أفريل2020).

40- أحلام نواري، " تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدوليّة"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد3، عدد 04، 2011، ص 29؛علي صادق أبو الهيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة 1995، ص 103.

41- لخميسي عثامنية، عولمة التجريم والعقاب، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008، ص26.

42- لخميسي عثامنية، مرجع سابق، ص20.

43- طلال ياسين العيسي، "السيادة ما بين مفهومها التقليدي والمعاصر (دراسة في مدى تدويل السيادة في العصر الحاضر)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010، ص 40؛نقلا عن رمضان بن زاير، العلاقات الدولية في السلم، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، مصراته، 1989، ص63 وما يليها.

44-لخميسي عثامنية، مرجع سابق، ص150.

45- محمد بوبوش، مرجع سابق.

46- مرجع نفسه.

47-Bernard REMICHE, « Révolution technologique et droit des brevets »,Revue internationale de droit économique, n°1, 2002, p.92. Article disponible en ligne : http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2002-1-page-83.htmConsulté le 30-03-2020.

48- Bernard REMICHE,op.cit., p.93.

49–مخلوف ساحل، "إشكاليّة تحول متغير السيادة الوطنيّة في الواقع الدولي الراهن"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 03، العدد 02، 2015، ص 237.

50–سهيلة جموح، مرجع سابق، ص103.

51- « Copiage légal », voir Bernard REMICHE,op.cit., p.93.

52–مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص607.

53-Bernard REMICHE, op.cit., p.89.

54–"أهداف سياسة المنافسة والملكية الفكرية"، مذكرة من إعداد أمانة الأونكتاد، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، جنيف، 19–21 أكتوبر 2016. منشورة بموقع:

https//unctad.org/meetings/en/SessionaIDocuments/ciclpd36_ar.pdf

تاريخ الاطلاع(18 /2020/04).

55– سمير حمالي، مرجع سابق، ص 200.

56–سمير حمالي، مرجع نفسه، ص 198.

57–سمير حمالي، "حماية المستهلك في ظل تشريعات الملكية الفكرية"، دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر –1–، 2015، ص 09.

58–مرجع نفسه.

59–لخميسي عثامنية، مرجع سابق، ص 100.

60–سمير حمالي، مرجع سابق، ص187.

61- AZEMA Jacques et GALLOUX Jean-Christophe, Droit de la propriété industrielle, 7ème édition, Dalloz, Paris, 2012.p.50.

62–زوبير حمادي، مرجع سابق، ص 11.

نحو انسحاب الدولة من الحقل القانوني: الانتقال من أسلوب التنظيم الموجه إلى الضبط الذاتي

Towards A Disengagement Of The State From The Legal Sphere : The Transition From Dirigiste Regulation To Self-Regulation

صالح لكحل[1] ،

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة-(الجزائر) ، s.lakehal@univ-bouira.dz

تاريخ الإرسال: 2021/10/11 تاريخ القبول:2021/11/08 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

أدّت الاصلاحات الاقتصادية المنتهجة في الجزائر منذ مطلع الثمانينات إلى تحوّل عميق في دور ووظيفة الدولة في الاقتصاد، حيث انتقلت الدولة من متدخلة إلى ضابطة. فالدولة لم تعد تتدخل في ضبط العلاقات الاجتماعية-الاقتصادية بالأساليب التقليدية كما كان في مرحلة سابقة لاسيما بواسطة القواعد القانونية التسلطية وذات المصدر الدولاني، إنّما أصبحت الدولة تُشرك المعنيين بالقاعدة القانونية في إعدادها وإصدارها والسّهر على تنفيذها.

وفي هذا السّياق، تتجسّد فكرة تراجع القانون التنظيمي التقليدي مقابل بروز فكرة الضبط الذاتي، ذلك أن مصدر إعداد القاعدة القانونية أصبح نابع من إرادة المخاطبين بها، ممّا يحقق فعليتها من حيث التطبيق في الواقع العملي. فعِوض أن تكون القاعدة القانونية صادرة عن السلطة العامة أصبح بإمكان أشخاص القانون الخاص في ظلّ الانفتاح الاقتصادي أن يمارسوا سلطاتهم في التفاوض حول سنّ القواعد القانونية الخاصة بهم.

الكلمات المفتاحية:القاعدة القانونية، التنظيم الموجه، الضبط الذاتي، أشخاص القانون الخاص، انسحاب الدولة.

Abstract:

The economic reforms carried out in Algeria since the 1980s have generated a profound change in the role of the State in the economy. We are thus witnessing the passage from the interventionist State to the regulatory State. Henceforth, the State no longer intervenes to regulate socio-economic relations by means of authoritarian regulations of State origin. It is now a matter of associating the actors to determine their own standards of conduct and to ensure their application with the aim of effectiveness. We are thus moving from classical regulatory law to self-regulation, where the place of elaboration of the legal rule comes from the actors concerned. Indeed, the liberalization of economic activities and public services to

المؤلف المرسل: صالح لكحل ، الإيميل المهني: s.lakehal@univ-bouira.dz

private initiative has opened the field to private law persons to participate in the process of elaboration of norms.

Key words: Legal rule, Dirigiste regulation, Self-regulation, Person of private law, Disengagement of the State.

مقدمة:

كان النظام الاقتصادي بعد استقلال الجزائر قائمًا على الخيار الاشتراكي المرتكز على احتكار الدولة لملكية وسائل الانتاج والاعتماد على التخطيط المركزي الشامل لإدارة الاقتصاد الوطني. فالدولة كانت تحتكر منطقة النشاطات الاقتصادية مقابل تقييد حرية الأفراد في مباشرة النشاطات الاقتصادية، بحيث لم يكن بوسعهم إلاّ التدخل في بعض النشاطات الاقتصادية الثانوية. كما كان الاقتصاد الوطني يُدار بطريقة منفردة من قبل القطاع العمومي، بحيث اعتبرت الدولة المتعامل الاقتصادي الوحيد القادر على التدخل في مختلف النشاطات الاقتصادية دون إشراك القطاع الخاص في مهمّة النهوض بالتنمية الاقتصادية التي كانت ملقاة فقط على مسؤولية الدولة التي وصفت آنذاك بـ" الدولة المقاولة ".

أثبت النموذج الاقتصادي المتبنّى بعد الاستقلال فشلة انطلاقا من سنة 1986، وذلك بفعل انخفاض مداخيل العائدات النفطية بسبب انخفاض أسعار البترول في السوق العالمية، فأدّت تلك الوضعية إلى عجز في ميزان المدفوعات. ويرجع السّبب في ذلك لاعتبار الاقتصاد الوطني اقتصاداً ريعياً بامتياز يستند بالأساس على المداخيل النفطية التي كانت تغطي الخسائر الناجمة عن التسيير الاشتراكي للاقتصاد. وبعد تلك المرحلة اضطرّت السلطات العمومية أن تلجأ إلى تبنّي إصلاحات اقتصادية للخروج من الأزمة الاقتصادية التي بدى تهديدها واضحًا على السلم الاجتماعي سنة 1988 بفعل ما نجم عنه من إفلاس العديد من المؤسسات العمومية وما انجرّ عنه من تسريح للعمال. وبالفعل دخلت الدولة في إصلاحات شاملة وهيكلية للاقتصاد الوطني من خلال تكريس سياسة الانسحاب التدريجي للدولة من الحقل الاقتصادي لصالح السوق.

إن تجسيد هذا التحوّل الاقتصادي كان نتيجة لتغيير طبيعة القواعد القانونية، ذلك أنه على خلاف الأنظمة الاشتراكية التي تقوم على قانون دولاني سلطوي وأحادي المصدر يتمثل لاسيما في قواعد التخطيط المركزي لتسير اقتصاد الدولة وفقا لما تمليه الخطة الوطنية للتنمية الاقتصادية، نجد بأن الأنظمة الليبرالية تقوم على فلسفة قانونية تعتمد على إشراك جميع الفاعلين في إعداد وبلورة القواعد القانونية التي تعكس تكريس الحرية الاقتصادية والمبادرة الخاصة للاضطلاع بمهمّة التنمية على مختلف الأصعدة.

تعكس هذه الصورة ما يسمى بخصخصة مصادر القانون، حيث انتقل منبع إعداد وسنّ القاعدة القانونية من المركز(القانون ذات المصدر الدولاني) إلى مكان يتعدّد فيه المتدخلون في بلورتها تجسيدًا لفكرة " الضبط الذاتي " على مستويات عديدة لاسيما على مستوى المجتمع المدني أو العلاقات

الاجتماعية- الاقتصادية أو النشاط الاقتصادي بصفة عامة. وعلى هذا النحو، لم تعد الدولة تحتكر إنتاج القواعد القانونية، بل أصبح يُشاركها في ذلك فاعلين جدد ظهروا بفعل ما فرضته عولمة الخصخصة التي أدّت إلى تحرير مختلف النشاطات الاقتصادية والمرفقية لصالح القطاع الخاص. ولا يعني ذلك أن الدولة سترفع يدها عن الحقل القانوني بصفة مطلقة، إنّما يُعبّر ذلك عن إرادة السلطات العمومية في إشراك أشخاص القانون الخاص للاضطلاع إلى جانب الدولة بمهمّة التنمية بمختلف أبعادها وكذا إعادة النظر في أساليب تدخلها لضبط سياساتها الاقتصادية، بحيث تظلّ الدولة تمارس رقابتها على مختلف الفاعلين من أجل الحفاظ على التوازنات الكبرى لاسيما من أجل التوفيق بين اعتبارها صاحبة السلطة العامة (السيادة) والمتطلبات الجديدة التي تفرضها التحوّلات الاقتصادية الراهنة.

بناء على ما سبق ذكره، تُطرح إشكالية البحث عن مدى انسحاب الدولة من الحقل القانوني لصالح أشخاص القانون الخاص في ظلّ التحوّلات الاقتصادية التي عرفتها الدولة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، يتعيّن الكشف عن هذا الانسحاب من خلال تمكين أشخاص القانون الخاص من المشاركة في عملية إعداد وإنتاج القواعد القانونية ذات الصلة بنشاطاتهم لاسيما عندما تراجعت الدولة عن أسلوب التنظيم الموجه لتأطير العلاقات الاجتماعية-الاقتصادية **(1)** أو من خلال العلاقة الجديدة التي أصبحت تربط الدولة بالمجتمع بصفة عامة والسوق بصفة خاصة، وذلك نتيجة الانتقال من نمط الاقتصاد الموجه إلى نمط اقتصاد السوق **(2)**.

1- تراجع الدولة عن أسلوب التنظيم الموجه لتأطير العلاقات الاجتماعية- الاقتصادية

يرجع فشل أساليب التسيير الإداري للاقتصاد الوطني إلى التأطير السلطوي للجانب الاجتماعي- الاقتصادي من قبل الدولة بواسطة قواعد قانونية مستمدّة من القانون العام (القانون الإداري)، حيث بلغ ذلك التأطير ذروته خلال السبعينيات أين كانت " اليد الخفية " للدولة هي المحتكرة لسلطة التنظيم[1].

إن عدم قدرة القواعد الدولانية[2] على مواكبة حركة التوجه اللّيبرالي للاقتصاد القائم على مبادئ الحرية الاقتصادية (مبدأ حرية المنافسة، مبدأ حرية الاستثمار والتجارة ومبدأ تكافؤ الفرص)، أدّى بالسلطات العمومية أن تجد بديلاً يتماشى وهذا التوجه الاقتصادي الجديد. فعلى سبيل المثال وبالنظر إلى تزايد أهمية المرافق المهنية بصورة مستمرّة أصبح بإمكان أصحاب المهن الحرة أن يتدخلوا في تنظيم مختلف جوانب حياتهم المهنية **(1.1)**. كما أصبحت علاقات العمل تخضع لمبدأ سلطان الإرادة بدلاً عن الطابع التنظيمي التقليدي الذي كان يحكم تلك العلاقات في مرحلة سابقة **(2.1)**.

1.1- إدارة المرافق المهنية من قبل أصحاب المهنة

ترتّب على تراجع القانون التنظيمي التقليدي في تأطير مختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية ظهور مجال شاغر يتعيّن شغله من قبل الفاعلين الاجتماعيين لأجل تنظيم شؤونهم المتعلقة بالمهنة التي ينتمون إليها في إطار المنظمات المهنية المعتمدة في قطاعات عديدة نذكر منها لاسيما تلك

المتعلقة بمهنة المهندس المعماري[3]، الموثق[4]، المحضر القضائي[5]، الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد[6]، المحامي[7]، محافظ البيع بالمزايدة[8]، الطبيب، الصيدلي وجراح الأسنان[9].

لم يعد قانون الدولة يحتكر ضبط العلاقات الاجتماعية- الاقتصادية، بحيث يقتحم ويستغل هؤلاء الفاعلين المجالات المتروكة من قبل القاعدة القانونية ذات المصدر الدولاني[10]، اعتبارًا من أن التركيبة الجماعية للمنظمات المهنية تتكون من أعضاء المهنة المنتخبون من قبل نظرائهم. وتمثل هذه الصورة انسحاب الدولة من مجال الضبط المباشر لتلك العلاقات والانتقال إلى فكرة " الضبط الذاتي " التي مفادها ابتكار القواعد القانونية واحترامها من قبل الأشخاص المخاطبين بها والسّهر على تنفيذها[11].

إن انسحاب الدولة بهذا الشكل يفرض عليها أن تتنازل عن جزء من سلطاتها العامة لصالح المنظمات المهنية التي أصبحت تتمتّع على غرار مثيلاتها في مختلف الأنظمة المقارنة بممارسة جزء من صلاحيات السلطة العامة، لتشكّل بذلك مركزًا لإعداد وإنتاج القواعد القانونية المنظمة لتنظيم سير المهن الحرة و" أخلاقياتها "، والتي تضمن احترامها بواسطة هيئاتها التأديبية. وبناء على ذلك، ترتبط المنظمات المهنية بالضبط الذاتي على خلاف النقابات المهنية، ذلك أن المنظمات المهنية تستمدّ وجودها وسلطتها بموجب تفويض من قبل السلطة العامة[12]، لتضطلع بالمهام المنوطة بها.

يكمن الفرق بين المنظمات المهنية والنقابات المهنية في نقاط جوهرية يمكن تلخيصها من حيث ممارسة النشاط، حيث يتوقف ممارسة المهن المنظمة على الانضمام الجبري للمنظمات المهنية، ذلك أن ممارستها دون التسجيل في قائمة المنظمة المهنية من شأنه أن يعرض صاحبه لعقوبات جزائية، أما الانضمام إلى النقابات المهنية يعتبر أمر اختياري. ومن ناحية أخرى، تتمتّع المنظمات المهنية بممارسة السلطة التأديبية على صاحب المهنة الذي يخالف قواعد وأخلاقيات المهنة، على خلاف النقابات المهنية التي لا تتمتّع بالسلطة التأديبية اتجاه المنخرطين فيها[13].

تعتبر المنظمات المهنية أشخاصًا اعتبارية من القانون الخاص مكلفة بموجب القانون بتنفيذ مرفق عام[14]، الأمر الذي يسمح لها بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة لأجل التأطير والإشراف على المهن التابعة لها. وفي هذا الإطار، يتسنى للمنظمات المهنية أن تصدر مختلف القرارات الفردية المتعلقة بالانضمام إلى المهنة وبممارسة السلطة التأديبية وكذلك إصدار القرارات التنظيمية الأخرى المتمثلة لاسيما في سنّ مدونة قواعد أخلاقيات المهنة وقواعد النظام الداخلي.

تتمثل القرارات الفردية نتيجة عملية التسجيل في جدول المنظمة المهنية. فعلى سبيل المثال وفي المجال القضائي، تنص المادة 42 من القانون رقم 13-07، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة على أنه: " *تودع طلبات التسجيل في جدول المحامين مصحوبة بكل الوثائق المطلوبة لدى مجلس كل منظمة مقابل وصل في أجل شهرين (2) على الأقل قبل انعقاد الدورة.*

يبتّ مجلس كل منظمة في طلبات التسجيل هذه مرة واحدة كل سنة، ويعد عدم البتّ في الطلب قبولا له. يبلغ قرار مجلس منظمة المحامين مصحوبا بنسخة من الملف في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما إلى وزير العدل، حافظ الأختام، كما يبلغ إلى المعني بالأمر وإلى مدير التربص وإلى مجلس الاتحاد. (...) ". كما يتولى مجلس منظمة المحامين إدراج المتربصين المقبولين في جدول المحامين، وذلك بعد تأديتهم اليمين.[15] وأما في مجال الصحة، تنص الفقرة الأولى من المادة 349 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه: " *تسهر المجالس الوطنية للأدبيات في مجال الصحة، على تنظيم الالتحاق بالمهن التابعة لها عن طريق مسك الجداول الخاصة بها. ويكون التسجيل في مجلس أخلاقيات المهنة إجباريا* ".

تشمل القرارات الفردية كذلك ما يصدر عن المنظمات المهنية بمناسبة ممارستها السلطة التأديبية على أصحاب المهنة في حالة إخلالهم بقواعد أخلاقيات المهنة وأعرافها وخرق القواعد التشريعية والتنظيمية المؤطّرة للمهنة. وفي هذا الصّدد، تنص المادة 347 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، صراحة على ما يلي: " *تضطلع المجالس الوطنية والمجالس الجهوية للأدبيات الطبية، كل فيما يخصه، بالسلطة التأديبية والعقابية، وتبت في أي خرق لقواعد الأدبيات الطبية، وكذا في خروقات أحكام هذا القانون، في حدود اختصاصها.*

دون الإخلال بالمتابعات المدنية والجزائية، تعرّض المخالفات للواجبات المحددة في هذا القانون وكذا قواعد الأدبيات الطبية، أصحابها لعقوبات تأديبية.

تضبط كيفيات تنظيم وسير مختلف المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية وكذا قواعد الأدبيات الطبية، في مدونات الأدبيات الطبية تحدد عن طريق التنظيم ".

وكذلك هو الحال بالنسبة لمهنة محافظ البيع بالمزايدة، حيث تختص الغرفة الجهوية والغرفة الوطنية في حدود اختصاصها بالفصل في الدعوى التأديبية التي تخصّ محافظ البيع بالمزايدة[16]، حيث يمكن أن يتعرض هذا الأخير للعقوبات التأديبية المتمثلة في الإنذار، التوبيخ، التوقيف المؤقت عن ممارسة المهنة لمدّة أقصاها ستة (6) أشهر والعزل. وتحدّد الأخطاء المهنية التي تترتّب عليها هذه العقوبات في النظام الداخلي للغرفة الوطنية لمحافظي البيع بالمزايدة[17]. كما يحدّد الخطأ التأديبي الجسيم في النظام الداخلي لذات الغرفة[18].

وحماية لحقوق صاحب المهنة المعني بالقرارات التي تصدر في حقه من قبل المجالس المهنية الجهوية والوطنية، يكرّس المشرّع ضمانات تتعلق بحق الدفاع. ففي ما يتعلق بمهن الصحة، تكون قرارات المجالس الجهوية للأدبيات الطبية قابلة للطعن أمام المجالس الوطنية للأدبيات الطبية التابعة لها خلال أجل شهرين (2) ابتداء من تاريخ تبليغها، بينما تكون قرارات المجالس الوطنية للأدبيات الطبية قابلة للطعن أمام مجلس الدولة في أجل أربعة (4) أشهر، ابتداء من تاريخ تبليغها[19]. وأما بخصوص مهنة محافظ البيع بالمزايدة، فإنه لا يجوز توقيع أية عقوبة تأديبية دون الاستماع إلى محافظ البيع بالمزايدة

المعني بالأمر أو بعد استدعائه قانونا وعدم امتثاله. كما يحق له الاطلاع على ملفه التأديبي بنفسه أو بواسطة محاميه أو وكيله[20]. ومن جانب آخر، يُحدث المشرّع لجنة وطنية تكلف بالفصل في الطعون ضد قرارات المجالس التأديبية[21]. وفضلاً عن ذلك، يجوز الطعن في قرارات اللجنة الوطنية للطعن أمام مجلس الدولة. ولا يكون لهذا الطعن أثر موقف لتنفيذ قرارات اللجنة الوطنية للطعن[22].

وأما فيما يتعلق بالقرارات التنظيمية، تتمثل في إعداد وإصدار قواعد تتعلق بأخلاقيات المهنة في شكل تقنين يحتوي على أحكام مُلزمة تحدّد لاسيما الواجبات التي تقع على أصحاب المهنة، العلاقات فيما بينهم، وعلاقاتهم مع الزبائن[23]. فعلى سبيل المثال، تكلف الغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات والمنظمة الوطنية للمحاسبين المعتمدين باعتبارها أجهزة مهنية، في إطار القانون بإعداد مدونة أخلاقيات المهنة[24]. وكذلك هو الحال بالنسبة للغرفة الوطنية لمحافظي البيع بالمزايدة، بحيث أنه فضلاً عن أنها تسهر على تنفيذ كل عمل يهدف إلى ضمان احترام قواعد المهنة وأعرافها، تتولى أيضاً إعداد مدونة لأخلاقيات المهنة التي يتم نشرها في الجريدة الرسمية بموجب قرار من وزير العدل، حافظ الأختام[25].

إن تمتّع المنظمات المهنية بالشخصية المعنوية يعطيها قدرًا من الاستقلالية الادارية والمالية، إلاّ أنها استقلالية نسبية حيث تخضع بعض قراراتها المتّصلة بتنظيم ممارسة المهنة لضرورة تصديق السلطة الحكومية عليها، كما أن الحكومة قد تعيّن ممثلين عنها داخل مجالس هذه المنظمات يكون لهم حق الاعتراض على القرارات التي تصدرها[26].

نذكر على سبيل المثال ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 129 من القانون رقم 13-07، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة على أنه: " *تتشكل اللجنة الوطنية للطعن من سبعة (7) أعضاء منهم ثلاثة (3) قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة من بينهم الرئيس، يتم تعيينهم بقرار من وزير العدل حافظ الأختام وأربعة (4) نقباء يختارون من قبل مجلس الاتحاد من قدماء النقباء* ". وأما فيما يتعلق باللجنة الوطنية لمهنة الوكيل المتصرف القضائي، فتتشكل من إحدى عشر (11) عضوا، من بينهم ثلاثة (3) وكلاء متصرفين قضائيين فقط، في حين يمثلون الأعضاء الآخرون كل من: قاض من المحكمة العليا، قاض من مجلس المحاسبة، قاض حكم من المجلس القضائي، قاض حكم من المحكمة، عضو من المفتشية العامة للمالية، أستاذ في الحقوق أو العلوم الاقتصادية أو التسيير، خبيرين (2) في الميدان الاقتصادي أو الاجتماعي. وفضلا عن ذلك، يعيّن ممثل لوزير العدل يتولى على الخصوص أمانة اللجنة الوطنية[27].

يلاحظ من جهة أخرى تدخل السلطات العمومية المؤهلة قانونا في تنظيم سير المهن الحرة بواسطة الرقابة المفروضة على المنظمات المهنية. فعلى سبيل المثال نشير إلى أن مكاتب التوثيق توضع تحت رقابة وزير العدل حافظ الأختام[28]، بينما توضع مكاتب المحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزايدة تحت رقابة وكيل الجمهورية لمكان تواجد مكاتبهم. ويجوز لوكيل الجمهورية مراقبة وتفتيش مكاتب المحضرين القضائيين التابعين لدائرة اختصاصه بحضور رئيس الغرفة الجهوية أو المحضر القضائي الذي يمثله أو محافظ البيع بالمزايدة الذي يمثله حسب الحالة، وذلك بعد إشعاره قانونا وفي آجال معقولة[29].

إن الضبط القانوني الذي تمارسه المنظمات المهنية من شأنه أن يطوّر الدور المهم للضبط الاجتماعي وذلك بواسطة سنّ أحكام قانونية صارمة تقيم المسؤولية المدنية والجزائية لأعضاء المنظمات المهنية تحقيقا للفعالية المرجوة لهذه المنظمات. ومن جهة أخرى فإن أحكام القانون الوضعي كتلك المتعلقة بالقانون التعاقدي والنظام العام يمكن إثرائها وتطويرها بشكل كبير بواسطة القواعد المتعلقة بالمعاملات الصادرة عن المنظمات المهنية، ليتّضح في الأخير بأن هنالك علاقة تفاعل متبادل بين النظامين[30].

2.1- استخلاف القانون الاتفاقي للتنظيمات المنفردة

اتّسمت مرحلة التسيير الاداري للاقتصاد باعتماد الدولة على أساليب التدخل المنفردة الصادرة عن الإدارة المركزية لتنظيم جوانب كثيرة من الحياة الاقتصادية والاجتماعية. غير أنه منذ بداية الثمانينات بدأت تُرسم معالم التوجه الاقتصادي اللّيبرالي لاسيما في مجال علاقات العمل، حيث انسحبت الدولة تدريجيًا من حقل تنظيم علاقة العمل مقابل حلول العقد محل التنظيم. وشكّل هذا التوجه الجديد منعرجًا حاسمًا لتحوّل علاقات العمل ذات الطابع اللائحي إلى علاقات العمل القائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وذلك بصدور مجموعة من النصوص القانونية التي رفعت القيود التي تخضع لها المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ولو بصفة جزئية عن طريق الاعتراف لها بمجال معيّن في حرية وضع مختلف التعويضات[31]، وأيضًا فيما يتعلق بتصنيف مناصب العمل[32].

وفي السياق نفسه، صدرت في أواخر الثمانينات المنظومة القانونية المتعلقة باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية لاسيما القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي المؤسسات العمومية الاقتصادية[33]، حيث شكّلت هذه المنظومة الإطار المرجعي في وضع مشروع قانون علاقات العمل لسنة 1990، وقبله مجموعة من القوانين المتعلقة بتسوية النزاعات الجماعية والفردية في العمل[34] القائمة على أساس الآليات الاتفاقية، بدلاً من الآليات الإدارية التي كانت سائدة من قبل[35].

وجدير بالذكر أنه بصدور القوانين الجديدة سالفة الذكر، توفرت لأوّل مرّة للمؤسسات العمومية الاقتصادية بصفة خاصة، وبقية المؤسسات الخاصة بصفة عامة، الإطار القانوني الواضح للتفاوض وإبرام الاتفاقيات الجماعية بينها وبين المنظمات النقابية الممثلة لمختلف الفئات العمالية التي تشغلها[36].

وعلى هذا النحو، تسترجع الاتفاقيات الجماعية دورها التنظيمي في إطار حرية التعاقد وفي حدود احترام المبادئ، الحريات العامة والحقوق الأساسية لكل طرف[37]. كما أنه بمناسبة صدور القانون رقم 90-10، المتعلق بعلاقات العمل[38]، أصبحت عقود العمل الفردية والجماعية تخضع في معظم جوانبها لمبدأ سلطان الإرادة، حيث ترك المشرّع هامشًا كبيرًا لأطراف عقود العمل لترتيب آثارها تماشيا مع الانفتاح على اقتصاد السوق، خاصة فيما يتعلق بحقوق العمال، وذلك بعدما كانت علاقات العمل قبل فترة الاصلاحات تأخذ شكل العقد، ولكن تحيط به مجموعة من القيود التشريعية والتنظيمية، ممّا أضفى على علاقات العمل آنذاك الطابع اللائحي[39].

إن التحوّل الهام في قانون العمل يكمن في تقليص التشريع الدولاني لتنظيم علاقة العمل لصالح قانون اتّفاقي[40]، بحيث يُعبّر هذا التحوّل عن الانتقال إلى مرونة قانون العمل في إطار اقتصاد السوق[41]. فعلى سبيل المثال تنص المادة 1/81 من القانون رقم 90-10، سالف الذكر، إلى أن الأجر الأساسي ينجم عن التصنيف المهني في الهيئة المستخدمة. وأما المادة 9 منه تؤكّد على أن عقد العمل يتم وفق الأشكال التي تتّفق عليها الأطراف المتعاقدة. وأما المادة 120 منه تشير إلى الاتفاقيات الجماعية التي تبرم بين الممثلين النقابيين للعمال والهيئة المستخدمة، فضلاً عن معالجتها لشروط التشغيل والعمل. كما تحدّد كذلك التصنيف المهني، الأجور، المكافآت، فترات التجريب، إجراءات المصالحة في حالة نزاع جماعي في العمل وممارسة الحق النقابي ...إلخ.

يظهر بأن تنظيم شروط علاقة العمل لم يعد من صلاحيات الدولة بل تُرك أمر ذلك لصالح الشركاء الاجتماعيين للمبادرة في خلق وتطوير القواعد المتعلقة بالعلاقات الفردية والجماعية للعمل[42]. فالطابع التعاقدي للقواعد القانونية التي تُنتج في وسط العلاقات المهنية منها التجارية والاقتصادية يُعدّ عاملاً حاسمًا في تحوّل البنية الصلبة للقانون من قانون أحادي الجانب والمصدر إلى قانون ذات مصدر تفاوض واتّفاقي[43]. وهذا ما سايره الاجتهاد القضائي الذي يعطي للعامل حقوق ويكرّس مبدأ سلطان الإرادة، ويؤكّد على ضرورة احترام عقد العمل والمشارطات التي يتضمنها. ففي قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا تقرّر بأن نقل العامل لداعي الصالح العام دون موافقته لا يمكن قبوله خاصة إذا كان هنالك عقد فردي أو اتفاقية جماعية تنظم هذه المسألة. كما أن التحجج بداعي المصلحة العامة لا يكفي وحده كذريعة لنقل العامل ما لم يوافق هذا الأخير على ذلك، حيث أنه إذا لم يندرج نقل العامل في النظام الداخلي أو في عقد العمل يبقى إجراء تعسفي ولو حاول تبريره بالصالح العام[44].

يمكن اعتبار عقد العمل من العقود الرضائية المتكونة من الأركان نفسها المألوفة في القانون المدني بعد أن كان هذا العقد في ظلّ القانون الأساسي العام للعامل لسنة 1978 [45]، يفترض خضوعه لشكل نموذجي أو تنظيمي. ولكن مقابل ذلك، فإن حرية التعاقد في تحديد مضمون العقد ليس مطلقا بل مقيّدًا بقواعد قانونية ملزمة توزّع الحقوق بين طرفي العلاقة القانونية وفقا لمقتضيات النظام العام الاجتماعي[46] من جهة، فضلاً عن القيود التي تفرضها متطلبات النظام العام المدني والآداب العامة من جهة أخرى.

إن الدولة لم تتراجع بصفة مطلقة عن تنظيم مختلف جوانب علاقات العمل لصالح الأطراف المتعاقدة، إنّما تحتفظ أيضًا بحق التأطير العام لهذه العلاقات. فعلى سبيل المثال تنص الفقرة الأولى من المادة 135 من القانون رقم 90-10، سالف الذكر، على ما يلي: "*تعدّ باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به* "، في حين تؤكّد المادة 136 منه على أنه: "*يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما. وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون* ". كما تشير المادة 136 منه إلى أنه: "*يكون باطلا وعديم الأثر كل بند*

في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية". ويلاحظ أن مثل هذه النصوص القانونية من شأنها ضمان الحدّ الأدنى من الحماية القانونية والاجتماعية للعامل.

2- تكريس مفهوم جديد لتنظيم العلاقة بين الدولة والاقتصاد والمجتمع

لمّا كانت الدولة في مرحلة التسيير الاشتراكي للاقتصاد هي الوحيدة القادرة على اقتحام النشاط الاقتصادي بواسطة قطاعها العمومي، فإن الوضع تغيّر في الوضع الراهن بفعل الانتقال إلى نظام الاقتصادي الليبرالي القائم على مبادئ من شأنها أن تسمح بتدخل أشخاص القانون الخاص في مختلف النشاطات التي أصبحت مفتوحة للمنافسة الوطنية والأجنبية على حدّ سواء.

إن إشراك أشخاص القانون الخاص إلى جانب الدولة للنهوض بالاقتصاد الوطني يندرج ضمن سياسة السلطات العمومية الهادفة إلى تخفيف الأعباء الكبيرة الملقاة على عاتق الدولة أمام تزايد الحاجات العامة في ظلّ ما يعرفه العالم اليوم من عولمة في جميع المجالات وعلى جميع المستويات. ويتّفق هذا الخيار مع المهام الجديدة الموكلة للدولة والمتعلقة بالضبط الذي يفرز مفهوما جديدًا لتنظيم العلاقة بين الدولة والاقتصاد والمجتمع. ولعلّ من أبرز صور تدخل أشخاص القانون الخاص كفاعلين في المجتمع تتمثل في مساهمة المجتمع المدني في تسيير الشؤون العمومية باعتبارهم الأدرى بقضاياهم وانشغالاتهم اليومية **(1.2)**. وأما على مستوى النشاط الاقتصادي بصفة عامة، أصبح بإمكان تدخل مختلف الفاعلين في عملية ضبط النشاطات الاقتصادية إلى جانب أجهزة الضبط التي استحدثها المشرع في إطار انتقال الدولة من متدخلة إلى ضابطة في الحقل الاقتصادي **(2.2)**.

1.2- مساهمة المجتمع المدني في تسيير الشؤون العمومية

تقتضي عملية التقنين تحديد المخاطب الحقيقي بالقاعدة القانونية، بحيث تنتقيه من بين المخاطبين المثاليين، أو المحتملين، أو المفضلين لها، وذلك حتّى تكون في مستوى قدراته ومؤهلاته، وتؤثر فيه بالإيجاب من خلال حسن التواصل معه[47]. غير أن فعالية القاعدة القانونية لا تقاس بدرجة محتواها فقط، إنّما كذلك من خلال كيفية إعدادها والبحث عن طرق تجعلها قابلة للتطبيق في الواقع العملي[48].

يمكن أن نستخلص تكريس هذا التصوّر انطلاقا من الدستور[49]، حيث تنص صراحة الفقرة الثالثة من المادة 15 على ما يلي: " *تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية*".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن المادة 15 من الدستور تغيّر موضعها في ظلّ مشروع تعديل الدستور[50]، حيث أصبحت المادة 16 وأضيفت لها في الفقرة الثالثة منها عبارة " *لاسيما من خلال المجتمع المدني* "، ليصبح نصها كالتالي: " *تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية، لاسيما من خلال المجتمع المدني* ". وفضلاً عن ذلك، يضيف المشروع سالف الذكر في المادة 10 منه على أنه: "*تسهر الدولة على تفعيل دور المجتمع المدني للمشاركة في تسيير الشؤون العمومية*".

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية[51]، نجده ينص على جملة من المبادئ المجسّدة لفكرة الديمقراطية التشاركية. فالمادة 2 منه تنص صراحة على أن: " *البلدية هي القاعدة الإقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية*". وأما المادة 11 منه ، والواردة في الباب الثالث تحت عنوان (مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية)، تنص على أنه: "*تشكل البلدية الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجواري.*

يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأوليات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حسب الشروط المحددة في القانون.

ويمكن في هذا المجال استعمال، على وجه الخصوص الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة.

كما يمكن المجلس الشعبي البلدي تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين ".

كما أنه تفعيلاً لدور المجتمع المدني في صنع القرار المحلي تضيف الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون رقم 11-10 سالف الذكر على أنه: " *قصد تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجواري المذكور في المادة 11 أعلاه، يسهر المجلس الشعبي البلدي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم* ". وفي هذا الإطار، تبيّن المادة 26 منه أن الأصل في مداولات المجلس الشعبي البلدي تكون علنية ومفتوحة لمواطني البلدية ولكل مواطن معني بموضوع المداولة ما عدا المداولات التي تكون في جلسة مغلقة من أجل دراسة الحالات التأديبية للمنتخبين ودارسة المسائل المرتبطة بالحفاظ على النظام العام.

وفضلاً عن ذلك، واستناداً إلى أحكام المادة 13 من القانون رقم 11-10 سالف الذكر، نجدها تُمكّن رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما تقتضي ذلك شؤون البلدية، أن يستعين بصفة استشارية، بكل شخصية محلية وكل خبير و/أو كل ممثل جمعية محلية معتمدة قانونا، الذين من شأنهم تقديم أي مساهمة مفيدة لأشغال المجلس أو لجانه بحكم مؤهلاتهم أو طبيعة نشاطاتهم. غير أن هذه الاستشارة تعتبر اختيارية بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يتمتّع بسلطة تقديرية واسعة في اللجوء إلى هذه الاستشارة، ذلك أن المشرّع لم يحدّد بدقة مقتضيات شؤون البلدية.

ومن بين أوجه تجسيد الحكامة التشاركية في تسيير الشؤون العمومية للمواطن، نذكر مجال التعمير أين تُتاح الفرصة للجمعيات بالمشاركة في مرحلة إعداد أدوات التهيئة والتعمير المتمثلة في المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير ومخططات شغل الأراضي[52] التي لها أهمية بالغة في التخطيط المحلي وتحقيق المصلحة العامة، حيث لا تسلّم أي شهادة أو رخصة تعمير إلاّ إذا كانت تستجيب للمعايير المحدّدة في هذه المخططات[53]. وبالرجوع إلى نص المادة 15 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، نلاحظ تكريس المشرّع لفكرة الاستشارة الوجوبية لصالح الجمعيات في إعداد المخطط

التوجيهي للتهيئة والتعمير، حيث تنص على أنه: " *يجب استشارة الجمعيات المحلية للمستعملين والغرف التجارية والفلاحية والمنظمات المهنية أثناء إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي* ". ويتقرّر إعداد هذه المخططات عن طريق مداولة من المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية، حيث تبيّن هذه المداولة كيفيات مشاركة الجمعيات في إعداده[54]. وجدير بالذكر أن مخالفة إجراء هذه الاستشارة يجعل مداولات وقرارات المجلس الشعبي البلدي غير مشروعة ومشوبة بعيب عدم الشكل والإجراءات وبالتالي تكون قابلة للإلغاء[55].

وعلى هذا النحو، يتّضح جلّياً مساهمة الجمعيات في إعداد القواعد القانونية للمخططات المتعلقة بأدوات التهيئة والتعمير سالفة الذكر، ذلك أن محتوى هذه المخططات بعد المصادقة عليها من الجهات الإدارية المختصّة يتضمن بالنسبة للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، تقنين يحدّد القواعد المطبقة بالنسبة إلى كل منطقة مشمولة في القطاعات كما هي محدّدة في المواد 20 و21 و22 و23 من القانون رقم 90-29 المذكور أعلاه[56]. وأما محتوى مخطط شغل الأراضي، فيتضمن لائحة تنظيم تحتوي لاسيما على جانب القواعد التي تحدّد لكل منطقة متجانسة ومع مراعاة الأحكام الخاصة المطبّقة على بعض أجزاء التراب كما هو محدّد في الفصل الرابع من القانون رقم 90-29 سالف الذكر: نوع المباني المرخص بها أو المحظورة و وجهتها، وحقوق البناء المرتبطة بملكية الأرض التي يعبّر عنها معامل شغل الأرض ومعامل مساحة ما يؤخذ من الأرض مع جميع الارتفاقات المحتملة. ويبيّن التقنين فضلاً عن ذلك، شروط شغل الأراض المرتبطة بما يأتي[57]:

- المنافذ والطرق،
- وصول الشبكات إليها،
- خصائص القطع الأرضية،
- موقع المباني بالنسبة إلى الطرق العمومية وما يتّصل بها،
- موقع المباني بالنسبة إلى الحدود الفاصلة،
- موقع المباني بالنسبة بعضها من بعض على ملكية واحدة،
- ارتفاع المباني،
- المظهر الخارجي،
- موقف السيارات،
- المساحات الفارغة والمغارس.

تبيّن أيضاً لائحة التنظيم نوع المنشآت والتجهيزات العمومية ومواقعها وتحدّد الطرق والشبكات المختلفة التي تتحملها الدولة كما هو محدّد في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والتي تتحملها الجماعات المحلية، وكذلك آجال إنجازها.

يُجسّد المشرّع كذلك فكرة مشاركة المواطنين في عملية إعداد المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير ومخططات شغل الأراضي عن طريق الاستقصاء العمومي بمناسبة التحقيق العمومي الذي تباشره الإدارة على مستوى إقليم البلدية المعنية أو مجموعة البلديات المشتركة المعنية. ويترجم الاستقصاء العمومي عملياً من خلال الملاحظات التي يبديها المواطنين بشأن المخططات سالفة الذكر وذلك في سجل مرقوم وموقع من رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو من رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنية، أو يعرب عنها مباشرة أو ترسل كتابيا إلى المفوض المحقق أو المفوضين المحققين[58].

إن مشاركة المواطنين على هذا النحو يعني السماح لهم بالتعبير عن آرائهم في تسيير جانب من الشأن العام للبلدية التي ينتمون إليها، غير أن ذلك متوقف على درجة الوعي المدني ومدى اهتمامهم بهذه المسائل التي قد تبدو من الوهلة الأولى ذات طابع تقني إلاّ أنها في حقيقة الأمر مرتبطة بالمحيط الذي يعيشون فيه والمتعلق أساسًا بالمدينة. وفي هذا الإطار، يعتبر القانون رقم 06-06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة[59]، أنه من بين المبادئ العامة لتحقيق سياسة المدينة بصفة منظمة ومنسجمة وناجعة هي التنسيق والتشاور بين مختلف القطاعات والفاعلين المعنيين[60]. وانطلاقاً من أن استشارة الجمعيات والمواطنين في مجال العمران من شأنها أن تقدم للإدارة معلومات وإضافات جديدة في إطار الشفافية ومقتضيات الحكم الراشد، إلاّ أن هذه الاستشارة تبقى غير ملزمة بالنسبة للإدارة التي تتمتّع بسلطة تقديرية في استبعادها. فالإدارة لا تعطي أية معلومة أو جواب بطريقة علنية حول ملاحظات الجمعيات والمواطنين، ممّا يجعل الاستشارة مجرّد إجراء شكلي[61].

2.2- الانتقال التدريجي من التنظيم الدولاني إلى الضبط الاقتصادي

أصبح مصطلح " الضبط " يُتداول في سياق سياسي-اقتصادي ومعبّراً في غالب الأحوال عن فكرة الانفتاح الاقتصادي والحفاظ على المنافسة في قطاع معيّن[62]. فوفقا للمفهوم الواسع من وجهة نظر قانونية، يعني الضبط تأطير المعاملات مع محاولة التوفيق الأمثل بين المصالح المختلفة لضمان النظام الاجتماعي وتحقيق الرفاهية للمجتمع. وأما الضبط وفقا للقانون الاقتصادي يعني تأطير الممارسات بواسطة سنّ قواعد قانونية من شأنها أن تحمي المصالح الشرعية وتوقيع الجزاء على من يخالفها[63]. وعلى هذا الأساس، يتّضح بأن الضبط لا يعني نفي دور الدولة في السّير الحسن لدواليب الاقتصاد، بل أن الضبط هو دلالة على طريقة أخرى للتدخل الدولاني انطلاقا من فلسفة اجتماعية تتوافق مع الاستقلالية القانونية للأعوان الاقتصاديين واقتصاد السوق[64].

وعلى الرغم من استعمال المشرّع لمصطلح الضبط في ظلّ مرحلة التسيير الاشتراكي للاقتصاد، إلاّ أنه لم يتبن مفهوم الضبط بمدلوله اللّيبرالي الوارد في القانون المقارن إلاّ انطلاقا من التسعينيات، حيث أخذ بعدًا مؤسّساتياً لأوّل مرّة في القانون الجزائري[65]، وذلك بصدور القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام[66]، الذي أنشأ أول هيئة ضبط في الجزائر وهي المجلس الأعلى للإعلام، بحيث كيّفته الفقرة

الأولى من المادة 59 منه صراحة على أنه: " *(...) سلطة إدارية مستقلة ضابطة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تتمثل مهمتها في السهر على احترام أحكام هذا القانون* ".

يلاحظ أيضًا أنه مع تزايد وتيرة تحرير النشاطات الاقتصادية والمرفقية لصالح القطاع الخاص في ظلّ الانتقال إلى اقتصاد السوق، أخذ مصطلح الضبط يعرف استعمالاً واسعاً مع إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة في المجالين الاقتصادي والمالي والمتمثلة لاسيما في مجلس النقد والقرض، اللجنة المصرفية[67]، لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة[68]، مجلس المنافسة[69]، سلطة ضبط البريد والمواصلات السّلكية واللاّسلكية[70]، لجنة ضبط الكهرباء والغاز[71]، سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه[72].

تعميقاً للإصلاحات المسطّرة في هذا الإطار، تم دسترة الضبط لأوّل مرّة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث تنص صراحة المادة 34 من الدستور على أن: " *حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.*

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة ".

تمثل هذه المادة منعرجًا حاسمًا في تحوّل القانون الاقتصادي، بحيث تضمّنت جملة من المبادئ الاقتصادية العامة المتمثلة لاسيما في مبدأ حرية الاستثمار والتجارة، مبدأ منع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة، بالإضافة إلى مبدأ حماية حقوق المستهلكين، وتعتبر هذه المبادئ بمثابة النواة الصلبة لقانون الضبط[73].

يُقصد بالضبط وفقا للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، حسب المادة 3 منه: " *كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقا لأحكام هذا الأمر* ". وتضيف المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 سالف الذكر، على أنه: " *يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين* ".

وفي إطار المهام الضبطية الموكولة للهيئات الإدارية المستقلة، تتولى هذه الأخير السهر على حماية وتأطير المنافسة ومختلف النشاطات الاقتصادية التابعة لها. فعلى سبيل المثال وفي قطاع الطاقة، يؤكّد القانون رقم 02-01، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، بموجب المادة الأولى منه أنه يهدف إلى تحديد القواعد المطبقة على النشاطات المتعلقة بإنتاج الكهرباء، نقلها، توزيعها وتسويقها ونقل الغاز، توزيعه وتسويقه بواسطة القنوات. كما تنص المادة 115 منه على أن لجنة ضبط الكهرباء وتوزيع

الغاز تقوم بالتعاون مع المؤسسات المعنية من أجل احترام قواعد المنافسة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها. وأما في قطاع البريد والاتّصالات الالكترونية، فإن القانون رقم 18-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتّصالات الإلكترونية، وبموجب المادة الأولى منه، تنص على أن هذا القانون يهدف على الخصوص، إلى: " *(...) – تحديد الشروط التي من شأنها تطوير وتقديم خدمات البريد والاتصالات الإلكترونية ذات نوعية مضمونة في ظروف موضوعية وشفافة وغير تمييزية في مناخ تنافسي مع ضمان المصلحة العامة (...)* ".

يمكن استنتاج تحوّل دور الدولة في تأطير وتنظيم الاقتصاد من متدخلة إلى ضابطة من خلال الهيئات الإدارية المستقلة التي استحدثها المشرّع استخلافا للإدارة التقليدية لاعتبارات عملية بالنظر إلى الخصائص التي تتمتّع بها هذه الهيئات والمتمثلة لاسيما في عدم التحيّز، المرونة والاحترافية، والفعالية، وذلك بالنظر إلى معيار تركيبتها الجماعية التي تضم ممثلين عن القطاعات المعنيّة. ويتعلق الأمر خاصة بتلك التي تتمتّع بسلطة تنظيمية حقيقية مثل لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها ومجلس النقد والقرض، بحيث تتولى مهمّة سنّ قواعد قانونية في مجال البورصة والمجال البنكي لمخاطبة المتعاملين الاقتصاديين في القطاعات التي ينتمون إليها.

يظهر تمثيل المهنيين على مستوى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، حيث يتم تعيين عضو مختار من بين المسيّرين للأشخاص المعنويين المصدّرة للقيم المنقولة. كما نجد تمثيل الخبراء، حيث يعيّن عضو يقترحه المصف الوطني للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين. كما نلاحظ تواجد أعضاء من سلك القضاء، حيث تتضمن اللجنة قاض يقترحه وزير العدل. وفضلاً عن ذلك، يعيّن عضو يقترحه الوزير المكلف بالمالية، وعضو آخر يقترحه محافظ بنك الجزائر، وأستاذ جامعي يقترحه الوزير المكلف بالتعليم العالي. والجدير بالذكر أن جميع هؤلاء الأعضاء يتم تعيينهم حسب قدراتهم في المجالين المالي والبورصي[74]. وأما بالنسبة لمجلس النقد والقرض، يتكون من تسعة (9) أعضاء، حيث يضم شخصيتان تُختاران بحكم كفاءتهما في المسائل الاقتصادية والنقدية وثلاثة موظفين ذوي أعلى درجة بحكم كفاءتهم في المجالين الاقتصادي والمالي[75].

إن إشراك المهنيين في مجالات البورصة والبنوك يسمح بضمان توفير المعلومات الكاملة للسلطة المختصّة باتّخاذ القرار. كما يكفل تحقيق التلاؤم بين المعلومات القائمة والإجراءات المتّخذة. وفضلاً عن ذلك، فإن سلطة العقاب التي تمارسها الهيئات الإدارية المستقلة بصفة عامة تصبح أكثر قبولاً، خصوصًا وأن هذه الهيئات تضم شخصيات لا نزاع في كفاءتها[76]. كما أن التعدّدية في التمثيل على مستوى هذه الأجهزة تسمح في خلق التوازن بين تأثيرات مختلف الجهات المعيّنة للأعضاء المكونة لها، وضمان كذلك إجراء المداولات بطريقة جماعية حول المواضيع الحسّاسة أو المسائل المعقدة، وذلك من أجل ضمان الموضوعية والجدّية[77].

يُلاحظ من جهة أخرى بأن تفويض سلطة إصدار اللوائح لصالح الهيئات الإدارية المستقلة يرجع بالأساس إلى قدرة هذه الأخيرة على ضمان النوعية التّقنية للقواعد التي تصدرها، من جهة، وقابلية هذه القواعد للتأقلم مع الواقع العملي من جهة أخرى[78]. ونشير في هذا المقام بأن العديد من الهيئات الإدارية المستقلة تمارس فقط سلطة تنظيمية غير مباشرة من خلال استشارتها من قبل الحكومة بخصوص مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصّلة بالقطاعات التي تتدخل فيها هذه الهيئات. ففي مجال المنافسة، يُبدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة منه ذلك. ويبدي كل اقتراح في مجالات المنافسة[79]. كما يُستشار في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها لاسيما[80]:

-إخضاع ممارسة مهنة أو نشاط ما، أو دخول سوق ما، إلى قيود من ناحية الكم،

-وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات،

-فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات،

-تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع.

وأما في مجال الطاقة، تضطلع لجنة ضبط الكهرباء والغاز بمهمّة استشارية لدى السلطات العمومية فيما يتعلق بتنظيم سوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز وسيرهما. كما تساهم لجنة الضبط في إعداد التنظيمات التطبيقية المنصوص عليها في القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات والنصوص التطبيقية المرتبطة به[81]. وأما في قطاع البريد والاتّصالات الإلكترونية، فإن هيئة الضبط تستشار من قبل الوزير المكلف بالقطاع بخصوص تحضير كل مشروع نص تنظيمي يتعلق بالقطاع، كما تُستشار أيضًا هيئة الضبط بخصوص ملائمة أو ضرورة اعتماد نص تنظيمي يتعلق دائما بالقطاع[82].

إذا كانت استشارة الهيئات الإدارية المستقلة في مسألة إعداد القاعدة القانونية يعني استشراف للنتائج المترتّبة عنها من أجل ضمان قابليتها للتطبيق في الواقع العملي، فإن هذا المسعى الجديد في ظلّ الدور الجديد الذي أصبحت تضطلع به الدولة يؤكّد رفض القواعد الدولانية النابعة عن التنظيمات المنفردة مقابل اعتماد إجراءات أخرى لاتّخاذ القرار ترتكز على مبادئ أخرى مثل الحوار والتشاور واحترام الحريات، لينتقل المخاطبين بالقواعد القانونية الموضوعة على هذا النحو من مركز المسيّرِين إلى الشركاء الفعليين الذين سيلتزمون أكثر بهذه القواعد بحكم مشاركتهم في إعدادها[83]. غير أن مشاركة الهيئات الإدارية المستقلة على هذا النحو قد تكون مجرّد مشاركة شكلية، ذلك أن الحكومة في نهاية الأمر لها السلطة التقديرية في استبعاد الاستشارة الصادرة عن الهيئات الإدارية المستقلة، بحيث أنه على الرغم من تمتّعها بسلطة استشارية واسعة، إلاّ أنها لا تعرف تفعيلاً حقيقياً لهذا الاختصاص بالنظر إلى قصوره من الناحية الاجرائية، حيث لا يُلزم المشرّع السلطة التنفيذية في طلب استشارتها كما لا يلزمها الأخذ بهذه الاستشارة[84].

وفضلاً لما تقدّم ذكره، فإنه إذا كان مبدأ التعدّدية في التمثيل على مستوى الهيئات الإدارية المستقلة يساهم في خلق التوازن بين مختلف الجهات المعيّنة للأعضاء المكوّنة لها وضمان إجراء المداولات بطريقة جماعية حول المواضيع الحسّاسة أو المسائل المعقّدة من جهة وضمان الموضوعية والجدّية في اتّخاذ القرارات المناسبة من جهة أخرى[85]، إلاّ أن ذلك متوقف على مدى استقلالية هذه الهيئات اتجاه السلطة التنفيذية. فوفقا للقانون الجزائري يحتكر رئيس الجمهورية سلطة تعيين أعضاء الهيئات الإدارية المستقلة دون أن تنازعه في ذلك جهة أخرى. فعلى سبيل المثال يتكون مجلس المنافسة من اثني (12) عشر عضوا، بحيث يعيّن رئيس مجلس المنافسة ونائبا الرئيس والأعضاء الآخرون بموجب مرسوم رئاسي[86]. ونذكر على سبيل المثال أنه في مجال البريد والاتّصالات، يتكون مجلس هيئة ضبط البريد والاتّصالات الالكترونية من سبعة (7) أعضاء من بينهم الرئيس، يعيّنهم رئيس الجمهورية، بناء على اقتراح من الوزير الأول[87]. وأما في مجال الطاقة، تتشكل اللجنة المديرة للجنة ضبط الكهرباء والغاز من رئيس وثلاثة (3) مديرين يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة[88]. وأما في المجال المصرفي، يتكون مجلس النقد والقرض من تسعة (9) أعضاء يعيّنون كلهم بموجب مرسوم رئاسي[89]. كما يعيّن رئيس الجمهورية كذلك جميع أعضاء اللجنة المصرفية المتكونة من ثمانية (8) أعضاء[90]. والملاحظ بأن احتكار رئيس الجمهورية لسلطة تعيين أعضاء الهيئات الإدارية المستقلة من شأنه أن يحدّ وينتقص من استقلاليتها اتجاه السلطة التنفيذية، الأمر الذي ينعكس سلبًا على أداء وظيفتها الضبطية المنوطة بها بكل حياد وشفافية.

خاتمة:

عكس النموذج الاقتصادي القائم خلال مرحلة التسيير الاشتراكي للاقتصاد السياسية المنتهجة من قبل السلطات العمومية، بحيث تُرجمت بواسطة منظومة قانونية بدءاً من المواثيق الوطنية والدساتير الاشتراكية ومختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المستلهمة من روح فلسفة التوجه الاشتراكي في تنظيم وتأطير علاقة الدولة بالاقتصاد والمجتمع. غير أن الاصلاحات الاقتصادية المسطّرة انطلاقا من الثمانينات أدّت إلى تحوّل عميق في النظام الاقتصادي المتّبع وذلك عبر الانتقال من نموذج الاقتصاد الموجه إلى نموذج الاقتصاد الليبرالي، ممّا أدّى إلى تحوّل دور الدولة في الحقل الاقتصادي، بحيث انتقلت من دورها كمتدخلة وموجهة للنشاطات الاقتصادية إلى ضابطة بما يتماشى وتكريس الحرية الاقتصادية بين مختلف المتدخلين في هذه النشاطات.

يبيّن انسحاب الدولة على هذا الشكل بأنها لم تعد المهيمنة على منطقة النشاطات الاقتصادية، إنّما أصبحت الدولة تسهر على فرض احترام القواعد والمبادئ الأساسية لضمان المنافسة المشروعة بين المتعاملين الاقتصاديين والتدخل بطرق وأساليب غير مباشرة ومرنة على خلاف ما كان عليه الوضع في مرحلة التسيير الاشتراكي للاقتصاد، بحيث تراجعت الدولة عن الأساليب التقليدية المعروفة آنذاك، والتي

تميّزت بالسلطوية والانفرادية والمركزية مقابل إقحام أشخاص القانون الخاص في عملية صنع القرار باعتبارهم شركاء في مهمّة النهوض بالاقتصاد، وذلك بعد تحرير مختلف النشاطات الاقتصادية والمرفقية من الاحتكار العمومي لصالح المنافسة الحرة.

إذا كان تراجع النظام القانوني الدولاني من شأنه أن يفسح مجالاً حرًا لصالح القوى الاقتصادية الخاصة للتدخل فيه إلاّ أن هذا التراجع لم يكتمل بعد بشكل كامل وكلي، من حيث أن الواقع العملي يكشف لنا في الوقت الرّاهن بأن الدولة لم تتخلص بصفة نهائية من مخلّفات أساليب التنظيم الموجه في التأطير القانوني للحقلين الاقتصادي والاجتماعي، ذلك أن مظاهر هيمنة وتدخل الدولة في هذا الشأن لا تزال قائمة كاتّخاذ السلطات العامة لإجراءات ضبطية تهدف إلى فرض الضرائب والرسوم أو وضع الشروط العامة المتعلقة بنشاط معيّن، ممّا يؤثر على القواعد الضبطية العادية المعمول بها في السوق والتي تفقد جزء من فعليتها ونجاعتها[91].

الهوامش

1- TAÏB Essaid, La réforme de l'administration en Algérie, Annuaire de l'Afrique du Nord, tome XXXV, *CNRS* Éditions, 1996, p. 346, www.aan.mmsh.univ-aix.fr/, consulté le 02/08/2020.

2- " يقصد بالقواعد الدولانية (Normes étatiques) تلك القواعد القانونية الموضوعة من قبل الدولة باعتبارها صاحبة السلطة العامة التي تقوم بناء على مجموعة من المعطيات والعوامل ذات الطابع الاقتصادي، السياسي، الاجتماعي والإيديولوجي، بوضع وسنّ قواعد قانونية معيّنة. وتتبع هذه القواعد القانونية إلى حدّ بعيد إما من التفاعلات الاجتماعية فتحضي عندئذ بنسبة معتبرة من الواقعية، وإما تكون بعيدة عنها بحيث تتدخل في تكوينها وبلورتها عوامل وضوابط خارجية وجديدة، الأمر الذي من شأنه أن يُحدث تفاعلات سلبية قد تجعل منها قواعد غريبة عن المجتمع بحيث تواجه بالرفض وبالمعارضة "، انظر في ذلك، كايس شريف، ظاهرة عدم فعلية القواعد القانونية في القانون الوضعي الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 6.

3- مرسوم تشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 7 ذي الحجة عام 1414 الموافق 18 مايو سنة 1994، يتعلق بشروط الانتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر ج ج عدد 32، مؤرخ في 25 مايو سنة 1994، معدل ومتمم؛ مرسوم تنفيذي رقم 96-293 مؤرخ في مؤرخ في 18 ربيع الثاني عام 1417 الموافق 2 سبتمبر سنة 1996، يحدد كيفيات تسيير الهيئات النقابية للمهندسين المعماريين، ج ر ج ج عدد 51، مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1996.

4- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ج ج عدد 14، مؤرخ في 8 مارس سنة 2006؛ مرسوم تنفيذي رقم 08-242 مؤرخ في أول شعبان عام 1429 الموافق 3 غشت سنة 2008، يحدد شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج ر ج ج عدد 45، مؤرخ في 6 غشت سنة 2006، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 18-84 مؤرخ في17 جمادى الثانية عام 1439 الموافق 5 مارس سنة 2018، ج ر ج ج عدد15، مؤرخ في 7 مارس سنة 2018.

5- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ج ج عدد 14، مؤرخ في 8 مارس سنة 2006؛ مرسوم تنفيذي رقم 09-77 مؤرخ في 15 صفر عام 1430 الموافق 11 فبراير سنة 2009، يحدد شروط الالتحاق بمهنة المحضر القضائي وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج ر ج ج عدد 11، مؤرخ في 15 فبراير سنة 2009، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 18-85 مؤرخ في17 جمادى الثانية عام 1439 الموافق 5 مارس سنة 2018، ج ر ج ج عدد 15، مؤرخ في 7 مارس سنة 2018.

6- قانون رقم 10-01 مؤرخ في 16 رجب عام 1431 الموافق 29 يونيو سنة 2010، يتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج ر ج ج عدد 42، مؤرخ في 11 يوليو سنة 2010؛ مرسوم

تنفيذي رقم 11-25 مؤرخ في 22 صفر عام 1432 الموافق 27 يناير سنة 2011، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للمصف الوطني للخبراء المحاسبين وصلاحياته وقواعد سيره، ج ر ج ج عدد 07، مؤرخ في 2 فبراير سنة 2011؛ مرسوم تنفيذي رقم 11-26 مؤرخ في 22 صفر عام 1432 الموافق 27 يناير سنة 2011، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات وصلاحياته وقواعد سيره، ج ر ج ج عدد 07، مؤرخ في 2 فبراير سنة 2011؛ مرسوم تنفيذي رقم 11-27 مؤرخ في 22 صفر عام 1432 الموافق 27 يناير سنة 2011، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للمنظمة الوطنية للمحاسبين المعتمدين وصلاحياته وقواعد سيره، ج ر ج ج عدد 07، مؤرخ في 2 فبراير سنة 2011.

7- قانون رقم 13-07 مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر سنة 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج ر ج ج عدد 55، مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 2013؛ مرسوم تنفيذي رقم 15-18 مؤرخ في ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015، يحدد كيفيات الالتحاق بالتكوين للحصول على شهادة الكفاءة لمهن المحاماة، ج ر ج ج عدد 04، مؤرخ في 29 يناير سنة 2015.

8- قانون رقم 16-07 مؤرخ في 29 شوّال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في3 غشت سنة 2016؛ مرسوم تنفيذي رقم 96-291 مؤرخ في 18 ربيع الثاني عام 1417 الموافق 2 سبتمبر سنة 1996، يحدد شروط الالتحاق بمهنة محافظ البيع بالمزايدة وممارستها ونظامها الانضباطي ويضبط قواعد تنظيم المهنة وسير أجهزتها، ج ر ج ج عدد 51، مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1996.

9- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 29 يوليو سنة 2018، معدل ومتمم بالقانون رقم 20-02 مؤرخ في 11 محرم عام 1442 الموافق 30 غشت سنة 2020، ج ر ج ج عدد 50، مؤرخ في30 غشت سنة 2020؛ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر ج ج عدد 52، مؤرخ في 8 يوليو سنة 1992.

10- ZOUAÏMIA Rachid, « Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien », IDARA, n° 21, 2001, p. 128.

11- MARAIS (du) Bertrand, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 128.

12- Ibid, p. 490.

13- GHENNAI Ramdane, « Le droit disciplinaire relevant des ordres professionnels en Algérie (note de jurisprudence relative à l'arrêt n° 063862 rendu par la cinquième chambre du Conseil d'Etat en date du 22-12-2010 », pp. 7- 8, www.docplayer.fr/, consulté le 11/07/2020.

14- ZOUAÏMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Éditions Belkeis, Alger, 2012, p. 21.

15- انظر المواد 43 و44 من القانون رقم 13-07، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، سالف الذكر.

16- تنص المادة 63 من القانون رقم 16-07، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، سالف الذكر على ما يلي: « يخطر المجلس التأديبي من طرف وزير العدل، حافظ الأختام أو النائب العام المختص أو رئيس الغرفة الوطنية لمحافظي البيع بالمزايدة.

إذا كانت الدعوى التأديبية تخص محافظ بيع بالمزايدة، يحال ملفة التأديبي على المجلس التأديبي للغرفة الجهوية التي ينتمي إليها .

إذا كانت الدعوى التأديبية تخص رئيس أو أحد أعضاء الغرفة الجهوية أو أحد أعضاء الغرفة الوطنية يحال الملف التأديبي من قبل رئيس الغرفة الوطنية على المجلس التأديبي للغرفة الجهوية غير تلك التي ينتمي إليها محافظ البيع المتابع.

إذا كانت الدعوى التأديبية تخص رئيس الغرفة الوطنية، تحال على المجلس التأديبي الذي يحدده وزير العدل، حافظ الأختام ».

17- انظر المادة 2/61 من القانون رقم 16-07، سالف الذكر.

18- تنص المادة 68 من القانون رقم 16-07، سالف الذكر على أنه: « إذا ارتكب محافظ البيع بالمزايدة خطأ جسيما، سواء كان إخلالا بالتزاماته المهنية أو جريمة من جرائم القانون العام مما لا سيمح له بالاستمرار في ممارسة نشاطه، يمكن وزير العدل، حافظ الأختام، توقيفه فورا، بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن تقديم توضيحات من محافظ البيع بالمزايدة المعني، وإبلاغ الغرفة الوطنية لمحافظي البيع بالمزايدة بذلك.

وفي غير حالات المتابعة الجزائية، يتعين أن يحال محافظ البيع بالمزايدة أمام المجلس التأديبي المختص في أجل أقصاه ستة (6) أشهر من تاريخ التوقيف وإلا أعيد إدماجه في ممارسة مهامه بقوة القانون ».

19- انظر المادة 350 من القانون رقم 18-11، يتعلق بالصحة، معدل ومتمم، سالف الذكر.

20- انظر المادة 65 من القانون رقم 16-07، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، سالف الذكر.

21- انظر المادة 1/70 من القانون رقم 16-07، سالف الذكر.

22- انظر المادة 2/74 و3 من القانون رقم 16-07، سالف الذكر.

23- ZOUAÏMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, op. cit., pp. 24-25

24- انظر المادة 15 من القانون رقم 10-01، يتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، سالف الذكر.

25- انظر المادة 53 من القانون رقم 16-07، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، سالف الذكر.

26- محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائر بين المفهومين التقليدي والاشتراكي دراسة مقارنة " فرنسا- الاتحاد السوفياتي- فرنسا- الجزائر "، د. م. ج، الجزائر، 1987، ص 11.

27- انظر المادة 9 من الأمر رقم 96-23 مؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996، يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، ج ر ج ج عدد 43، مؤرخ في 10 يوليو سنة 1996.

28- انظر المادة 50 من القانون رقم 06-02، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، سالف الذكر.

29- انظر المواد 6 و46 من القانون رقم 06-02، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، سالف الذكر والمواد 6 و58 من القانون رقم 16-07، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، سالف الذكر.

30- FARJAT Gérard, « Nouvelle réflexion sur les codes de conduite privée », in jean Clam et Giles Martin (s/d), Les transformations de la régulation juridique, L.G.D.G, Paris, 1998, p.163.

31- مرسوم رقم 81-14 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1401 الموافق 31 يناير سنة 1981، يحدد كيفيات حساب تعويض العمل التناوبي، ج ر ج ج عدد 5، مؤرخ في 3 فبراير سنة 1981، معدل ومتمم بالمرسوم رقم 88-220 المؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1409 الموافق 2 نوفمبر سنة 1988، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1988؛ مرسوم رقم 88-219 مؤرخ 22 ربيع الأول عام 1409 الموافق 20 نوفمبر سنة 1988، يتضمن كيفيات حساب تعويض الضرر، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1988؛ مرسوم رقم 88-221 مؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1409 الموافق 2 نوفمبر سنة 1988، يتضمن شروط تطبيق المكافآت على المردودية وطرق ربط الأجور بالإنتاج، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1988.

32- مرسوم رقم 80-119 مؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1400 الموافق 12 أبريل سنة 1980، يتضمن إنشاء لجان لتصنيف مناصب العمل، ج ر ج ج عدد 16، مؤرخ في 15 أبريل سنة 1980، معدل ومتمم بالمرسوم رقم 88-222 المؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1409 الموافق 20 نوفمبر سنة 1988، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1988.

33- قانون رقم 88-01 مؤرخ في 22 جمادى الأول عام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج ج عدد 2، مؤرخ في 13 يناير سنة 1988، معدل (نشير إلى أن المادة 28 من الأمر رقم 95-25 مؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق 25 سبتمبر سنة 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر ج ج عدد 55، مؤرخ في 27 سبتمبر سنة 1995 (ملغى)، قد ألغت جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر باستثناء البابين الثالث والرابع)؛ قانون رقم 88-02 مؤرخ في 22 جمادى الأول عام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988، يتعلق بالتخطيط، ج ر ج ج عدد 2، مؤرخ في 13 يناير سنة 1988 (ألغيت أحكام المواد 21، 22، 23 و24 منه بالأمر رقم 95-25 سالف الذكر)؛ قانون رقم 88-03 مؤرخ في 22 جمادى الأول عام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988، يتعلق بصناديق المساهمة، ج ر ج ج عدد 2، مؤرخ في 13 يناير سنة 1988 (ملغى)؛ قانون رقم 88-04 مؤرخ في 22 جمادى الأول عام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج ج عدد 2، مؤرخ في 13 يناير سنة 1988 (ملغى).

34- قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر ج ج عدد 6، مؤرخ في 7 فبراير سنة 1990؛ قانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر ج ج عدد 6، مؤرخ في 7 فبراير سنة 1990، معدل ومتمم.

35- أحمية سليمان، " نحو تكريس القانون الاتفاقي في علاقات العمل في الجزائر "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3، ص ص 8-9.

36- المرجع نفسه، ص 10.

37- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري: مبادئ قانون العمل، الجزء الأول، د. م . ج، الجزائر، 1998، ص 56.

38- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر ج ج عدد 17، مؤرخ في 25 أبريل سنة 1990.

39- بوالكور رفيقة، " تكريس الطابع التعاقدي لعلاقات العمل في التشريع الجزائري "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، ص 97، www.asjp.cerist.dz/، تاريخ الاطلاع 2020/05/16.

40- BOUDRA Belgacem, « Le régime juridique de l'entreprise publique économique », RASJEP, n° 2, 1993, p. 260.

41- ZAHIR Fares, « Mondialisation, économie de marché et politique sociale », RAT, n° 25, p. 75.

42- KORICHE M'hamed Nasr-Eddine, « Les relations de travail dans le secteur public : changement de problématique et ruptures normatives », RASJEP, n° 2, 1994, p. 240.

43- كايس شريف، ظاهرة عدم فعلية القواعد القانونية في القانون الوضعي الجزائري، مرجع سابق، ص 79.

44- انظر القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بتاريخ 24 نوفمبر 1993 في الملف رقم 101448 في قضية بين م. ع ضد الديوان الوطني للتمور، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1996، ص 150 وما يليها، نقلا عن طيطوس فتحي، " قراءة كرونولوجية لتطور عقد العمل في الجزائر "، مجلة الراصد العلمي، عدد 02، 2017، ص 241.

45- قانون رقم 78-12 مؤرخ في أول رمضان عام 1398 الموافق 5 غشت سنة 1978، يتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج ر ج ج عدد 32، مؤرخ في 8 غشت سنة 1978 (ملغى).

46- بوالكور رفيقة، مرجع سابق، ص 117.

47- دويني مختار، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2015/2014، ص 229.

48- ROUVILOIS Frédéric, « L'efficacité des normes : Réflexion sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », novembre 2006, p. 16, www.fondapol.org, consulté le 09/09/2020.

49- دستور 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج عدد 76، مؤرخ في 8 ديسمبر سنة 1996، معدل بمقتضى القانون رقم 02-03 مؤرخ في 27 محرم عام 1423 الموافق 10 أبريل سنة 2002، ج ر ج ج عدد 25، مؤرخ في 14 أبريل سنة 2002؛ قانون رقم 08-19 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429

الموافق 15 نوفمبر سنة 2008، ج ر ج ج عدد 63، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2008؛ قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، ج ر ج ج عدد 14، مؤرخ في 7 مارس سنة 2016 (استدراك ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 3 غشت سنة 2016).

50- مرسوم رئاسي رقم 20-251 مؤرخ في 27 محرم عام 1442 الموافق 15 سبتمبر سنة 2020، يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 54، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2020.

51- قانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر ج ج عدد 37، مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011.

52- انظر المادة 10 من القانون رقم 90-29، مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر ج ج عدد 52، مؤرخ في 2 ديسمبر سنة 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 04-05 مؤرخ في 27 جمادى الثاني عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004، ج ر ج ج عدد 51، مؤرخ في 15 غشت سنة 2004 (استدراك ج ر ج ج عدد 71، مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004).

53- بزغيش بوبكر، " مشاركة الجمعيات والمواطنين في إعداد أدوات التهيئة والتعمير: الإجراء القانوني المهجور"، المجلة القانونية للبحث القانوني، عدد 02 (عدد خاص)، 2019، ص 7.

54- انظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177 مؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1411 الموافق في 28 مايو سنة 1991 يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج ر ج ج عدد 26، مؤرخ في أول يونيو سنة 1991، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-317 المؤرخ في 6 شعبان عام 1426 الموافق 10 سبتمبر سنة 2005، ج ر ج ج عدد 62، مؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2005؛ انظر أيضاً المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178 المؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1411 الموافق 28 مايو سنة 1991 يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، ج ر ج ج عدد 26، مؤرخ في أول يونيو سنة 1991، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-318 المؤرخ في 6 شعبان عام 1426 الموافق 10 سبتمبر سنة 2005، ج ر ج ج عدد 62، مؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2005.

55- بزغيش بوبكر، مرجع سابق، ص 12.

56- انظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به، معدل ومتمم، سالف الذكر.

57- انظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178، يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، معدل ومتمم، سالف الذكر.

58- انظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177، يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، والمصادقة عليه، ومحتوى الوثائق المتعلقة به، معدل ومتمم، سالف الذكر والمادة 12 من المرسوم

التنفيذي رقم 91-178، يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، معدل ومتمم، سالف الذكر.

59- قانون رقم 06-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 21 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، ج ر ج ج عدد 15، مؤرخ في 12 مارس سنة 2006.

60- انظر المادة 2 من القانون رقم 06-06، سالف الذكر.

61- بزغيش بوبكر، مرجع سابق، ص 20.

62- COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, Droit public économique, 6ème édition, L.G.D.J, Paris, 2012, p. 529.

63- Ibid, p. 535.

64- CHAMPAUD Claude, « Régulation et droit économique », RIDE, 2002/1, www.cairn.info/, p. 61, consulté le 09/09/2020.

65- بوجملين وليد، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2015، ص ص 26-29.

66- قانون رقم 90-07 مؤرخ في 8 رمضان عام 1410 الموافق 3 أبريل سنة 1990 يتعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 14، مؤرخ في 4 أبريل سنة 1990 (ملغى بموجب القانون العضوي رقم 12-05 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 02، مؤرخ في 15 يناير سنة 2012).

67- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق 14 أبريل سنة 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج عدد 16، مؤرخ في 18 أبريل سنة 1990، معدل ومتمم (ملغى ومستبدل بالقانون رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج عدد 25، مؤرخ في 27 غشت سنة 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-04 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2016؛ متمم بالقانون رقم 17-10 مؤرخ في 20 محرم عام 1439 الموافق 11 أكتوبر سنة 2017، ج ر ج ج عدد 57، مؤرخ في 12 أكتوبر سنة 2017).

68- مرسوم تشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1413 الموافق 23 مايو سنة 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر ج ج عدد 34، مؤرخ في 23 مايو سنة 1993، معدل ومتمم بالأمر رقم 96-10 مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996، ج ر ج ج عدد 3، مؤرخ في 14 يناير سنة 1996؛ قانون رقم 03-04 مؤرخ في 16 ذي الحجة عام 1423 الموافق 17 فبراير سنة 2003 (استدراك ج ر ج ج عدد 32، مؤرخ في 7 مايو سنة 2003).

69- أمر رقم 95-06 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 9، مؤرخ في 22 فبراير سنة 1995، ملغى ومستبدل بالأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأول عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 43، مؤرخ في 20 يوليو سنة 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 21 جمادى الثاني عام 1429 الموافق 25 يونيو سنة 2008، ج ر ج ج عدد 36، مؤرخ في 2 يوليو سنة 2008؛ قانون رقم 10-05 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، ج ر ج ج عدد 46، مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

70- قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 5 جمادى الأول عام 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 48، مؤرخ في 6 غشت سنة 2000، ملغى ومستبدل بالقانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 مايو سنة 2018 الموافق 10 مايو سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 27، مؤرخ في 13 مايو سنة 2018.

71- قانون رقم 02-01 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق 5 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات، ج ر ج ج عدد 8، مؤرخ في 6 فبراير سنة 2002.

72- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 28 جمادى الثاني عام 1426 الموافق 4 غشت سنة 2005، يتعلق بالمياه، ج ر ج ج عدد 60، مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-03 مؤرخ في 15 محرم عام 1429 الموافق 23 يناير سنة 2008، ج ر ج ج عدد 04، مؤرخ في 27 يناير سنة 2008؛ أمر رقم 09-02 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009، ج ر ج ج عدد 44، مؤرخ في 26 يوليو سنة 2009.

73- كايس شريف، " أثر التعديلات الدستورية على المنظومة القانونية الوطنية "، مداخلة منشورة في مجلة مجلس الأمة، عدد 70، 2016، بمناسبة اليوم الدراسي حول التعديل الدستوري وانعكاساته على المنظومة القانونية الجزائرية، المنظم من قبل مجلس الأمة، الجزائر يوم 18 أفريل سنة 2016، ص 10، انظر: www.majlislouma.dz/، تاريخ الاطلاع على الموقع: 2017/06/15.

74- انظر المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، معدل ومتمم، سالف الذكر.

75- انظر المادة 58 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، سالف الذكر.

76- محمد محمد عبد اللطيف، " سلطة تنظيم الأسواق المالية، الإطار الدستوري والتنظيم التشريعي، بحث مقارن في كب من فرنسا ومصر والكويت "، مجلة الحقوق، العدد الثاني، 2009، ص 75.

77- Conseil d'Etat, Rapport public 2001 Jurisprudence et avis de 2000, « Les autorités administratives indépendantes », Études et documents n° 52, p. 291, www.ladocumentaionfrançaise.fr/, consulté le 17/06/2020.

78- LEPETIT Jean-François, « État, juge et régulateur », in Frison-Roche Marie-Anne (s/dir.), Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p.122.

79- انظر المادة 35 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، سالف الذكر.

80- انظر المادة 36 من الأمر رقم 03-03، سالف الذكر.

81- انظر المواد 114 و115 من القانون رقم 02-01، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، سالف الذكر.

82- انظر المادة 14 من القانون رقم 18-04، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، سالف الذكر.

83- KENKECHE Sid Ali, « La déréglementation face au jacobinisme de l'Etat, en France et en Algérie », RASJEP, n° 4, 2014, p. 86.

- بوجملين وليد، قانون الضبط الاقتصادي في الجزائر، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2015، ص 84.306

85- Conseil d'État, Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000, op. cit., p. 291.

86- انظر المواد 24 و25 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، سالف الذكر.

87- انظر المادة 1/20 من القانون رقم 18-04، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، سالف الذكر.

88- انظر المادة 117 من القانون رقم 02-01، يتعلق بالكهرباء والغاز بواسطة القنوات، سالف الذكر.

89- انظر المواد 13 و59 من الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، سالف الذكر.

90- انظر المادة 106 من الأمر رقم 03-11، سالف الذكر.

91- كايس شريف، ظاهرة عدم فعلية القواعد القانونية في القانون الوضعي الجزائري، مرجع سابق، ص 69.

Les Annales de l'université d'Alger1 **Volume :**35 -**N°** SPECIAL -**2021 P: 379-392**

Mondialisation et harmonisation ; vers l'émergence d'un cadre normatif à caractère régional des affaires Africain, Cas Maroc-OHADA

Globalization and harmonization; towards the emergence of a regional normative framework for African affairs, Morocco-OHADA case

RABHI Taoufik [1]

[1] **Professeur-Chercheur**

Département de Droit Privé - Université Mohammed V de Rabat

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Souissi

(Maroc) t.rabhi@um5s.net.ma

Membre de l'équipe de recherche en « Performance en Droit International et Comparé »
Le laboratoire de recherche en « Performance Juridique, Politique et Institutionnelle »,
et le Centre Interdisciplinaire de Recherche en « Performance et Compétitivité »

Date de réception: 09/10/2021 **Date d'acceptation:** 26/10/2021 **Date de publication:** novembre/2021

Résumé:

Partant du constat que le droit est un phénomène social, l'harmonisation des législations apparaît indispensable au développement de zones économiques d'échange comme le sont la Communauté européenne et l'Accord de libre-échange nord-américain. Harmoniser, c'est dégager des directions et des orientations communes, établir des principes et des règles de base communs.

En effet, dans un contexte de mondialisation et de globalisation il s'est opéré de grandes mutations économiques contemporaines modifiant ainsi les conditions du développement de certains pays africains, incitant désormais un mouvement d'intégration juridique en fonction des facteurs économiques, politiques, sociaux voire stratégique.

Sur le plan économique, il y un rapprochement juridique visant l'harmonisation des législations et une intégration juridique qui s'est manifestée par une ouverture vers l'extérieur adoptant une politique de libéralisme économique. Le Maroc, de part son positionnement géographique a exprimé son désir de faire partie de ce rapprochement juridique on exprimant sa volonté à adhérer à l'OHADA.

Mots cles: Mondialisation, harmonisation, Ohada, droit des affaires, Afrique, Maroc.

Abstract:

Based on the observation that law is a social phenomenon, the harmonization of legislation appears essential to the development of economic exchange zones such as the

Auteur correspondant: Rabhi Taoufik e-mail: t.rabhi@um5s.net.ma

European community and the North American free trade agreement. To harmonize means to identify common directions and orientations, to establish common basic principles and rules.

Indeed, in a context of globalization, great contemporary economic changes have taken place, thus modifying the development conditions of certain African countries, henceforth encouraging the movement of legal integration according to economic factors, political, social, even strategic.

On the economic level, there is a legal rapprochement aimed at the harmonization of legislation and legal integration which has manifested itself in an opening to the outside adopting a policy of economic liberalism. Morocco, because of its geographical position, has expressed its desire to be part of this legal rapprochement, by expressing its willingness to join OHADA.

Key words: Globalization, harmonization, Ohada, business law, Africa, Morocco.

Introduction

A un moment où les échanges internationaux prennent une ampleur sans précédent, la collaboration internationale dans tous les domaines de l'action et de la pensée humaine est aujourd'hui un fait connu, un besoin reconnu de tous. Cette collaboration provient de l'universalité des problèmes même qui se posent. Partant du constat que le droit est un phénomène social, l'harmonisation des législations apparaît indispensable au développement de zones économiques d'échange comme le sont la Communauté européenne et l'Accord de libre-échange nord-américain. Harmoniser, c'est dégager des directions et des orientations communes, établir des principes et des règles de base communs.

En effet, dans un contexte de mondialisation et de globalisation il s'est opéré de grandes mutations économiques contemporaines modifiant ainsi les conditions du développement de certains pays **africains**, incitant désormais un mouvement d'intégration juridique en fonction des facteurs économiques, politiques, sociaux voire stratégiques. Or, certains pays en Afrique ont fait évoluer progressivement leurs législations respectives conformément à leur souveraineté. D'autres ont préféré garder les lois héritées de la colonisation. Cette situation a généré un problème de décalage législatif – surtout en droit des affaires – entre pays appartenant à la même région économique ainsi qu'à la même région monétaire partageant les mêmes intérêts et les mêmes cultures.

Ce morcellement du cadre normatif s'est avéré inadapté aux nécessités économiques actuelles, voire en contradiction avec les aspirations des pays à créer de la richesse et lutter contre la pauvreté.

Le droit OHADA[1] est aujourd'hui mondialement connu, il est le ciment du commerce et des entreprises d'un espace de plus de 200 millions d'habitants, d'une superficie de 8,2 millions de Km², immensément riche en ressources naturelles.[2] Il est même pris en modèle dans d'autres parties du monde.[3]

Le mouvement d'harmonisation du droit est un mouvement en pleine expansion, un phénomène à caractère mondial parfois régional. Sur le plan économique, il y un

rapprochement juridique visant l'harmonisation des législations et une intégration juridique qui s'est manifestée par une ouverture vers l'extérieur adoptant une politique de libéralisme économique. Le Maroc,[4] de part son positionnement géographique a exprimé son désir de faire partie de ce rapprochement juridique on exprimant sa volonté à adhérer à l'OHADA.[5]

« L'harmonisation[6] est l'une des modalités de l'intégration : elle consiste en l'adoption d'une norme laissant des marges d'appréciation aux destinataires de la norme ».[7] Elle peut également être définie comme *« l'opération consistant à rapprocher des systèmes juridiques d'origine et d'inspiration différentes (voire divergentes) pour les mettre en cohérence entre eux en réduisant ou supprimant leurs différences et leurs contradictions de façon à atteindre des résultats compatibles entre eux et avec les objectifs communautaires recherchés ».*[8]

Toutefois, cette notion d'harmonisation se confond avec d'autres concepts voisins tels que L'unification qui est une technique qui tend vers la substitution à des droits formellement distincts (relevant ou non de différents États) ou à des corps de règles de droit distincts, d'un droit unique ou d'un corps unique de dispositions. Quant à l'intégration normative, en tant que concept, on remarque qu'il est lui-même entouré d'une certaine incertitude. Parfois employé parallèlement au concept d'harmonisation pour décrire un stade plus approfondi d'unification[9], il est parfois aussi opposé au terme de coordination pour décrire une plus grande proximité.

On s'interroge alors sur la portée de cette harmonisation et son rôle dans l'amélioration du climat des affaires en articulation avec le droit international et les autres organisations communautaires, pour déboucher sur les tenants et les aboutissants de la volonté du Maroc d'intégrer cette communauté ?

I. L'harmonisation outil d'intégration et pilier de développement économique

Pas la peine de revenir sur les caractéristiques extraordinaires de notre continent qu'est l'Afrique par son histoire sa géographie, ses populations. Autant, il n'est pas à démontrer la position stratégique qu'elle occupe et occupera dans les années à venir. En effet, le contexte actuel mondialisé, marqué par la libéralisation croissante des échanges, induit des expériences d'intégration régionale. Les exemples ne manquent pas dans le monde. L'exemple de l'Union Européenne n'est plus à démontrer dans le domaine de l'intégration juridique, même si l'avènement de la monnaie unique exige sans doute une intégration juridique encore accrue. Le contexte africain est aujourd'hui un terrain vierge favorable au développement de l'intelligence économique[10]. L'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) est l'organisation de premier ordre en matière d'intégration juridique.[11]

Le traité de Port-Louis a été adopté dans un contexte de mondialisation et d'ouverture des économies nationales à la concurrence. Dès lors, la nécessité d'instaurer un climat de confiance propice aux investissements étrangers, milite fortement en faveur d'une harmonisation du droit des affaires autour de règles sures, stables, prévisibles et connues, permettant un arbitrage des différents contractuels et la facilitation des activités des entreprises.[12]

Les conditions juridiques de l'attractivité économique peuvent selon les situations concrètes, les objectifs poursuivis, les intérêts favorisés. Le droit n'est pas neutre et ce sont les choix politiques en premier rang qui orienteront l'adoption de règles de droit destinées à favoriser la réalisation de ces choix.[13] La sécurité juridique (1) et l'intelligence juridique (2) constituent en l'occurrence, des « conditions de base » à remplir pour encourager l'attractivité économique.

1. La sécurité juridique et judiciaire un levier pour une meilleure attractivité économique et garant d'une bonne harmonisation

Un texte logistiquement « parfait » n'a guère d'intérêt concret qu'il ne peut être valablement appliqué dans le contexte économique, social et culturel où il est censé être mis en œuvre.[14]

L'Harmonisation du droit, en l'occurrence le droit des affaires est un pilier de la croissance et du développement économique.

En effet, l'uniformisation du droit des affaires est pilotée par l'OHADA, une organisation internationale de plein exercice, dotée d'une personnalité juridique internationale. L'objectif est clairement établi :

« Son objectif est la facilitation des échanges et des investissements, la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises. Le droit de l'OHADA est ainsi utilisé pour postuler le développement économique et créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un « pôle de développement ».[15]

La sécurité juridique a été définie comme *« la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était. Cette situation (résulte) de la confusion qui régnait dans les sources du droit, insuffisamment fiables (…).*[16]

Dans ce contexte, la sécurité juridique est une condition essentielle. Elle est intimement liée à la prévisibilité et à l'absence d'arbitraire. L'opérateur économique « sérieux » cherchant certes à tirer profit de son investissement et de manière générale et son activité économique, peut admettre qu'il doit respecter son environnement au sens large du terme (social, juridique, etc…).[17] Dans le même ordre d'idée, l'application de la règle de droit par l'administration et le pouvoir judiciaire paraît indispensable.[18]

De ce fait, la sécurité juridique implique implicitement la sécurité judiciaire. Car dans une large mesure, l'insécurité juridique contribue à l'insécurité judiciaire. L'ampleur de cette insécurité juridique et judiciaire dans les pays avant l'OHADA n'a pas besoin d'être illustrée[19]. Si la difficulté d'accéder aux lois peut causer une insécurité juridique, la difficulté d'accéder au juge empêche le justiciable d'obtenir la reconnaissance de ses droits bafoués, ce qui l'expose également à l'insécurité judiciaire.[20]

2. L'intelligence juridique et activité normative, un besoin pour une bonne harmonisation du droit des affaires

L'intelligence juridique représente une nouvelle approche du droit qui a émergé comme

un élément complémentaire d'appui à l'intelligence économique à un moment où cette dernière connait un accroissement et une diversification de ses manifestations dans le champ économique.[21]

L'intelligence économique est désormais un outil privilégié de l'entreprise pour appréhender son environnement, en saisir les opportunités, éviter ses risques et envisager des initiatives pour accroitre son potentiel et se démarquer de ses concurrents.

Cependant, la pratique de l'intelligence juridique ne se limite pas à des interventions dans l'environnement économique, qui relève essentiellement de l'initiative privée, elle constitue aussi un outil de choix pour les pouvoirs publics dans leurs fonctions régaliennes se rapportant notamment à la production normative.[22]

C'est dans ce contexte que l'intelligence juridique, peut proposer des solutions d'ingénierie juridique à l'entreprise pour encadrer ses projets économiques. Le droit à travers l'intelligence juridique, est alors mis au service de l'économie et en devient même une arme.

Dans un monde globalisé, soumis à une concurrence croissante, le Maroc à l'instar des autres nations est préoccupé par l'élaboration des outils qui permettront de démontrer ses nouvelles capacités en matière de puissance économique, culturelle et technologique afin d'assurer la pérennisation de son développement. Pour ce faire, l'intelligence économique s'entend comme un type de management innovant motivé principalement par les mutations rapides des technologies et flux de l'information et, partant, du besoin d'une maitrise stratégique de la décision.[23]

Le système productif marocain, dominé par des petites et moyennes entreprises, ne dispose pas pour l'heure d'une capacité élevée face à l'intensification de la concurrence nationale et internationale. Cet état de fait impose la restructuration des entreprises marocaines dans le but d'accélérer à de nouveaux marchés ou à de nouvelles productions au meilleur rapport bénéfice/coût.[24]

II: Maroc-OHADA, les prémisses d'un processus d'harmonisation et d'intégration économique régionale (et les défis à relever)

La mondialisation de l'économie a exigé l'harmonisation des droits et des pratiques du droit. Cette exigence constitue, en Afrique une priorité pour créer les conditions favorables à l'instauration d'un espace de sécurité juridique et judiciaire indispensable pour drainer les flux importants d'investissements, car investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé.[25]

L'article 53 du Traité dispose que « *Le présent traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout Etat membre de l'OUA et non signataire du traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre Etat non membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les Etats Parties.*

A l'égard de tout Etat adhérent, le présent traité et les Actes uniformes[26] *adoptés avant l'adhésion entreront en vigueur soixante jours après la date de dépôt de l'instrument d'adhésion* ».

Dans ce contexte, le chantier d'harmonisation, outre qu'il couvre tous les domaines du droit des affaires, a vocation à une extension géographique maximale (c'est-à-dire au niveau continental) et à des Etats non membre de la zone franc.[27]

L'Afrique comme l'a bien affirmé le Souverain, Sa Majesté le Roi MOHAMMED VI devant le 28 Sommet de l'Union Africaine, à Addis-Abeba, est notre continent, notre maison et notre bonheur. Dans ce dessein, la Constitution du Royaume lui accorde une place prépondérante. En effet, le préambule de la Constitution du 29 juillet 2011 confirme l'engagement du Maroc de consolider les relations de partenariat et de solidarité avec les pays d'Afrique et de renforcer la coopération Sud-Sud.[28]

Dans ce cadre, le processus d'intégration régionale va permettre aux autorités de différentes nations de trouver des solutions communes dans de multiples domaines pour la réalisation d'un intérêt commun. C'est un processus qui aspire à rapprocher les nations et à surmonter, d'un commun accord, les obstacles politiques, physiques, économiques et sociaux qui les séparent et à collaborer dans la gestion des ressources partagées et des biens communs régionaux. C'est un moyen efficace pour accélérer leur développement économique, favoriser leur stabilité politique et pour réussir progressivement leur intégration dans la mondialisation.[29]

Pour ce faire, le Maroc a entamé une politique réformiste de grande envergure visant l'attractivité économique et favorisant l'intégration dans le climat des affaires tant sur le plan régional qu'international. Néanmoins, ceci n'est pas sans enjeux à relever.

1. Une production normative qui évolue en tandem avec celle des partenaires économiques et stratégiques

Le Maroc à l'instar des autres pays africains accuse un retard remarquable dans plusieurs domaines (taux de chômage élevé, croissance économique molle, manque de compétitivité, déficit social structurel, problèmes environnementaux). Il en résulte la nécessité de réinventer un modèle économique, mais aussi un mode de financement de l'Etat providence. Dans les deux cas, l'intégration régionale peut apporter son écot.[30]

La caractéristique commune des politiques, en Afrique et ailleurs, est le soutien à la compétitivité et par conséquent le développement économique. Il s'agit bien de la mise en place de stratégies et de sécurisation de l'environnement et de sécurisation de l'environnement économique.

Ce faisant, le Maroc a toujours fait et fait du renforcement de l'intégration régionale en Afrique un axe fort de sa politique de coopération ; une priorité clairement réaffirmée dans le discours politique et dans l'intérêt que suscite le marché africain pour les grands acteurs économiques du Royaume.[31]

Les membres de l'OHADA de leurs côtés sont particulièrement actifs, 14 des 17 économies ont mis en place des réformes réglementaires facilitant l'environnement des affaires en 2016, soit 29 vingt-neuf réformes en total. Vingt-quatre de ces réformes ont réduit la complexité et le coût des processus réglementaires, quand aux les cinq autres ont renforcé les institutions juridiques.[32]

Dans le cadre de la création d'un environnement favorable à l'investissement, le Maroc a déployé d'importants efforts, touchant la politique publique en matière de réformes économiques entamées depuis les années 90 et visant à mettre en place les instruments législatifs, réglementaire et institutionnels nécessaires au fonctionnement d'une économie de marché.[33]

Dans cette perspective, plusieurs réformes ont été initiées touchant ainsi l'ensemble des aspects de l'économie marocaine, elles concernent toutes les entreprises qu'elles soient marocaines ou étrangères. Ces réformes sont trop étendues pour être exposées en détail, nous nous limiterons à celles qui nous semblent être les plus importantes pour le développement d'un climat favorable à l'investissement. Ces différentes mesures d'amélioration du climat général d'investissement, qu'elles soient destinées aux entreprises nationales ou étrangères, sont complémentaires et intimement liées.[34]

Sur le plan normatif, les principales actions de réforme dans ce sens concernent le droit des affaires[35], la charte d'investissement et les différentes conventions en la matière. En effet, de nombreuses institutions ont été créées, dès le début de la décennie 1990, dans la perspective de l'intégration de l'économie marocaine dans le système-monde.[36]

Quant au plan économique et financier, le Maroc a accordé un grand intérêt à son environnement des affaires, un ensemble des dispositifs a été mis en place, visant à consolider la transparence et la concurrence. L'économie marocaine est qualifiée en tant qu'une économie du marché, depuis le protectorat, inspirée de l'idéologie libérale. La volonté d'ouverture du territoire marocain s'est matérialisée par l'adhésion aux accords du GATT en 1987.

Ainsi, la fiscalité marocaine a aussi fait l'objet d'une réforme profonde. L'objectif essentiel attendu de cette réforme était l'élaboration d'un système fiscal moderne, cohérent, efficient et plus universaliste. La fiscalité marocaine s'est donc rapprochée dans son architecture globale des grands systèmes d'imposition connus dans le monde occidental.

Dans le même contexte et afin d'accompagner les réformes précédentes, des efforts importants ont été accomplis sur le plan administratif et institutionnel, principalement en matière d'amélioration du cadre administratif marocain, pour la mettre à niveau et simplifier les procedures vis-à-vis les investisseurs étrangers, à travers un ensemble des instruments.[37]

2. Enjeux et perspectives d'une réelle intégration

Depuis sa mise en œuvre, en 1998, l'Ohada est devenue un véritable modèle d'intégration régionale. L'enjeu principal de cette intégration est de mettre en place un espace où règne un climat économique propice et favorable pour toutes les parties. Or, toute intégration n'est pas dénudée de difficultés. Techniquement, après le retour du Maroc en Afrique, il n'y a aucun obstacle qui entravera son adhésion à l'Ohada, et ce, selon l'article 53 susvisé.

Néanmoins, au-delà de la divergence linguistique[38] qui constitue un défi pour une réelle intégration (en matière d'élaboration des normes).[39] La divergence des systèmes juridiques constitue la principale entrave d'intégration. L'Afrique et plus particulièrement

subsaharienne, constitue deux blocs de tradition juridique différente, héritage d'un passé colonial révolu : il s'agit en l'occurrence du droit civiliste d'un côté et le *common law* de l'autre.[40]

En effet, le rapprochement du droit OHADA au système juridique civiliste en puisant ses origines du corpus juridique français a soulevé des reproches. Il est donc évident de trouver des détracteurs. Ces deux systèmes juridiques divergent souvent, en doctrine, sur l'analyse économique du droit et sur les effets économiques des règles de droits.[41]

« Le droit de l'espace OHADA n'échappe pas à cette opposition. En effet, il a été élaboré à l'aune de l'objectif d'attractivité économique du droit. Or il est généralement admis que c'est la common law qui donne une lecture optimale de l'attractivité économique. Mais dans le cas présent a été choisie comme cadre d'une réflexion menée par la doctrine civiliste contre l'hégémonie réelle ou supposée de common law ».[42]

Une autre entrave qui recèle un enjeu de souveraineté concerne l'intégration de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)[43] dans le système juridique marocain pour le Royaume. En effet, le caractère supra-étatique de l'OHADA[44] a soulevé certaines polémiques des juristes souverainistes. L'article 10 du traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire des Etats-parties des Actes Uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures.[45] De ce fait, la CCJA est compétente pour juger toutes les affaires relatives à l'application du traité, règlements d'application et actes uniformes en lieu et place de la Cour de cassation marocaine. La cour commune constituerait en outre un troisième degré de juridiction puisqu'elle pourrait connaître du fond des affaires.[46]

En droit, comme dans de nombreux autres secteurs, l'utilisation de l'intelligence artificielle est au cœur des débats. Le secteur du juridique n'est pas encore mature en Afrique et doit rattraper le retard sur la transformation numérique. Cela dit, il existe tout de même un énorme potentiel dans cette industrie pour optimiser l'efficacité, améliorer les processus et offrir de nouveaux types de services juridiques à travers l'utilisation de l'intelligence artificielle.[47]

Au-delà des aspects normatifs et économiques, le Maroc est également impliqué dans le renforcement de la gouvernance au niveau du continent. Cela passe d'abord par le maintien de la paix, incontournable enjeu pour le développement économique et social. Pourquoi pas pour « gouvernance collégiale ».

Enfin, les incertitudes environnementales sont multiples, mais trouvent très souvent leur source principale dans les problèmes liés au dérèglement climatique. En particulier le réchauffement climatique est actuellement reconnu comme crucial.[48]

Conclusion

In fine, l'adhésion du Maroc supposera une adoption de nouvelles normes en nécessitant d'une longue période de temps de travail. Pour ce faire, l'arrivée du royaume au sein de

l'Ohada doit donc être préparée en amont, mais il est certain que les parties auraient beaucoup à y gagner.

Autant, l'émergence d'une réelle intégration régionale sur le continent est un nouveau vecteur fort pour la promotion des investissements car elles permettent l'accès à de plus grands marchés et favorisent un meilleur climat des affaires.

Ce faisant, le retour à l'Union Africaine en 2017 est un signal fort et l'adhésion du *Maroc faciliterait sans doute les investissements étrangers au Maroc et les investissements marocains en Afrique. Toutefois, y a un risque que l'*adhésion du Maroc à la CEDEAO[49] constituera à une inflation normative incontrôlée qui peut constituer une inflation de risque vis-à-vis des investisseurs, surtout que la majorité des pays de l'OHADA sont aussi partie à la CEDEAO.

Dans ce sens la stabilité régionale est un vecteur de consolidation des systèmes juridiques, l'instabilité ouvre la porte à de tels revirements. Le changement de système juridique reste un processus long et compliqué. Toutefois, la différence de systèmes juridiques implique aussi des partenaires différents pour les acteurs économiques

Références:

1- Le droit OHADA est pratiqué au quotidien par des centaines de milliers de juristes et praticiens, enseigné dans toutes les facultés de droit, économie et de gestion en Afrique, et dans de nombreuses universités dans les pays du Nord, le droit OHADA est un facteur de fierté continentale. *In,* Stéphane. MORTIER. Au cœur de l'Unité Africaine le droit OHADA, en 40 pages. Harmonisation du droit des affaires et intelligence économique. Collection, AU CŒUR DE. Editions UPPR. 2017, p. 13-14.
2- Ibid., p.14.
3 -Ibid., 14.
4- Le Maroc n'a cessé depuis son indépendance de réaffirmer son identité africaine. Le Royaume occupe depuis plus de 50 ans une position de leader au sein du continent. La coopération entre le Maroc et ses partenaires africains a connu plusieurs temps forts. D'abord celui de la coopération militaire, puis celui de la coopération politique, avant d'entrer dans l'ère de la coopération économique depuis la fin des années 1990.In, Le Maroc est l'Afrique pour une mobilisation nationale d'envergure. Ouvrage collectif réalisé par les équipes de l'Institut AMADEUS. 2014, p.15
5- A ce jour, dix-sept (17) Etats sont membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo (RDC), le Sénégal, le Tchad et le Togo. Ce Traité a pour principal objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les Etats Parties.
6 -Dans une approche terminologique, nous sommes confrontés à une multitude d'outils conceptuels que nous avons estimés judicieux de les préciser et clarifier les zones d'ombre qui existent entre ces concepts voisins. Il s'agit de l'unification et de l'intégration normative.
7- MIALOT.C, DIMA EHONGO.P, « De l'intégration normative à géométrie et géographie variables », In, DELMAS-MARTY, M. dir., Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits. Paris, PUF. 2004, p. 26 et s. *In*. TOBICH Faiza. , Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation. Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll, Droit et religions, 2008, pp.241-275.
8 -Vocabulaire juridique, dir. CORNU (G.), Assoc. H. Capitant, Paris : PUF, 2005, V° Unification. *In,* TOBICH Faiza, Ibid., pp. 241-275.
9- ARNAUD (A.J.), *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991, p. 218 et s. *In*, TOBICH Faiza, Ibid., pp. 241-275.
10- L'intelligence économique peut être définie comme l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de traitement et de distribution, en vue de son exploitation, de l'information utile aux acteurs économiques. *In,* Stéphane MORTIER, Au cœur de l'Unité Africaine le droit OHADA, en 40 pages. Harmonisation du droit des affaires et intelligence économique. Collection, AU CŒUR DE. Editions UPPR. 2017, p. 21.
11- Stéphane MORTIER. *Ibid*., pp. 17-18.
12 -OHADA Traité et acte uniformes commentés et annotés. Préambule. 3ème éd.2008. p.22.

13- Bernard REMICHE, Droit et attractivité économique. Propos introductif : le cas de l'OHADA. IRJS éditions 2013, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne- André Tunc. Tome 48, p.9.
*14- Ibid.*p. 15.
15- Stéphane MORTIER, *op.cit*., p.37 et s.
16 -Ph. TIGER. Le droit des affaires en Afrique. Paris, PUF, Coll. "Que sais-je?".1999.p.9. p.18.*In*, Mahutodji Jimmy Vital, KODO, L'application des actes uniformes de l'OHADA. Collection, Publication de l'institut universitaire André Ryckmans. N°5. ACADEMIA AB BRUYLANT, pp.25-26.
17- Payer les impôts, se voir imposer des contraintes en matière de respects des législations de travail, de consommation ou des petits investisseurs ou encore de l'intérêt général. Sauf que ces contraintes soient raisonnables. Voir, Bernard. REMICHE.*Idem*.p.15.
18 -Voir, Bernard REMICHE, Droit et attractivité économique, Propos introductif : le cas de l'OHADA, *op.cit.*, p.15.
19- L'insécurité judicaire a été définie comme résultant : *« d'une incertitude, très critiquable et que personne ne conteste, pesant sur l'issue d'une action en justice. La qualité du travail de la justice, (dans les pays actuellement membres de l'Ohada) est souvent contestée. Cela résulte de facteurs divers mais convergents, parmi lesquels (…) la saturation des juridictions ; leurs moyens limités ; le statut et la rémunération des magistrats ; la nécessité de mettre à jour leur formation. Elle se manifeste de façon très diverse : décision contestables, décision en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi (…) A noter que ces reproches peuvent aussi s'adresser à des auxiliaires de justice négligents, voire peu scrupuleux »*. Ph. TIGER, Le droit des affaires en Afrique.*Idem*, p.28.
20- Mahutodji Jimmy Vital. KODO, L'application des actes uniformes de l'OHADA. Collection, Publication de l'institut universitaire André Ryckmans, N°5. ACADEMIA AB BRUYLANT, p.28.
21- Note exploratoire et sommaire sur l'Intelligence Juridique dans la perspective de la création d'un réseau africain dans ce domaine. Préparé par Abdelaziz. TALEB en consultation avec Messieurs Mohamed TANGI & Brahim ZYANI, Rabat le 30 novembre 2018, p.3.
22- Ibid., p.1
23- Zahra MANSOURI, Intelligence économique et compétitivité de l'entreprise marocaine : Quelle interaction. Article, *In*, Marché & organisations 2013/2, N°18. Edition L'Harmattan, pp. 109-130.
24- Zahra MANSOURI, Intelligence économique et compétitivité de l'entreprise marocaine : Quelle interaction. Article, In, Marché & organisations 2013/2, N°18. éd. L'Harmattan, *op.cit.*, pp. 109-130.
25- Stéphane MORTIER, *Ibid*., p. 39.
26- Les actes uniformes constituent un ensemble de règles matérielles qui empruntent ou s'inspirent de différentes sources, tel que le droit français (pour ce qui est du droit commercial

général, du droit des sociétés, etc), le droit international (on peut citer la convention de vienne de 1990 sur la vente internationale de marchandises, les lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage et l'insolvabilité, la Convention de Genève relative au contrat de transport de marchandises par route, etc*). In,* André. AKAM AKAM, Les mutations juridiques dans le système OHADA, L'Harmattan, Parisn 2009, pp.101-132.

27- OHADA, Traité et acte uniformes commentés et annotés. Préambule, 3ème édition, 2008, pp.cit., p.58.

28- Samih HAMDAOUI, Le processus d'intégration régionale en Afrique : quelle dynamique pour renforcer la compétitivité économique du Maroc. Article In, Revue Marocaine d'Audit et de développement REMA, N° 46. 2018, p.64.

29- Idem., pp.64-65.

30 -Idem., p. 65.

31 -Samih. HAMDAOUI, Le processus d'intégration régionale en Afrique : quelle dynamique pour renforcer la compétitivité économique du Maroc. Article In, Revue Marocaine d'Audit et de développement REMA. N° 46, 2018, p.66

32- Stéphane. MORTIER, *op.cit*., p. 41

33- Ismail. BELHAJ, La politique d'attractivité des investissements directs étrangers au Maroc : analyse et perspectives. Journal d'Economie, de Management, d'Environnement et de Droit, Vol.2.N° 1(2019).

34- Yahya CHAHID, Khalid HARRAOU, Abdelkader EL OUDRI, Climat général des investissements et attractivité des IDE au Maroc: Analyse critique et perspectives d'amélioration. IOSR Journal of Economics and Finance (IOSR-JEF). Volume 10, Issue 6 Ser. II (Nov.-Dec 2019), pp. 08-21.

35 -Il s'agit en l'occurrence du Code de commerce, du code des impôts, du code de travail, code des marchés publics, les lois sur la protection des consommateurs, de la concurrence et la protection propriété intellectuelle. D'autres réformes à caractère juridique sont incarnées essentiellement dans l'adoption d'une nouvelle « Charte d'Investissement » et la signature d'un ensemble de conventions bilatérales et multilatérales concernant l'investissement. En effet, la charte d'investissement, adoptée en 1995 a été abrogée par une nouvelle charte qui s'inscrit dans le cadre de la loi 60-16 (Dahir n° 1-17-49 du 30 août 2017 portant promulgation de la loi n° 60-16 portant création de l'Agence Marocaine de développement des investissements et des exportation), Cette loi prévoit une restructuration des activités de promotion de l'investissement sous la houlette d'une agence centralisée et le développement des zones franches dans chacune des 12 régions du pays. Elle regroupe l'ensemble des avantages prévus pour tous les secteurs d'activités économiques. Cette charte, qui a aligné le traitement incitatif du secteur public sur celui des entreprises de droit privé, a apporté une simplification des procédures administratives et des avantages budgétaires pour les entreprises qui remplissent certaines conditions. *Idem*. pp.08-21.

36 -*Idem*., pp.08-21.

37 -Pour ce faire, le Maroc a entrepris dans un système de bonne gouvernance, en se basant sur trois principes fondamentaux : ♣ La moralisation de la vie publique ♣ La rationalisation de la gestion publique ♣ Le renforcement de la communication, de la concentration et de

l'ouverture de l'administration sur son environnement (le rapprochement de l'administration des administrés).In, Yahya CHAHID, Khalid HARRAOU, Abdelkader EL OUDRI, Ibid, pp. 08-21.

38-L'autre obstacle majeur soulevé est la langue, l'Organisation OHADA comprend quatre (4) langues officielles à savoir l'Anglais, le Français, l'Espagnol et le Portugais. Ce problème de langue évoqué par les mêmes souverainistes ne peut être qu'un petit détail dans la mesure où la quasi-totalité des lois (Dahir) marocaines sont traduites en français et en plus la transposition de la langue arabe en droit OHADA ne peut être qu'une simple formalité.

39 -Il faut toutefois souligner la problématique de la traduction en anglais des Actes uniforme, réclamée depuis de nombreuses années par les juristes anglophones. In, Stéphane. MORTIER. Au cœur de l'Unité Africaine le droit OHADA, en 40 pages. Harmonisation du droit des affaires et intelligence économique. En 40 pages harmonisation du droit des affaires et intelligence économique, Chap, 2. Collection, AU CŒUR DE. Editions UPPR. 2017, op.cit., pp. 29-35.

40 -Stéphane MORTIER, Ibid., pp. 29-35.

41- Idem., pp.29-35.

42 -Idem., p. 30.

43 -C'est l'organe juridictionnel commun et supranational dont le siège est à Abidjan (Côte d'ivoire). Composée de treize juges, elle est seule compétente pour connaître, en cassation, les décisions de justice rendues sur le droit OHADA par les juridictions des Etats membres de l'Organisation. Elle intervient en matière d'arbitrage, comme centre d'administration des procédures, et donne des avis sur l'interprétation et l'application commune du traité, des actes uniformes et des règlements ainsi que des décisions prises pour leur application. Voir, https://www.ohada.org/index.php/fr/notre-organisation/presentation-ohada-organisation . En ligne.

44- Selon l'article 10 du traité qui dispose que *« Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. »*.

45- En vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique qui prévoit l'application directe et obligatoire des Actes Uniformes dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure, contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes Uniformes. Article. *In*, Revue de Droit et de Science Politique. Juridis Périodique- N° 48. Oct-Nov-déc. 2001. L'Africaine d'Edition et de Services.Yaoundé. Cameroun, p.111

46- Olivier, WYBO. Pourquoi le Maroc devrait intégrer l'Ohada. *In,* https://www.jeuneafrique.com/mag/494202/economie/pourquoi-le-maroc-devrait-integrer-lohada/ consulté le 14 avril 2020. En ligne.

47- Ariel Dehi. L'utilisation de l'intelligence artificielle par les cabinets d'avocats africains. In,https://www.village-justice.com/articles/utilisation-intelligence-artificielle-par-les-cabinets-avocats-africains,33780.html consulté le Mercredi 8 avril. En ligne.

48-Hygin Didae, AMBOULOU, Le droit des investissements et l'analyse économique de l'espace OHADA, L'Harmattan, Paris, 2016, p. 80.

49 -La Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (**CEDEAO**) (en anglais : Economic Community of West African States, ECOWAS), est une organisation intergouvernementale ouest-africaine créée le 28 mai 1975.

Les sources de droit extra étatiques et le droit algérien, un état des lieux

Sources of extra-state law and Algerian law, an inventory

Ali Bencheneb[1]

• [1] **Professeur émérite, Université de Bourgogne (France)**

e-mail: ali.bencheneb@u-bourgogne.fr

Date de réception: 13/10/2021 **Date d'acceptation:**17/10/2021 **Date de publication:** novembre/2021

Résumé:

Les sources de droit se multiplient et se diversifient. Le phénomène concerne les sources professionnelles qui trouvent leur expression dans de nombreuses normes : usages, bonnes pratiques, … Les usages que l'on peut assimiler à des contrats tendent à devenir plus contraignants au point d'acquérir la force de coutume. Une observation comparable peut-être faite pour les règles d'éthique professionnelle ou déontologiques. Elles sont en passe d'être juridiquement sanctionnées.

Mots clé : Sources du droit. Sources professionnelles. Usages. Usages conventionnels. Coutume. Force contraignante. Règlesdéontologiques. Portée.

Abstract:

The sources of law are multiplying and diversifying. The phenomenon concerns professional sources which find their expression in numerous standards: usages, good practices, etc. Usages which can be likened to contracts tend to become more binding to the point of acquiring the force of custom. A similar observation can be made for the rules of professional ethics or deontology. They are in the process of being legally sanctioned.

Key words: Legal sources. Professional sources. Usages. Conventional uses. Custom. Binding force. Ethical rules. Scope of application.

Auteur correspondant: Ali Bencheneb, e-mail: ali.bencheneb@u-bourgogne.fr

1. A bien lire les sources constitutionnelles d'un système juridique donné, on a une vision simple, sinon simpliste, de ce que sont les normes juridiques, entendues ici comme des énoncés de modèles de comportement pour un certain nombre de destinataires qui les perçoivent comme tels et leur permettent de les comparer à différentes conduites concevables, le cas échéant à les adopter[1].

2. Le phénomène de constitutionnalisation des droits qui vise à soumettre les Etats à des règles constitutionnelles en vue de l'édification d'un Etat de droit[2] n'y a rien changé.

3. Tout se passe en effet comme si la totalité normative se résumait, en plus des normes constitutionnelles, à la possibilité d'enfermer le droit dans des conventions internationales conclues par des Etats, des lois, organiques ou ordinaires, des textes à caractère règlementaire, voire pour certains à la jurisprudence issue de décisions émanant de juridictions chargées de la régulation des appareils juridictionnels.

4. Les constitutions algériennes qui depuis 1996 prétendent épouser le phénomène de constitutionnalisation ne font pas exception. A lire la version en vigueur au moment où ces lignes sont écrites[3], les normes nommées sont limitées à des textes qui d'une manière ou d'une autre ont pour auteur l'Etat ou des Etats. Il s'agit même d'un postulat, l'essentiel étant d'une part de fixer des règles de compétence pour faire entrer dans le droit positif des normes qui ont pour origine la volonté étatique et, d'autre part, de les situer par rapport à la norme constitutionnelle pour donner un ordre à l'ensemble, ce faisant pour gérer de possibles conflits des normes nommées.

5. Une lecture exclusivement constitutionnelle du droit accrédite ainsi la thèse du légalisme étatique, thèse qui parait d'ailleurs renforcée par le fait que les constitutions consacrent de plus en plus de droits, y compris de droits économiques et par la mise en place d'exceptions de constitutionnalité que peuvent soulever les justiciables.

6. Pour importantes qu'elles soient, les normes étatiques ainsi nommées par les édifices constitutionnels masquent la réalité. La simplification ainsi obtenue est trompeuse. Elle l'est parce que précisément les constitutions restent marquées par l'idéologie du légalisme, peut-être même par l'idée que les pouvoirs d'élaboration des normes n'appartiennent qu'aux autorités en charge de leur fabrication et de leur application, formellement reconnus et identifiés comme tels par les édifices constitutionnels.

7. Or les normes d'origine étatique ne renferment pas la totalité du droit, il s'en faut de beaucoup. Du reste, si les constitutions reconnaissent des droits, elles occultent le droit, ce qui revient à affirmer qu'à côté des normes étatiques existent des normes extra étatiques qui n'ont pas pour auteur l'Etat[4].

8. Il faut immédiatement préciser que, contrairement à ce que la littérature juridique offre à lire souvent, le second type de normes qui va nous intéresser n'est pas forcément lié à la « mondialisation du droit[5] », même si son importance quantitative interpelle de nos jours et n'est pas sans lien avec l'ouverture des frontières et la circulation des normes. Le pluralisme des sources du droit, par contrecoup l'illusion d'optique créée par le légalisme, est en effet attesté par la loi elle-même, y compris par la loi algérienne.

9. Depuis au moins la promulgation en 1975 des codes, civil et du commerce, et donc même si l'attention ne se porte pas sur les questions relevant du statut personnel, il est en effet clair que le système juridique algérien ne se réduit pas à des normes d'essence étatique incluant les conventions internationales ratifiées, les normes extra étatiques en faisant partie intégrante.

10. Si l'article premier du code civil assigne un rôle essentiel à la loi, ce qui est la moindre des choses dans le cadre d'une entreprise de codification, il offre à découvrir une diversité de sources juridiques avec une hiérarchisation puisqu'il laisse place à des « principes de droit musulman[6] », à la coutume et même au droit naturel.

11. On ne saurait oublier, de surcroit, la place que le code civil assigne au contrat en tant que source d'obligations et, partant, en tant que source de normes comportementales dotées de la force obligatoire, y compris s'agissant de dispositions supplétives, ainsi que la place qu'il accorde aux usages, règles de droit de source privée[7] par excellence en tant qu'elle valide un comportement au sein d'une profession donnée, sans d'ailleurs exiger que ces usages soient nationaux, qu'il s'agisse, pour ne prendre que trois exemples, d'apprécier la façon dont une personne peut déclarer sa volonté[8], un défaut d'acceptation expresse consécutif à une offre de contracter[9] ou la qualité de la chose, objet de l'accord[10].

12. Quant au code de commerce, il confirme l'importance des usages pour les commerçants en tant que professionnels, du moins à la suite d'une modification législative intervenue en 1996[11]. Par exemple, pour le contrat de transport de choses, le législateur admet que les marges de tolérance relatives aux marchandises manquantes sont déterminées par les usages[12], là encore sans exiger que l'on soit en présence d'un usage national.

13. Il faut ajouter à ceci que l'indicateur par excellence de l'appréciation des pratiques commerciales discriminatoires et des pratiques déloyales est constitué par les « usages commerciaux loyaux et honnêtes[13]».Sans doute, cette formulation laisse-t-elle songeurparce qu'elle suggère qu'il existerait des usages odieux alors même que l'usage procède de la répétition d'une pratique devenant norme par l'effet de l'adhésion d'une communauté de professionnels.

14. Si l'on s'en tient à ces seuls textes, ils attestent à eux seuls de la positivité des normes extra étatiques en droit algérien. En d'autres termes, l'autorité législative reconnait son incapacité à tout régir en cherchant en même temps à prémunir contre la tentation du vide juridique et le risque d'arbitraire, y compris de la part des juges. Il faut donc se garder de considérer que la question du pluralisme juridique n'est qu'un sujet académique. Elle a un impact évident sur la pratique en même temps, on ne le dit pas assez, qu'elle permet de cerner l'étendue réelle de la responsabilité des professionnels du droit, compte tenu de leurs obligations d'information et de conseil.

15. Or il se trouve de nos jours que les manifestations de droit extra étatiques ne se limitent pas à l'existence d'usages. Si l'on définit les normes extra étatiques comme étant des normes ignorées des édifices constitutionnels et qui par conséquent ne sont pas élaborées par les autorités compétentes par détermination constitutionnelle, il apparait qu'elles prospèrent en particulier dans la sphère des relations commerciales internationales y compris lorsqu'elles impliquent des opérateurs algériens, la question se posant tout autant de savoir si elles ne trouvent pas place également dans le droit algérien.

I. Des normes extra étatiques dans les relations commerciales internationales

16. Il ne s'agit pas ici d'ignorer le fait que les normes extra étatiques intéressent l'ensemble du droit international[14] mais seulement de limiter le champ d'observation. Ceci précisé, l'objet de notre propos est double.

17. D'une part, en plus de ce qui a été dit à propos de la place des usages dans les codifications de 1975,il n'est pas difficile de montrer que le droit algérien admet le recours aux normes extra étatiques en matière de commerce international[15]. D'autre part, ces dernières décennies, ce type de normes s'est considérablement étoffé.

- Admission des normes extra étatiques

18. Dans la mesure où le contrat constitue le support par excellence des relations commerciales internationales, le premier réflexe consiste à se tourner vers la disposition qui traite des règles de conflit applicable au fond en matière contractuelle, savoir l'article 18 du code civil. Tel que modifié en 2005, l'alinéa premier de cet article[16] dispose que « les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie dès lors qu'elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat ».

19. Cette disposition est critiquable au moins parce qu'elle ne prend pas en charge l'entier contrat mais les seules « obligations contractuelles » ignorant ainsi que le contrat est l'acte créateur des obligations et que l'obligationn'en est que la conséquence. Il n'empêche. Elle ne saurait conduire à considérer que le contrat international n'est régi que par la seule loi applicable désignée par les parties contractantes dans une clause appropriée.

20. Indépendamment ici du jeu possible des lois de police et de l'éviction de la loi choisie au nom de l'ordre public, le contrat est surtout régi par ses normes contractuelles que le juge doit respecter par application du principe de la force obligatoire des conventions. Or les normes contractuelles, comme par exemple celle qui oblige le bénéficiaire de payer le prix d'une prestation, sont des normes extralégales.

21. La tolérance admise en vertu du principe de la force obligatoire est d'autant plus nette qu'en matière contractuelle la loi exerce très souvent une fonction supplétive, comme le montre par exemple le code maritime dont l'article 632 révèle que le recours aux chartes parties pour les contrats d'affrètement est possible.

22. A ceci, il convient d'ajouter qu'en pratique, l'article 18 du code civil est d'un intérêt qu'il ne faut pas exagérer. Les règles qu'il pose s'adressent en effet au seul juge algérien car ce dernier est tenu au respect des règles de conflit de son propre droit, et non pas aux juridictions arbitrales dont la mission échappe à l'application de l'article 18 du code civil ou de ses équivalents étrangers, tant il est vrai que les arbitres n'ont pas de for[17].

23. On a d'ailleurs confirmation de ceci au constat que le droit algérien pertinent en matière d'arbitrage commercial international n'oblige en aucun cas l'arbitre à solliciter l'article 18 du code civil pour déterminer le droit applicable, qu'il siège en Algérie ou à l'étranger en appliquant les règles de procédure algérienne par suite d'un accord des parties sur ce point.

24. L'article 1050 du code de procédure civile et administrative qui reprend des données désormais inscrites dans nombre de droits étrangers et dans l'article 28 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dispose en effet que « Le tribunal tranche le litige en application des **règles de droit** que les parties ont choisies, ou, à défaut, selon les règles de droit et usages qu'il estime appropriés ». C'est dire que cette loi admet que les parties peuvent prévoir que leur relation soit régie non par une loi mais par toutes normes juridiques, y compris les usages.

25. C'est aussi confirmer que lorsque les parties n'ont pas exprimé de choix, les arbitres ne sont tenues par aucune règle de conflit, subsidiaire ou non, d'origine nationale ou conventionnelle. Lorsqu'elles prévoient de régler leur litige par voie d'arbitrage, les parties contractantes ont une liberté totale[18] pour choisir « les règles de droit » pertinentes et, lorsque par extraordinaire, elles n'usent pas de cette liberté, les arbitres restent dans la mission[19] qui leur est impartie en ne se référant pas à une règle de conflit voire même en ne se référant pas à une quelconque loi étatique.

- Domaines des normes extra étatiques

26. Les développements qu'a connus le droit du commerce international ces dernières décennies sont tels que le recours aux normes extra étatiques se conçoit autant pour régir des questions substantielles que des questions de procédure[20].

27. **Procédure.** S'agissant en premier lieu des questions de procédure, le recours plutôt généralisé à l'arbitrage conduit assez souvent les parties contractantes à prévoir qu'en cas de litige, l'arbitrage sera administré par une institution d'arbitrage, l'exemple type étant celui de l'arbitrage de la Chambre de Commerce international (CCI).

28. Or une telle prévision emporte automatiquement adhésion à des normes extra étatiques mises au point par l'institution d'arbitrage et contenues dans son règlement d'arbitrage et ses annexes ainsi que dans des documents d'application fréquemment actualisés, comme l'est la « Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la CCI ». Sa dernière version, qui remonte au 1er janvier 2019, contient une quarantaine de pages, présentées comme étant de simples « indications pratiques »[21] alors même que leur contenu est clairement « applicable aux arbitrages CCI[22] », quelle que soit par ailleurs la date à laquelle la convention d'arbitrage a pu être conclue. Autrement dit, la conclusion d'une convention d'arbitrage prévoyant l'intervention de la CCI vaut accord pour la mise en œuvre, le cas échéant, de l'ensemble des normes extra étatiques émanant de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et de son secrétariat[23].

29. La situation n'est pas vraiment différente lorsque les parties envisagent de régler leurs litiges par arbitrage ad hoc avec application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mis au point en 1978, révisé en 2010 puisen 2013 par cette institution spécialisée de l'ONU dont l'arbitrage constitue un champ d'action non négligeable. Là aussi, l'acceptation de l'arbitrage de type CNUDCI vaut adhésion à la fois au règlement d'arbitrage et aux « recommandations » du 2 juillet 2012 émises « pour assister les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés en cas d'arbitrage régi par le règlement CNUDCI ». Malgré les

apparences et donc les appellations, d'autres documents peuvent être sollicités comme c'est le cas de « l'aide-mémoire » de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales adopté en 1996 et présenté comme étant une codification des bonnes pratiques en la matière, leur caractère recommandable cachant à peine une entreprise de codification de solutions usuelles, sinon d'usages.

30. Ceci est tout aussi vrai lorsque dans un arbitrage ad hoc les parties, par économie de langage et avec plus ou moins d'habileté, renvoient à l'application d'un règlement d'arbitrage d'une quelconque institution. Et l'on ajoutera volontiers qu'en matière d'arbitrage d'investissement le recours au CIRDI vaut adhésion à l'ensemble des règlements, actuellement en cours d'actualisation, et non pas seulement application de la Convention de Washingtonde 1965 mais aussi aux documents d'orientation sur des sujets aussi divers que le dépôt d'une demande, la procédure écrite et les mémoires sur les frais d'arbitrage.

31. Règlements d'arbitrage, notes, recommandations, documents facilitateurs ou d'orientation du type lignes directrices ne sont pas les seuls textes porteurs de normes extra étatiques qui s'incorporent aux conventions d'arbitrage, au point que l'on peut considérer qu'ils sont constitutifs d'autant d'annexes à ces contrats qui ont pour objet le règlement des litiges et, pour ce qui concerne les juridictions arbitrales, au contrat d'arbitre.

32. Il faut en effet tenir compte également de l'importance prise par un certain nombre d'associations professionnelles qui s'activent dans le domaine de l'arbitrage et dont des groupes de travail mettent au point des directives ou des lignes directrices (guideliness) fondées sur les meilleurs pratiques (best practices). Il s'agit de textes de « droit mou » (soft law) au motif qu'ils ne seraient pas obligatoires[24] et que les intéressés seraient encouragés à utiliser, outils qui de fait sont de plus en plus souvent sollicités.

33. Relèvent de cette soft law trois textes mis au point par l'International Bar Association (IBA)[25], une association internationale de praticiens du droit dont le siège est à Londres, à forte dominante anglo saxonne et qui dispose d'un comité d'arbitrage en charge de la promotion de ce mode de règlement des litiges, en particulier à la suite de travaux qui se concrétisent par des « lignes directrices » approuvées par le Conseil de l'IBA. Existent ainsi depuis 2010 des lignes directrices sur l'administration de la preuve, depuis 2013 des lignes directrices sur la représentation des parties dans l'arbitrage commercial international et depuis 2014 des lignes directrices sur les conflits d'intérêt, ces dernières ayant une vocation déontologique certaine.

34. Or il n'est plus rare que ces documents soient évoqués soit pour être appliqués, soit pour servir simplement d'instruments de référence[26], dans les ordonnances constitutives de règlements de procédure prises par les juridictions arbitrales après concertation avec les conseils au tout début de l'instance arbitrale. Ainsi et statuant sous les auspices du CIRDI, des arbitres s'est référé aux directives relatives aux conflits d'intérêt de l'IBA en les considérant comme « un instrument utile…(qui) reflète le consensus transnational en la matière [27]». De même, les juges étatiques tendent à les prendre en considération. Ainsi dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral du sport (TAS), s'agissant plus précisément d'apprécier l'obligation de révélation qui pèse sur les arbitres, la

haute juridiction suisse n'a pas hésité à prendre appui sur les lignes directrices relatives aux conflits d'intérêt de l'IBA[28].

35. Le recours à ces normes extra étatiques est, sinon encouragé, en tous cas admis par les lois nationales pertinentes en matière d'arbitrage commercial international. Pour ne prendre que l'exemple de la législation algérienne, l'article 1041 CPCA permet aux parties de se référer à un règlement d'arbitrage pour la constitution de la juridiction. Il n'interdit pas qu'un règlement d'arbitrage et par conséquent ses documents d'accompagnement s'appliquent à l'ensemble de l'arbitrage.

36. Davantage, l'article 1043 du même code admet explicitement que l'ensemble de la procédure soit régi par un règlement d'arbitrage, ce qui autorise l'application de documents du type lignes directrices ou directives, le tout n'étant finalement que la conséquence logique du principe de la force obligatoire des conventions posé par l'article 106 du code civil et de la nature contractuelle de l'arbitrage.

37. **Fond.** S'agissant en second lieu des questions de fond, il n'y a pas lieu de revenir sur ce qui a été déjà été dit à propos de la règle de conflit retenue par l'article 18 du code civil[29] en ce qu'elle autorise le recours à des normes extra légales que sont les usages mais plutôt de prendre acte du développement de normes extra légales substantielles, sans prétendre du reste à l'exhaustivité.

38. Ce développement peut s'expliquer non pas tant par le caractère inapproprié des lois nationales susceptibles de régir les contrats du commerce international car à la vérité, nombre de lois nationales sont retenues par des parties contractantes pour régir leurs relations mais d'une part, par un souci de davantage les sécuriser, d'autre part par la difficulté avérée de faire entrer dans le droit positif des conventions internationales, tout ceci confirmant au demeurant la préférence des acteurs du commerce international pour des règles juridiques matérielles[30], y compris celles contenues dans les lois nationales retenues par les parties.

39. L'exemple le plus significatif est celui du recours en matière de ventes internationales aux incoterms de la CCI dont la première version publiée remonte à 1936, d'autant qu'ils sont périodiquement actualisés et adaptés pour tenir compte des évolutions économiques et technologiques, la plus récente version étant entrée en vigueur en 2020. L'utilisation de l'une des onze (11) formules constitutives d'un incoterm, abréviation de « international commercial terms » ou conditions commerciales internationales permet en effet d'appréhender, sous réserve de stipulations particulières, les obligations caractéristiques pesant sur les parties contractantes, sauf celle touchant au moment où intervient le transfert de propriété. La simple référence dans un document contractuel, y compris une facture, permet en effet, de déterminer le point de transfert des risques, celui relatif aux frais de transport et d'assurance et les documents que le vendeur doit remettre à l'acheteur[31].

40. Alors même que les incoterms émanent d'une organisation privée, leur utilisation est devenue incontournable et leur valeur normative incontestable. Les arbitres les consacrent[32] et le droit algérien applicable aux « transactions courantes » les reconnait[33].

41. Les incoterms ne sont pas la seule production normative de la CCI. Abstraction faite de contrats modèles qu'elle peut proposer, elle a mis au point en particulier des règles uniformes qui régissent les crédits documentaires[34] et, en 1999, des « règles et pratiques internationales relatives aux lettres de crédit stand by », des garanties bancaires remises par un importateur de marchandises qui peuvent être appelées par son fournisseur contre remise de documents attestant de sa créance[35], ensemble d'instruments auxquels les banquiers se réfèrent volontiers.

42. Si ces instruments ont une portée juridique, c'est par l'effet d'une adhésion des intéressés qui se manifeste par une référence contractuelle. Mais d'autres instruments existent qui servent tantôt pour conforter une solution juridique et tantôt constituent des modèles sollicités par les praticiens d'une façon telle qu'ils pénètrent dans la sphère du droit.

43. Relèvent de cette catégorie, le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite[36] de la CDI dont l'assemblée générale de l'ONU n'a pas fait plus que « prendre note ». Ceprojet est sollicité par les juridictions arbitrales statuant en matière de responsabilité des Etats dans le contentieux de l'investissement en tant que norme coutumière[37] pour interpréter ou combler les lacunes de traités de protection des investissements[38].

44. En relèvent également les Principes d'UNIDROIT et les contrats types et dans une moindre mesure des « guides [39]», en particulier en matière de construction, ceux mis au point par la FIDIC, textes que nombre d'auteurs présentent comme étant du droit « spontané[40] » à raison de leur absence d'impérativité[41], masquant ainsi le fait qu'ils procèdent d'une démarche délibérée d'une certaine écriture du droit.

45. Les « Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » initialement mis au point en 1994[42] en sont, depuis 2016, à leur quatrième édition par suite d'actualisations et d'ajouts successifs entrepris de façon à pouvoir prendre en charge notamment les questions juridiques liées aux contrats à long terme. En l'état actuel des choses, on se trouve en présence d'un ensemble composé de 211 articles qui à la vérité comporte non seulement des principes mais aussi l'énoncé de règles, le tout étant assorti de commentaires à visée pratique.

46. Alors même qu'UNIDROIT est une organisation internationale intergouvernementale qui traditionnellement s'active dans la préparation de conventions internationales destinées à permettre une unification du droit matériel, les Principes relatifs aux contrats du commerce international marquent un changement d'orientation qui consiste à ne plus essayer de solliciter seulement des instruments juridiques contraignants, lois ou traités ratifiés. Ils sont le résultat d'un travail de groupes d'experts en sorte qu'ils sont en réalité une codification privée, les parties contractantes étant invitées, spécialement avec une offre de clauses modèles suggérées par UNIDROIT, à faire régir leurs relations par lesdits principes, totalement ou partiellement, à titre exclusif ou cumulativement avec une loi nationale.

47. Ces Principes sont désormais sollicités dans des arbitrages[43]. Ainsi est-il arrivé qu'à défaut de choix d'une loi applicable et plutôt que de rechercher l'expression de volontés implicites, des arbitres aient considéré que le droit approprié devait être recherché directement

dans les Principes d'UNIDROIT[44], d'autres arbitres assimilant cette entreprise de codification à des pratiques répétées par des professionnels dans un milieu donné et réputé homogènepour considérer que l'on se trouvait en présence d'usages[45], d'autres arbitres plus pragmatiques (ou modestes) y trouvant des « sources fiables du droit commercial international[46] ». Il arrive aussi que pour s'assurer de la « neutralité » d'une règle de droit nationale, les arbitres prennent appui sur les Principes[47]. Enfin, l'absence d'originalité d'une règle de droit national, en l'espèce du code civil algérien, peut être mise en évidence par confrontation avec les données contenues dans les Principes[48].

48. La mise au point de contrats types participe également de la confection de normes extra étatiques. C'est ainsi que la CCI a mis au point des contrats pour la vente internationale, d'agent commercial, de franchise et même de consortium qui sont autant d'outils à disposition des opérateurs du commerce international. Autre illustration et non des moindres, en matière de construction d'usines et de réalisation d'infrastructures, la Fédération internationale des ingénieurs conseils, la FIDIC, est particulièrement active dans le domaine des contrats depuis 1957. Il existe ainsi un modèle pour les contrats EPC ou clés en mains (livre d'argent), un modèle pour les contrats de conception, réalisation et exploitation ou produits en mains (livre or) et bien entendu un modèle pour les contrats de travaux (livre rouge), ensemble d'instruments très sollicités par les praticiens, parfois même repris sans aucune adaptation aux conditions de l'espèce et souvent exigés par les institutions de financement au point qu'ils sont devenus une référence internationale incontournable[49].

49. Cette prolifération de normes extra étatiques dans les relations commerciales internationales dont on vient de faire une présentation qui n'est pas exhaustive n'est pas, cependant une remise en cause des droits nationaux, supposés mais sans aucune démonstration, inadaptés pour régir les relations commerciales internationales.

50. Il s'agit plutôt d'une offre de droit complémentaire[50] et à visée essentiellement pratique émanant d'institutions ou d'associations professionnelles internationales qui parait tout à fait compatible avec les droits d'origine étatique au point qu'UNIDROIT offre même de considérer subsidiairement ces Principes comme un modèle pour les législateurs[51] . Cette diversification des sources ne perturbe pas les ordres juridiques nationaux dans la mesure où leur réception se fait essentiellement par incorporation aux stipulations contractuelles, le droit de l'arbitrage ne faisant que le confirmer.

51. Elle le fait d'autant moins que les systèmes juridiques nationaux n'échappent plus à l'émergence de normes extra étatiques, affirmation que l'on se propose à présent de vérifier et d'apprécier dans le seul droit algérien.

II. L'émergence de normes extra étatiques en droit algérien

52. L'admission des normes extra étatiques, spécialement des usages, au moins dans les codes promulgués en 1975, montre déjà que la norme juridique ne se définit pas forcément à partir de son auteur qui serait seulement une autorité étatique déterminée et disposant d'une compétence pour la mettre au point, la faire appliquer et la respecter elle-même. Cette reconnaissance qui valide la thèse selon laquelle le droit n'est pas contenu dans les seuls discours législatifs et est compatible avec l'état des sources formant le droit commercial international, interroge en même temps sur l'affirmation constitutionnelle selon laquelle « le juge n'obéit qu'à la loi [52]».

53. A cet égard, force est de constater que le code de procédure civile et administrative de 2008 est plus proche de la vérité en exigeant du juge qu'il « tranche le litige conformément aux **règles de droit** qui lui sont applicables[53] ». Du reste, les actions en justice n'ont pas vraiment pour objet l'application de la loi mais la revendication d'un « droit [54]» qui ne s'inscrit pas inéluctablement dans la loi.

54. Si à présent l'attention se porte sur les droits non codifiés, on ne peut que prendre acte d'une extension du domaine des normes extra légales au moins depuis que l'Etat a redéfini ses fonctions en abandonnant sa prétention à exercer à titre monopolistique l'essentiel des activités économiques, sans d'ailleurs que les frontières n'aient été tracées dans le respect de la sécurité juridique et s'est rallié, du moins formellement à partir de 1995, à une conception de ces activités fondée sur le marché et la concurrence[55].

55. Sous réserve des contrats sollicités pour régir des relations strictement internes, l'enquête à laquelle on s'est livrée n'a pas permis de déceler l'existence de normes privées émanant d'autorités privées, vraisemblablement à cause du poids réel du secteur privé dans le tissu économique. En revanche, il est possible de mettre en évidence des normes d'origine publique, dans une moindre mesure des normes d'origine privée essentiellement dans le domaine de la déontologie professionnelle, le tout n'excluant pas des références à des normes internationales.

- Normes d'origine publique

56. Les normes extra étatiques d'origine publique émanent d'autorités administratives investies par la loi pour encadrer le fonctionnement du marché et/ou une activité. Pour cette raison, les « guides » mis au point par les administrations doivent être exclus car il s'agittout au plus d'outils d'aide à la décision, pour autant bien entendu qu'ils fassent l'objet d'une actualisation au regard du droit en vigueur[56].

La production normative est plutôt le résultat d'une délégation de l'Etat, d'ailleurs plus ou moins utilisée, qui permet le recours à des normes innommées par la loi. Le constat vaut spécialementen matière de concurrence mais aussi pour les activités bancaires et boursières ainsi que pour ce qui concerne la prévention de la corruption.

57. **Concurrence.** Le Conseil de la concurrence est une autorité créée dès 1995[57] et assez curieusement recréée par la législation en vigueur en la matière[58]. Ses attributions sont actuellement régies par une loi de 2008[59] et elles lui permettent de prendre « toutes mesures » en forme de règlements, directives ou circulaires, sauf à les publier au Bulletin de la concurrence. Si rien n'indique les différences pouvant exister entre ces catégories de textes qui cependant rappelle la terminologie retenue par le droit de la concurrence de l'Union européenne, il apparait cependant que la production normative de cette autorité reste marginale.

58. Pour tout dire, alors que la régulation procède au premier chef de normes substantielles à commencer par celles qui s'attaquent aux ententes illicites, elle concerne seulement des questions de procédure liées au contrôle du marché que doit exercer cette autorité. Etonnamment, cette production prend la forme d'avis voire de note[60], catégories introuvables dans la loi, ce qui devrait conduire à restituer à ces actes leur véritable nature, savoir celle de

règlements, façon de contenir la tentation d'une « dilution des normes », selon l'expression d'un auteur averti[61].

59. Dans le secteur devenu concurrentiel des postes et télécommunications, la loi avait créé une autorité spécifique, l'autorité de régulation des postes et télécommunications (ARPT)[62]. Elle est depuis 2018 remplacée par une autre autorité, l'ARPCE, chargée de prendre en charge en plus la régulation du commerce électronique[63]. Seule cette dernière a pu prendre quelques « décisions » pour fixer les conditions et modalités des offres promotionnelles des opérateurs de téléphonie [64] et pour fixer les règles et procédures applicables aux poursuites consécutives à des manquements des opérateurs[65]. Aucune « recommandation » n'a semble -t-il été prise à destination des opérateurs en vue d'une régulation des marchés pertinents dont elle a la charge.

60. En matière audiovisuelle, depuis une loi de 2014, il existe une autorité de régulation, l'ARAV[66]. Même si le législateur s'est abstenu de la qualifier d'indépendante, cette autorité est chargée de garantir « l'objectivité et la transparence »[67], ce qui doit la conduire à fixer des règles relatives aux programmes et à formuler des « recommandations pour le développement de la concurrence » dans l'exercice des activités audiovisuelles. Or la portée de ces textes est d'autant plus difficile à déterminer que son dynamisme normatif reste à prouver.

61. **Activités bancaires et boursières.** Les activités bancaires sont régies par la loi sur la monnaie et le crédit[68] et le Conseil de la monnaie et du crédit (CMC) constitue l'autorité qui doit intervenir par voie de « règlements » promulgués par le gouverneur de l'institution, en particulier pour encadrer les opérations de change liées au commerce extérieur. Pour ne prendre qu'un exemple parmi une production qui semble couvrir l'ensemble de ses compétences, elle a ainsi adopté un règlement relatif aux règles applicables aux transactions courantes avec l'étranger (et aux comptes devises)[69]. Mais la Banque d'Algérie s'autorise également à prendre des Notes interprétatives et à donner des Instructions aux banques et établissements financiers qui ajoutent à ce domaine du droit extra étatique.

62. Plus récemment, un règlement a été pris destiné à fixer les conditions d'exercice des opérations de banque relevant de « la finance participative », en d'autres termes de la finance dite islamique et qui ne donnent pas lieu à perception ou à versement d'intérêts, comme le sont les contrats de la mourabaha et de la moucharaka. Si de telles opérations sont permises et si les banques et établissements pratiquant la « finance participative » sont soumis à l'ensemble de la règlementation bancaire, il n'en demeure pas moins que les opérations qu'elles réalisent sont soumises, à la Chari'a qui, à tout le moins, est composée originellement de normes extra étatiques[70].

63. Ce n'est pas tout. La loi sur la monnaie et le crédit a en effet été amendé en 2010 pour permettre au Conseil de la monnaie et du crédit de mettre au point des « normes » relatives à la sécurité des paiements ainsi que « les règles de bonne conduite et de déontologie applicables aux banques et établissements financiers[71] ». Car force est de constater, au moment où ces lignes sont écrites, que ces « règles » n'ont pas encore été adoptées[72], la circonstance que les statuts de l'association des banques et établissements financiers (ABEF) lui donnent mission, entre autres choses, d'arrêter « de façon consensuelle les règles

déontologiques régissant la profession et de veiller à leur respect par leurs adhérents » ne pouvant à l'évidence remettre en cause des prérogatives légales.

64. Au-delà de cette remarque, il faut relever que la Banque d'Algérie ne se limite pas à l'édiction de règlements, voire de notes et d'instructions aux entités placées sous son contrôle. Elle a ainsi produit des « lignes directrices » en 2015 sur les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle des banques, sur les mesures de gel et/ou de saisie de fonds dans le cadre de la lutte contre le terrorisme mais aussi en matière de virements électroniques. Non prévus par la loi qui régit la banque centrale, ces textes ne sont pas signés du gouverneur de l'institution et ils ne sont pas publiés au journal officiel.

65. Ces « lignes directrices » sont seulement consultables sur le site internet de la Banque d'Algérie ; elles sont signées par le directeur général de l'inspection de la Banque d'Algérie et font aussi l'objet de notes à destination des banques et établissements financiers. Un bref examen de ces textes révèle qu'il s'agit de déclinaisons de résolutions prises par l'ONU et, s'agissant plus précisément des virements électroniques, de la mise en œuvre de recommandations adoptées en 2012 par le groupe d'action financière internationale (GAFI), un organisme intergouvernemental regroupant la plupart des Etats.

66. Du reste, la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme est également prise en charge par la cellule de traitement du renseignement financier (CTRF) un établissement public qualifié d'autorité administrative indépendante et relevant du ministère des finances[73]. Contrairement à la Banque d'Algérie, la CTRF a, depuis avril 2013, compétence pour « émettre des lignes directrices et des lignes de conduite en relation avec les institutions et les organes ayant le pouvoir de régulation, de contrôle et/ou de surveillance dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme[74]», sans qu'il ne soit possible de faire le départ entre ce qui relève de la direction et ce qui relève de la conduite, sauf à consacrer la distinction entre « droit dur » ou contraignant et « droit mou » qui ne le serait pas et donc serait de l'ordre du recommandable .

67. Elle a d'ailleurs adopté[75] des « lignes directrices » sur les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle des entreprises et des professions financières comme celle des avocats, des notaires et des agents immobiliers ainsi que la clientèle des institutions financières qui échappent au contrôle de la Banque d'Algérie, comme le sont les assureurs et la Commission des opérations de surveillance du marché des valeurs mobilières, la COSOB, de façon à donner une base légale à la transmission des déclarations de soupçon[76].

68. Quant aux activités boursières, la loi[77] donne compétence à la COSOB pour édicter des règlements destinés à réguler le marché pertinent et à règlementer l'activité des différents intervenants[78], sauf à les publier au journal officiel mais aussi à les faire approuver par le ministre des finances[79]. Dans une production normative non négligeable, on peut d'ailleurs relever le souci d'une bonne information des épargnants[80] et un code de déontologie applicable à la société de gestion du fonds d'investissement[81].

69. Il reste que, comme le Conseil de la monnaie et du crédit, la COSOB ne se limite pas à prendre des règlements. Ainsi la consultation de son site internet laisse à montrer des

instructions[82] et même un code de déontologie et d'éthique de la COSOB destiné essentiellement à prévenir les délits d'initié et le financement des « activités illégales ». Ce code, par ailleurs non daté et annoncé comme « évolutif »,devient dans le corps du texte devient un « guide » « aligné sur les meilleures pratiques « best practice » internationales » (sic) où le risque de sanctions est d'ailleurs passé sous silence.

- normes d'origine privée ou publique : la déontologie professionnelle

66. On se trouve dans un domaine où les normes extra légales sont imprimées dans des codes ad hoc[83] dont le contenu est un mélange de normes juridiques susceptibles de sanctions et de recommandations, l'ensemble résultant non pas d'une initiative d'un corps professionnel mais d'une prescription légale et qui peut avoir aussi bien une origine privée que publique.

67. Déjà en application d'une loi de 1985 relative à la promotion et à la protection de la santé, un code de déontologie des médecins renfermant « les principes, devoirs, règles et usages professionnels » a été validé par voie décrétale[84]. S'il confirme que les normes extra étatiques peuvent résulter d'usages et s'intégrer dans les sources du droit étatique, rien cependant n'indique que ce code ait été préparé par l'organisation des médecins alors en place. Il ne devrait plus en être de même si l'on se réfère au droit désormais en vigueur en matière de santé[85] mais il faudra attendre de connaitre la composition du Conseil national d'éthique pour en avoir confirmation.

68. En revanche, le code de déontologie applicable aux experts comptables, commissaires aux comptes et comptables agréés, également rendu public par décret est, au moins pour ce qui concerne les obligations de diligence qui pèsent sur ces professionnels, un ensemble normatif d'origine privée dès lors que la diligence du professionnel s'apprécie en fonction des « normes publiées par l'ordre ou les normes généralement admises »[86], sauf à remarquer que le lieu de leur publication n'est pas identifié et que la preuve des usages professionnels peut s'avérer délicate pour une profession récente en Algérie.

69. Il devrait d'ailleurs en être de même pour les avocats, l'union des ordres de cette profession étant investie de la mission d'élaborer une « charte » déontologique devant être publiée par arrêté du ministre de la justice[87] ainsi que pour les notaires, la chambre nationale étant chargée d'élaborer « la charte de déontologie de la profession qui sera publiée par arrêté du ministre de la justice [88]».Mais force est de constater que ces textes sont introuvables.

70. Les normes extra étatiques peuvent aussi avoir une origine publique non plus comme on l'a vu, parce que l'Etat a délégué une compétence dans le cadre d'une tentative de réorganisation[89] mais parce qu'il incite sinon oblige, au développement d'une déontologie professionnelle. Lorsqu'en effet l'attention se porte sur la législation relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, un premier examen peut conduire à considérer que nombre d'entités sont tenues d'adopter « des codes et des règles de conduite pour l'exercice correct, honnête et adéquat des fonctions publiques et des mandats électifs[90] », le concept de déontologie n'étant plus de mise pour la régulation des comportements au sein des seules professions libérales, sans doute pour susciter plus de confiance de la part du public et en particulier des administrés[91].

71. Cette obligation concerne l'Etat lui-même, par conséquent ses différentes administrations centrales, les assemblées d'élus, les collectivités locales, les établissements et

organismes de droit public ainsi que les entreprises publiques économiques. A la vérité, il s'agit tout au plus d'une incitation. Si la loi de 2006 a été adoptée à la suite de la ratification de la Convention des Nations unies contre la corruption de 2003[92], texte qui oblige les Etats membres à transposer dans leurs droits internes nombre de ses prescriptions mais aussi de procéder à une évaluation périodique des instruments juridiques adoptés pour atteindre l'objectif recherché, on chercherait en vain près de 15 ans après l'adoption de la loi algérienne une quelconque trace d'une évaluation de la portée de la volonté législative, alors même qu'elle devait être, sans autre précision il est vrai, périodique[93].

72. Les investigations entreprises pour préparer cette communication suggèrent assez que le commandement législatif n'a pas eu une grande portée. Elles ont permis de mettre en évidence l'existence d'un « guide » de la déontologie du fonctionnaire de la direction générale des impots de 2009, incontestablement pris dans le droit fil de la loi de 2006 mais qui, malgré les obligations qu'il renferme, ne constitue pas plus qu'une « invitation à observer » les normes qu'il contient, d'une « charte déontologique du magistrat prise à la suite d'un délibération de 2006 du Conseil supérieur de la magistrature[94] et, plus récemment d'un « code de déontologie policière »[95], encore que rien n'indique qu'il ait été pris en application de la loi anticorruption de 2006, ce dernier code renvoyant, comme pour obscurcir le sujet, à un guide « qui clarifie les principes éthiques, les valeurs morales et les règles auxquelles le fonctionnaire de police doit se conformer[96] ».

73. Si à la suite de la loi de 2006, une « autorité administrative indépendante » (ONPLC), encore que rattachée à la présidence de la république, a été créée pour exercer les missions dévolues par l'article 20 de cette loi et« coopérer avec les acteurs publics et privés concernés dans l'élaboration des règles de déontologie[97], tout au plus peut on relever que cet organisme a mis au point seulement « un projet de code de conduite de l'agent public[98] » alors même qu'il a été voulu comme l'acteur principal de la lutte contre la corruption.

74. Ajoutons ici que l'on n'a pu retrouver de normes extra étatiques applicables aux élus non plus d'ailleurs qu'aux collectivités locales. Quant aux entreprises publiques économiques, les recherches faites à partir de leurs sites internet tendent à montrer que la portée réelle de l'obligation légale d'élaborer des codes ou chartes déontologiques reste très marginale comme le montre le bilan relatif à l'action des entreprises publiques en la matière.

75. Sans doute, la SONATRACH dispose -t-elle depuis le 3 novembre 2010 d'un « code de conduite » mais, malgré l'engagement qu'il contient de le réviser « régulièrement », il ne semble pas qu'il ait fait l'objet d'une quelconque actualisation. Quant au conseil national des assurances, sa commission juridique a mis au point une « charte déontologique du secteur » applicable depuis le 9 février 2001 à l'ensemble des professionnels de l'assurance, compagnies, agents et courtiers. Alors qu'elle se présente comme étant constitutive d'un « cadre global » devant conduire à des codes de déontologie spécifiques à chacune des catégories de professionnels de l'assurance, là encore on chercherait en vain trace de cette déclinaison.

76. Aux termes de cette étude qui n'est pas plus qu'une tentative de cerner le développement des normes extra étatiques, si plus d'une conclusion s'impose, on voudrait ici mettre en évidence seulement les trois points suivants.

77. Il n'est pas contestable que les normes extra étatiques sont admises par les Etats eux-mêmes, exemple pris ici de l'Algérie. Cette admission ne se cantonne pas au seul domaine des relations commerciales internationales dans lequel, au demeurant, le normativisme d'origine privé est prégnant même si le plus souvent des institutions privées ou intergouvernementales sont le siège soit de l'élaboration de ces normes dont l'utilité pour la prise en charge des questions de procédure arbitrale et de fondest avérée.

78. Le droit algérien ne se prive pas de reconnaitre des normes extra étatiques d'origine internationale comme celles mises en place sous l'égide de la CCI[99] ou d'y faire allusion lorsqu'il s'agit plus précisément d'adopter les meilleures pratiques comportementales lorsque ces dernières ne seraient pas la norme de référence, comme en témoigne du reste la récente législation sur les hydrocarbures. Pour des raisons de compétitivité mondiale, celle-ci insiste sur le caractère international des normes, les activités de recherche et d'exploitation des hydrocarbures devant se faire dans le respect des « meilleures techniques et pratiques internationales » dans la perspective de la gestion optimale des risques liés à l'activité[100]. Quant aux opérateurs, pour la conservation et la récupération des gisements, ils doivent observer « les normes et standards généralement admis dans l'industrie des hydrocarbures [101]».

79. Le développement des normes extra étatiques n'épargne pas le droit algérien lui-même qui invite à une redéfinition des sources du droit, sinon du droit lui-même, une entreprise, il est vrai, jamais achevée et à se préoccuper, pour la définir, plus du contenu de la norme et de l'effet qu'il produit ou est censé produire sur les comportements que de l'aspect formel. Il emprunte les termes du droit international avec autant d'incertitudes au point que distinguer entre chartes, codes, lignes directrices ou guides, pour s'en tenir à ces appellations, relève de la prétention tout en confirmant l'idée que la norme est un affichage avant d'être un contenu.

80. En droit algérien, ce développement est voulu par la loi et l'origine privée ou publique de la règle ne semble plus être une question décisive, encore qu'en l'état actuel des choses, l'origine publique soit prégnante. Mais qu'il s'agisse du normativisme induit par le redéploiement de l'Etat par la mise en place d'agences ou de celui résultant du discours sur la déontologie, de façon générale, il perturbe les certitudes du juriste. Il interpelle aussi sur le fonctionnement de l'Etat, partant, sur l'état du droit autant que sur l'Etat de droit.

Références

1 -O. PFERSMAN, « Norme », in Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, p.1083. Adde, F. BONNET, La normativité en droit, Mare & Martin,2011, p. 215.
2 -Cf. s/d O. CAYLA et J.L. HALPERIN, Néo ou retro constitutionnalisme ? Mises en perspective de la démocratie constitutionnelle contemporaine, Mare & Martin, 2018, p. 14.
3- Loi 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, JORA n° 14.
4 -Pour une mise en évidence des normes extra étatiques et des comparaisons, cf. C. THIBIERGE, Sources du droit, sources de droit, une cartographie, Mélanges Ph. JESTAZ, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006, p. 532.
5- S/d E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, La mondialisation du droit, Litec, 2000.
6- On relèvera ici et dans les deux versions officielles des textes une évolution au moins terminologique dans le code de la famille 1984 qui fait de la Chari'a une source subsidiaire du droit (article 223) et même une contradiction avec l'article premier du même code qui prétend que « toutes » les relations familiales sont régies par la loi.
7-Cf. K. BENYAKHLEF, Une possible histoire de la norme, les normativités émergentes de la mondialisation, Thémis, 2008, p. 767.
8- Article 60 du code civil.
9 -Article 68 du code civil
10- Article 94 du code civil
11- Article 1bis du code de commerce tel qu'introduite par l'ordonnance 96-27 du 9 décembre 1996, JORA n° 77.
12- Article 51 du code de commerce.
13- Articles 18 et 2 de la loi 04-02 du 23 juin 2004 relative aux règles applicables aux pratiques commerciales, JORA n° 41.
14- Cf. H. ASCENSIO, La soft law, nouvel objet ou nouvel intérêt, in s/d P. DEUMIER et J.M. SOREL, Regards croisés sur la soft law, LGDJ, 2018, l'auteur procédant à une « archéologie de l'idée de soft law en droit international », p.95.
15-Ceci permet de nuancer le propos de notre ami, A. MAHIOU qui, se prononçant sur l'existence en tant que telle de la lex mercatoria, la discute et, avec d'autres, la rejette en tant que « tiers ordre juridique » in Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité, RCADI, 2008, vol.337, pp. 368-370. L'essentiel, cependant, est de prendre acte de l'existence d'un normativisme extra étatique et d'en apprécier la fonctionnalité.
16- Les autres alinéas offrent des solutions subsidiaires (discutables) lorsque les parties contractantes ne choisissent pas de loi applicable. Elles ne présentent pas d'intérêt pour notre propos.
17- Cf. en dernière date, de moi-même, Règlement des litiges et arbitrage commercial international, GAIA éditions, 2018, p.218.
18-Cette liberté totale rend anachronique la condition posée par l'article18 du code civil quant à la condition de « relation réelle » entre a loi choisie et le contrat ou les parties contractantes.
19- P. GIRAUD, Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission, Bruylant, 2017, p. 276 et suiv. (Préface CH. JARROSSON).
20- Sur l'ensemble de la question, en dernière date, F. DASSER, Soft law in international commercial arbitration, RCADI, 2020, vol. 402.
21- Selon les termes du §. 1er de la Note.
22 -§. 2 de la Note. Ce document est consultable sur le site de la CCI/ICC.
23- Pour une autre illustration, cf. les « lignes directrices à l'intention des arbitres » révisées en octobre 2019 à la suite de la mise en place du règlement d'arbitrage de 2017 de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.
24- G. KAUFMANN-KOHLER, Soft law in international arbitration : codification and normativity, Journal of international dispute settlement, 2010, p. 1 ; M. DE BOISSESON, La soft law dans l'arbitrage, Cah. Arb. 2014, p. 519.
25 Pour d'autres exemples, les « Best practices » de l'International Center for Energy Arbitration (ICEA) qui entend se spécialiser dans les arbitrages relatifs au droit extractif et les « directives pour les arbitres » de 2020 de l'institution suisse d'arbitrage (SCAI)

26- Cf. l'arrêt rendu par la 1ere chambre civile de la Cour de cassation le 6 novembre 2019 (n° 17-20573, inédit), à propos des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve.
27 -Comité ad hoc CIRDI 26 aout 2015 Total c/ Argentine, (Arb/04/01), §. 98.
28- T.F. 4A_110/2012 du 9 octobre 2012, in site internet du TF.
29- Supra §. 18 à 23.
30- E. LOQUIN, Les règles matérielles internationales, RCADI, 2006, vol. 322, n° 56.
31 -Ph. DELEBEQUE, N. BINCTIN et L. ANDREU, Traité de droit des affaires, opérations bancaires et contrats commerciaux, LGDJ, 2018, n° 552 et suiv.
32 -Cf. les extraits de sentence publiés in Bul. CCI 2011, n° 1 et 2 et E. JOLIVET, Les incoterms dans les sentences arbitrales de la CCI, Bul. CCI 2010, n° 2, p.41.
33- Article 27 du Règlement 07-01 du 9 janvier 2007, JORA n° 31.
34- Pour la version en vigueur depuis janvier 2007, cf. D. DOISE, la révision 2007 des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires RUU 600, RDAI 2007, n°1, p.106.
35- Cf. j.P. MATTOUT, De nouvelles règles CCI pour les lettres de crédit stand by, Mélanges VASSEUR, Rev. Banque, 2000, p. 99.
36- Sur ce projet, A. PELLET, Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : suite et fin ? in AFDI 2002, pp. 1-23.
37- Par exemple et déjà, à propos du principe du respect des droits acquis de manière licite, sentence Amco c/ Indonésie du 20 novembre 1984 (Arb/84/3) du 20 novembre 1984, § 248.
38- Sentence Feldman c/ MEXICO du 16 décembre 2002 (Arb/99/1), §.115.
39 -Par exemple le guide UNIDROIT sur les accords internationaux de franchise principale de 1998. Ce type d'instrument s'adresse directement aux opérateurs contrairement à d'autres guides comme celui de la CNUDCI pour « l'incorporation en droit interne de la loi type relative à la passation de marchés publics » de 2011.
40- Par exemple, C. KESSEDJIAN, Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques internationales, RCADI, vol. 300, p. 49.
41- Ibidem, p. 167.
42- Cf. C. KESSEDJIAN, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par UNIDROIT, Rcdip 1995, p. 641.
43- P. MAYER, le rôle des Principes UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage CCI, Bul. CCI 2002, p. 115 et E. JOLIVET, Les principes UNIDROIT dans l'arbitrage CCI, Bul. CCI, 2005, p. 71.
44 -En ce sens, sentence CCI 7375, Bul. CCI. 2001, vol. 12, n°2, p.100 et sentence 17803, JDI, 2018, p.20.
45- Sentence CCI 14478, JDI 2016, p. 16.
46 -Sentence CCI 9797, Bul. CCI 2001, vol. 12, n° 2, p. 93.
47 - Sentence CCI 10422, JDI 2003, p. 1142.
48- Sentence CCI 15913 rendue en 2011, JDI 2015, p. 43.
49- Cf. De moi-même, Le contrat international de construction, RIDE, 2018/1, p. 5 et suiv.
50-Certains auteurs voient dans ce droit a national un effet de la mondialisation, ce qui n'est pas impossible sauf à pouvoir dater avec certitude son début. Cf. en dernière date, M.M. MOHAMED SALAH, Le droit à l'épreuve des nouvelles régulations de l'économie globale, JDI, 2019, n°4, §. 10.
51- Cf. le préambule des Principes.
52- Articles 152 de la Constitution de 1996 et 171 de la Constitution de 2016.
53- Article 29 du code de procédure civile et administrative.
54- Article 3 du code de procédure civile et administrative.
55- La première législation relative à la concurrence a son siège dans l'ordonnance 95-06 du 25 janvier 1995, JORA n° 9 mais les signes avant-coureurs sont à rechercher dans la loi 88-29 du 19 juillet 1988, JORA n° 29, à raison de la possibilité qu'elle accorde aux entreprises privées de bénéficier d'autorisations d'importations (article 9).
56- Ainsi en est-il du guide de l'exportateur mis au point en 2016 par la direction générale des douanes et qui doit être « mis à jour régulièrement », du guide du consommateur préparé par le ministère du commerce mais non daté, du guide de l'administrateur (des sociétés) de 2013 et qui à l'examen semble bien être un outil de formation voire du guide du justiciable émanant du ministère de la justice et qui remonte à 2007, soit avant même la réforme de la procédure civile et administrative de 2008.

57 -Article 16 de l'ordonnance 95-06, précitée.
58 -Article 23 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003, n° 43.
59- Article 34 de la loi 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03, précitée, JORA n° 36.
60- Avis du 21 septembre 2016 sur la procédure de saisine du Conseil de la concurrence et avis du 22 septembre 2016 relatif aux opérations de concentration, à quoi s'ajoute une « Note » du 26 avril 2019 sur la procédure de traitement des notifications des projets de concentration. Ces textes sont consultables sur le site internet du Conseil de la concurrence.
61 -Y. GAUDEMET, La régulation économique ou la dilution des normes, RDP 2017, p. 23.
62-Article 10 de la loi 2000-03 du 5 aout 2000 fixant les règles relatives à la poste et aux télécommunications, JORA n° 27.
63- Article 11 de la loi 18-04 du 10 mai 2018 relative aux postes et communications électroniques, JORA n° 27.
64- Décision ARPCE du 7 janvier 2019, consultable sur son site internet.
65- Décision ARPCE du 4 décembre 2019, consultable sur son site internet.
66- Article 55 de la loi 14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, JORA n° 16
67- Article 54 de la loi 14-04, précitée.
68 -Ordonnance 03-11 du 26 aout 2003, JORA n° 52, modifiée par la loi 10-06 du 15 aout 2010, JORA n° 50.
69 -Règlement 07-01 du 3 février 2007, JORA n° 31, également consultable sur le site internet de la Banque d'Algérie.
70-Article 5 du règlement 18-02 du 4 novembre 2018, JORA n° 73. Le texte précise que les opérations offertes à la clientèle peuvent être labellisées par un « certificat de conformité aux préceptes de la charia » délivré par « l'organe national dument habilité », dont on chercherait pourtant en vain l'existence. Les missions du Conseil supérieur islamique résultent de l'article 195 de la Constitution voire du décret 80-120, JORA n° 16, modifiant le décret 66-45 du 14 février 1966 qui avait créé ce conseil, JORA n° 15. Aucun de ces textes n'en fait une autorité de certification.
71 -Article 62, points e) et o) de la loi telle que modifiée par la loi 10-06, précitée.
72- L'article 20 du règlement 02-03 du 28 novembre 2012 relatif à la prévention et à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, JORA n° 12 de 2013, pour important qu'il soit, ne saurait répondre à l'objectif plus large assigné par l'article 62 de la loi modifiée relative à la monnaie et au crédit, dans la mesure en effet où il fait obligation de mettre au point un document définissant « les critères de déontologie et de professionnalisme en matière de déclaration de soupçon et de le porter à la connaissance du personnel ».
73- Décret 02-127 du 7 avril 2002 portant création, organisation et fonctionnement de la CTRF, Jora n° 23, modifié par décret 08-275 du 6 septembre 2008, JORA n° 50, modifié par décret 10-237 du 10 octobre 2010, Jora n° 59, modifié par décret 13-157 du 15 avril 2013, JORA n° 23.
74 -Article 5bis du décret 02-127, précité tel que modifié par l'article 3 du décret 13-157, précité.
75 -Lignes directrices du 23 avril 2015, consultables seulement sur le site internet de la CTRF. La question de l'opposabilité de ces normes reste posée en l'absence de publication officielle
76-S'agissant des banques et établissements financiers, elles sont tenues de de les adresser directement à la CTRF en application de l'article 20 du Règlement de la Banque d'Algérie 12-03, précité.
77-Décret législatif 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières, JORA n° 34, modifié par la loi 03-04
78 -Article 31 tel que modifié par la loi 13-04, précitée.
79 -Article 32 du décret législatif 93-10, précité.
80 - Cf Arr. du MF portant approbation du règlement COSOB 96-02 du 22 juin 1996 relatif à l'information à publier par les sociétés et organismes faisant appel public à l'épargne lors de l'émission de valeurs mobilières, modifié par règlement 04-01 du 8 juillet 2004, JORA n° 22/05 et Arr. du MF du 26 juin 2000 portant approbation du règlement COSAB 2000-02 du 20 janvier 200 relatif à l'information à publier par les sociétés cotées en bourse, JORA n° 50.
81 -Arr. du MF du 19 février 2017 portant approbation du règlement COSOB 16-04 du 25 octobre 2016 portant code de déontologie de la société de gestion du fonds d'investissement, JORA n° 25/2017.
82 -Par exemple, l'instruction 97-03 du 3 novembre 1997 prise en application du règlement 96-02, précité.

83 -Pour une étude d'ensemble mais de droit français, Cf. M. LAROUA, Les codes de déontologie, sources du droit, Dalloz, 2018.
84 -Cf. Article 1erdu 6 juillet 1992, JORA n° 58.
85- Article 342 de la loi 18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé, JORA n° 41.
86-Article 2 du décret 96-136 du 15 avril 1996, JORA n° 24.
87 -Article 106 de la loi 13-07 du 29 octobre 2013 portant organisation de la profession d'avocat, JORA n° 55. A ce jour cet arrêté n'a pas été publié.
88 -Article 45 de la loi 06-02 du 20 février 2006 portant organisation du notariat, JORA n° 14.
89 -Supra, §.54 et suivants
90 -Article 7 de la loi 06-01 du 20 février 2006, JORA n°4.
91 -En ce sens, la fonction essentielle de la déontologie serait de prévenir l'abus de pouvoir dans l'exercice de l'activité professionnelle, au nom des valeurs qu'elle véhicule.
92- Décret 04-128 du 19 avril 2004, JORA n° 26.
93-Article 20 5° de la loi 06-01, précitée.
94 -Elle date du 23 décembre 2006 (2007/17) et vise non seulement le statut des magistrats mais aussi la loi de 2006 dur la corruption
95-Arrêté du ministre de l'intérieur du 12 décembre 2017, JORA n° 8/2018.
96 -Article 40 du code précité.
97 -Article 20, 2° de la loi 06-01, précitée.
98 -Ce projet peut être consulté sur le site internet, www.onplc.dz .
99 -Dans un tout autre domaine, celui du droit du sport, cf. la référence au code mondial contre le dopage de l'agence mondiale antidopage par l'article 189 de la loi 13-05 du 23 juillet 2013 relative à l'organisation et au développement des activités physiques et sportives que l'agence nationale est chargée d'appliquer (article 190).
100-Article 6 de la loi 19-13 du 11 décembre 2019 relative aux hydrocarbures, JORA n° 79.
101-Article 55 de la loi 19-13, précitée. On ajoutera que l'agence en charge du domaine minier, l'ALNAFT, et celle en charge de la règlementation technique des activités dont habilités à édicter des « règlements, directives et standards….par référence aux standards internationaux » (article 37 de la loi 19-13, précitée).

L'essor des sources de droit professionnelles

The rise of professional law sources

Philippe Delebecque[1]

• [1]Professeur, Université de Paris 1 (France)

e-mail: ph.delebecque@wanadoo.fr

Date de réception: 13/10/2021 **Date d'acceptation:** 17/10/2021 **Date de publication:** novembre /2021

Résumé:

Cette contribution met en évidence le fait que, contrairement à ce que suggère le système pyramidal des normes repris par les édifices constitutionnels, le droit algérien n'a nullement ignoré les règles de droit extra étatiques, spécialement à la faveur des codifications de 1975.

Les investigations conduites sur les sources les plus récentes confirment lorsqu'ils n'amplifient pas le constat. Il en est ainsi d'abord, sous l'effet de la mondialisation du droit, du droit applicable aux relations commerciales internationales impliquant des opérateurs algériens .

Mais les règles de droit extra étatiques étendent aussi leur domaine dans le jeu des rapports internes, essentiellement au titre de la régulation économique et de la déontologie, encore qu'un constat centré sur le réel puisse laisser sceptique et rejoint l'inévitable interrogation sur le poids du droit dans la société.

Mot clé : Droit extra étatiques ; Droit algérien ; Mondialisation.

Abstract:

This contribution highlights the fact that, contrary to what is suggested by the pyramidal system of norms adopted by the constitutional institutions, the Algerian legislator has in no way ignored the rules of extrastate law, especially in favor of the codifications of 1975.
The investigations conducted on the most recent sources confirm when they do not amplify the report. It is thus first of all, under the effect of the globalization of law, of the law applicable to international commercial relations involving Algerian operators.
But the rules of extratate law are extended in the field of internal relations, mainly in the field of economic regulation and ethics, However, a report centred on the real can make it a subject of skepticism and asks the inevitable question on the weight of the law in society.

Key words: Extra-State law; Algerian law; Globalisation

Auteur correspondant :Philippe Delebecque, e-mail: ph.delebecque@wanadoo.fr

1. L'un des phénomènes les plus marquants du droit contemporain trouve son expression dans la prolifération des sources du droit: aux binômes traditionnels tirés de la loi et de la jurisprudence, même si la jurisprudence est encore considérée comme une « autorité » plutôt que comme une source de droit, se sont ajoutées de nouvelles distinctions : on parle de « grandes » sources (Constitution ; chartes internationales, à l'exemple de la fameuse Charte de l'environnement) et de « petites » sources, de sources nationales et de sources internationales, les conventions de droit matériel se multipliant et étant largement ratifiées (cf. la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises), de sources étatiques etde sources conventionnelles, de sources « spontanées » et de sources fabriquées, de sources administratives (circulaires, cf. thèse de J.M. Olivier, les analyses du Doyen Carbonnier sur le droit civil administratif) et de sources professionnelles.

2. Les sources professionnelles du droit, précisément, ne cessent de s'étendre. Toutes les professions, qu'elles soient artisanales ou commerciales, libérales ou salariées, réglementées ou ouvertes à tous (comme peut l'être, ce qui n'est pas connu, la profession d'armateur, contrairement à celle de commissionnaire ou de transporteur aérien ou terrestre), traditionnelles ou modernes, obéissent à des normes, plus ou moins contraignantes, qui, dans le monde contemporain, se développent à grande vitesse. Ces sources se diversifient aussi bien dans leur expression (guides pratiques ; chartes de bonne conduite ; contrats types …) que dans leur contenu. L'importance des clauses contractuelles n'est plus à souligner, qu'il s'agisse de clauses juridiques, déterminant la responsabilité des parties dans un contrat, ou de clauses plus générales. On y retrouve aussi les usages suivis par de nombreux professionnels ou encore les exigences des ordres professionnels, lesquelles, plus précisément, se prolongent dans lesrègles de l'art, les règles déontologiques ou encore les règles d'éthique professionnelle.

3. Si les sources professionnelles connaissent un grand essor ou renouent avec leur reconnaissance, car l'histoire du monde des marchands est ancienne et en même temps très riche[1], leur force juridique n'est pas simple à apprécier. Leur caractère contraignant est pour le moins variable, car si ce caractère est souvent purement et simplement contractuel, ne serait-ce qu'implicitement, et conduit à raisonner en termes d'usages, certaines de ces sources ont fini par s'imposer en tant que véritables coutumes. Sans doute est-ce le cas des sources issues de la pratique. On se demandera donc s'il faut les rattacher à de simples usages ou à de véritables règles coutumières. Quant aux règles déontologiques qui coexistent désormais avec les usages ou les coutumes professionnels, on hésite encore sur le point de savoir si elles ont acquis une portée véritablement juridique ou s'il faut toujours les considérer comme de simples règles d'éthique.

I. Les sources professionnelles issues de la pratique (sources d'en bas) : de simples usages ?

4. Toutes les professions ont des usages[2]. C'est ce qui fait leur force. Plus les usages sont anciens, plus ils sont respectés, à tel point qu'ils s'imposent au-delà même du consentement des intéressés. Les usages, en effet, sont assimilés à des clauses contractuelles auxquelles les professionnels concernés auraient donné implicitement leur consentement. Ils ont, en principe, une valeur supplétive. Mais certains de ces usages finissent par acquérir une grande

autorité au point de devenir des règles coutumières. Michel Pédamon, dans un article resté célèbre, l'avait parfaitement démontré[3]. On se proposera ici sinon de renouveler, du moins d'actualiser la doctrine.

A. Les sources professionnelles : de simples usages à valeur supplétive

5. L'usage se forme progressivement dans un lieu circonscrit, ce qui permet de comprendre que les usages sont moins fréquents en matière civile qu'en matière commerciale[4]. La formation et la conservation des usages sont plus facilement reconnues dans le monde des marchands[5]. Sans disparaître, ils sont cependant aujourd'hui moins nombreux et détaillés que par le passé, parce que le commerce n'est plus restreint à certaines places et surtout parce que la loi écrite ne cesse d'étendre son empire[6].

6. Les usages se distinguent des « bonnes pratiques » qui ont une valeur normative inférieure. Il y a là des modèles de comportement[7], des recommandations, relevant de la « soft law » davantage que de normes juridiques objectives[8]. Les usages ont une autorité supérieure, même s'ils n'ont pas, en principe, de force impérative. Ils peuvent être écartés par la volonté des parties. On peut admettre qu'ils tirent leur force de l'autonomie de la volonté. Ceux qui, pouvant mettre de côtétel ou tel usage, ne le font pas, sont censés l'avoir adopté : d'où le nom d'usages conventionnels. Ces usages sont présumés connus de ceux qui appartiennent au cercle concerné[9]. Le commerçant qui traite sur la place où il officie est censé les connaître[10]. Il en va différemment de la partie cocontractante du professionnel tenu par tel ou tel usage[11].

7. La nature conventionnelle implique les conséquences suivantes :
. la preuve des usages lorsqu'elle est exigée, pèse sur celui qui l'allègue ; elle se fait par la production d'une attestation qui porte le nom de parère (*quid paret*) ;les parèressont délivrés par les Chambres de commerce, ainsi que par les syndicats professionnels : ainsi en est-il des parères de banque ; il en va de même des parères d'assurances ;
. le juge peut écarter l'application de l'usage en faisant état de la volonté contraire des parties qui étaient libres de ne pas le suivre[12] ;
. un usage ne saurait prévaloir contre des dispositions d'ordre public[13] ;
. la violation de l'usage ne donne pas ouverture à cassation.

8. Les usages sont aujourd'hui de plus en plus formalisés par les organismes professionnels à travers des contrats types qui sont imposés ou proposés à leurs membres[14]. Ces contrats types sont fréquents en matière d'assurance, de négoce ou encore de transport. La plupart des affrètements maritimes se concluent sur la base de chartes parties types établies par les organismes professionnels des armateurs (et spécialement le *BIMCO, Baltic International Maritime Council*)[15]. Ces chartes expriment la pratique généralement suivie et si elles n'ont aucune force impérative, constituent les modèles de contrats auxquelles les parties se réfèrent. Les contrats types de transport routier ou fluvial sont également de bons exemples d'usages conventionnels. Dans la pratique, les professionnels s'y réfèrent, ne serait-ce qu'implicitement et ce sont ces contrats types qui, sauf manifestation de volonté contraire, constituent leur loi contractuelle. Ces contrats types, s'ils ne peuvent bien naturellement pas déroger à des dispositions impératives, ont de plus en plus d'autorité à tel point qu'ils peuvent primer certaines règles légales[16]. Il se peut qu'ils acquièrent ainsi une force coutumière.

B. La mutation des usages en règles coutumières

9. De même que les « bonnes pratiques » qui ne sont que des recommandations, peuvent devenir de véritables usages, les usages peuvent se transformer en usages de droit, ou plutôt en véritables règles coutumières. La distinction entre les usages (conventionnels) et les coutumes n'est pas toujours bien établie, mais on se permettra de la considérer comme de droit positif, notamment après les travaux de Michel Pédamon (cité *supra*)et les enseignements du droit comparé[17].Le droit commercial a été pendant un droit coutumier sans qu'il y ait eu aucune rédaction de cette coutume. Il est encore largement un droit marqué par les usages auxquels la jurisprudence a souvent conféré la force de règles coutumières.

10. C'est le cas dans l'ordre interne où la jurisprudence a dégagé de nombreuses règles coutumières : présomption de solidarité en matière commerciale[18] ; dispense de mise en demeure dans de nombreuses situations commerciales; réfaction du contrat(commercial) en cas d'inexécution partielle des obligations[19] ; anatocisme (cf. C. civ. art. 1343-2) de plein droit dans un compte courant[20], régime des intérêts dans le compte courant où une stipulation expresse n'est pas exigée contrairement à ce que prévoit l'article 1905 du C. civ.[21]. On pourrait sans doute ajouter à ces règles que l'on doit, une fois encore, à la jurisprudence commerciale, certaines solutions admises en droit civil : la validité du don manuel contrairement aux exigences de l'article 931 du Code civil et la théoriedes suites du contrat (art. 1194 C. civ.) qui implique, notamment, que dans les contrats où la personne du créancier est en cause, le débiteur soit tenu d'une obligation de sécurité. On observera également que le droit du travail fait produire aux droits acquis, et donc aux usages répétitifs, un certain nombre de conséquences juridiques dont la plupart sont contraignantes, ce qui rejoint l'idée que les usages qui se fortifient au cours des temps peuvent devenir de véritables règles coutumières.

11. Dans l'ordre international, les solutions sont moins nettes. Les usages sont certes reconnus, mais n'ont pas tous une force contraignante.Au demeurant, les conventions internationales y sont de plus en plus attentives. On relèvera ici le fameux article 9, al. 2, de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aux termes duquel, « sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée »[22]. L'alinéa 1er du texte, rappelons-le, précise que « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles ». Il y a là un bel hommage rendu aux usages du commerce international.

12. Evoquer les usages du commerce international, c'est renvoyer à la discussion sur la force de la*lex mercatoria*, et notamment des règles et usances en matière de crédit documentaire et des*Incoterms*. Les *Incoterms* ont pu être qualifiés d'usages du droit du commerce international[23] de même que nombre de pratiques bancaires.[24] Précisément, c'est en matière de crédit documentaire que la Cour de cassation a pu viser les règles et usances comme fondement de ses décisions[25], conférant ainsi à ces règles et usances la même valeur qu'une

loi et en les assimilant donc à une véritable coutume.Le pas pourrait peut-être être franchi pour certaines autres sources professionnelles que l'on pourrait recenser, notamment à propos des Règles d'York et d'Anvers sur la théorie des avaries communes[26], mais sans doute pas des règlements de la Chambre internationale de commerce.

13. Enfin, on ne saurait parler des usages du commerce international, sans revenir à l'arbitrage international. L'article 1511, al. 2 du code de procédure civile, en effet, dispose[27]quele tribunal arbitral tient compte, dans tous les cas, « des usages du commerce ». Le droit de l'arbitrage international fait ainsi des usages une source autonome de droit[28]. L'arbitre n'a pas à appliquer ces usages, mais il doit en tenir compte, *i.e.* les prendre en considération pour en déduire des effets[29]. Quant à la force de ces usages, unecontroverse s'est élevée, car, pour certains, les usages se distinguent ici des principes généraux du droit[30], tandis que pour d'autres, il faut comprendre dans de tels usages, l'ensemble des normes issues de la *lex mercatoria*, y compris les principes généraux du droit et la jurisprudence arbitrale.[31]Cette conception large est sans doute celle qui mérite d'être retenue, sauf si les parties ont choisi une loi qui y déroge.En tout cas ces « usagesdu commerce » que les arbitres doivent mettre en oeuvreont une consistance certaine aussi bien pour des questions de droit commun[32] que dans des affaires plus spécifiques, comme les affaires maritimes.

14. Il reste que le monde des marchands est aujourd'hui gagné par des considérations d'éthique. On ne cesse de parler de *compliance*, ce qui pousse à vérifier la bonne conduite des entreprises sur le plan juridique et social, et de s'assurer de leur respect des valeurs environnementales et des droits de l'Homme. D'où de nouveaux enjeux et denouvelles questions affectant les sources professionnelles, ce qui conduit à se demander si les règles d'origine déontologique non seulement sont appelées à se développer, mais encore à se transformer en véritables règles de droit.

II. Les sources professionnelles d'origine déontologique (sources d'en-haut) : de simples règles d'éthique ?

15. Les règles déontologiques renvoient aux devoirs qui s'imposent à telle ou telle profession. Un temps considérées comme secondaires, ces règles se multiplient et se diversifient, qu'il s'agisse d'impartialité, de discrétion, de probité, de discernement, …Cette extension s'accompagne d'une compréhension plus étroite, dans la mesure où ces règles deviennent progressivement contraignantes et acquièrent une force juridique et non plus simplement disciplinaire. Il ne s'agit donc plus de simples règles d'éthique moralement sanctionnées.

A. La pluralité des sources déontologiques

16. La doctrine contemporaine a très justement attiré l'attention de la communauté juridique sur l'importance et le rôle de la déontologie[33] et donc de la culture d'une profession. Les observations faites sont pour le moins pertinentes et permettent de mesurer certains changements sociétaux. Certains ont pu s'émouvoir de cette progression des normes professionnelles, voire de leur envahissement, d'autant que cette densification des devoirs professionnels est de nature à restreindre la prise de risques. Elle s'inscrit certainement dans le prolongement du principe de précaution, du moins participe des mêmes idées[34].

17. Toujours est-il que la jurisprudence connaît du phénomène. Les arrêts sur les questions sportives, sur les questions médicales ou encore sur les questions soulevées par le manquement par les professionnels aux devoirs que leur prescrit leur déontologie sont légion.
. la jurisprudence considère ainsi que la responsabilité d'un sportif est engagée envers un autre dès lors qu'est établie une faute caractérisée par une violation des règles du sport concerné[35], étant toutefois précisé que dans l'appréciation du comportement des pratiquants, le juge n'est pas lié par les décisions des arbitres sportifs[36] ;
. il en va de même en matière médicale[37].
18. Il faut souligner cependant que le non respect d'une règle déontologique ne justifie pas, en elle-même, l'octroi de dommages-intérêts. Encore faut-il que la violation de la règle ait causé un dommage. Il reste que ce manquement peut parfaitement donner lieu à une sanction disciplinaire. Ainsi en est-il notamment pour les avocats à qui l'on peut reprocher un tel manquement[38]. Une étude systématique montrerait qu'il n'y a pas de relations immédiates entre l'ordre disciplinaire et l'ordre civil ou pénal. Les chartes éthiques n'ont pas nécessairement la même force que les usages professionnels, car les devoirs d'ordre purement professionnel ou moral ne sont pas *ipso facto* des obligations civiles. Leur nature est différente. Pour autant, les tribunaux sont de plus en plus exigeants à l'égard des professionnels et commencent à se fonder sur des normes de comportement pour caractériser tant une défaillance contractuelle que délictuelle. Autrement dit, les devoirs déontologiques sont aujourd'hui souvent sanctionnés.

B. La sanction des sources déontologiques

19. La jurisprudence décide assez clairement que les règles de déontologie dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas à elles-seules la nullité des contrats conclus en infraction à leurs dispositions[39]. La même solution est retenue pour les établissements de crédit qui ne respecteraient pas l'exigence de tel agrément professionnel au respect duquel est subordonné l'exercice de leur activité[40]. Les tribunaux doivent donc rechercher en quoi le contrat litigieux est illicite comme contraire à l'ordre public[41]. Des évolutions pourraient néanmoins être envisagées relativement à certaines professions particulièrement exposées. On pense notamment à celle des agents sportifs.
20. Il faut ajouter, toujours dans le même esprit, que la jurisprudence considère que le manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue un acte de concurrence déloyale par détournement de clientèle que s'il est établi que ce manquement est à l'origine du transfert de clientèle allégué[42].
21. Toutefois, comme nous l'avons relevé, les tribunaux n'hésitent pas aujourd'hui à dire que la méconnaissance des dispositions de telle ou telle règle déontologique peut être invoquée par une partie à l'appui d'une demande de dommages-intérêts. Autrement dit, le droit de la responsabilité civile vient sanctionner les règles déontologiques. Le basculement de l'éthique dans le droit civil est peut-être en marche, ce qui correspond peut-être aux changements sociétaux contemporains, sinon coïncide avec de tels changements. Il ne faut sans doute pas s'en réjouir, car cette évolution, sinon cette américanisation, est de nature à favoriser les contentieux.

Référence :

1 -V. C. Jallamion, Introduction historique : de la règle coutumière à la règle transnationale, Journa des sociétés nov. 2011, 14 s. ; égal. Terré, Coutume et commerce, in Le code de commerce, Dalloz 2007, 37.
2-Boucourechliev, Usages commerciaux, usages professionnels ; élaboration et formulation, in Dix ns de droit de l'entreprise, 1978, 19.
3-Pédamon, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? RTD com. 1959, 335.
4- v. toutefois, C. civ. art. 1736, 1759, 1774 (en matière de bail) ; art. 1587 (vente) ; art. 590, 593, 663, 671, 674 (droit des biens) ; art. 389-3 (minorité) ; art. 1194 (contrats).
5- V. par ex. pour les usages en matière de calcul de l'indemnité d'éviction dans les baux commerciaux, Cass. 3ème civ. 17 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 237.
6- Tel est sans doute le cas en matière fiscale, v. L. Chatain-Autajon, Le renouveau en matière fiscale : du refus des usages au *benchmarking* en matière de prix de transfert, Journal des sociétés, nov. 2011, 32 s.
7- P. Deumier, Le droit spontané, économica, 2002, n° 109 ; égal. P. Mousseron, Des comportements aux bonnes pratiques, Journal des sociétés nov. 2011, 12 s.
8- v. art. L. 612-29-1 du code monétaire et financier, aux termes duquel l'Autorité de contrôle prudentiel « peut constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou exprimer des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle ».
9 -Contrairement aux « habitudes » qui ne concernent que les parties elles-mêmes, v. Convention de Vienne, art. 9, al. 1, cité infra n° 11.
10 -v. par ex. pour l'usage constant selon lequel, entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes, sauf convention contraire : Cass. com. 9 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 8 ; v. égal. Cass. com. 9 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 9, usage laissant la propriété d'un outil conçu spécialement à son fabricant ; égal. Cass. com. 13 mai 2003, Bull ; civ. IV, n° 82, D. 2004, 414, note Bahans et Menjucq, usage selon lequel l'envoi par un courtier en vin d'un lettre de confirmation au vendeur et à l'acheteur vaut vente parfaite.
11 -Cass. com. 18 janv. 1972, JCP 192, II, 17072 ; rappr. Cass. com. 16 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 339.
12- V. Cass. com. 25 janv. 1972, D. 1972, 423 : les juges du fond apprécient souverainement l'existence et la portée d'un usage professionnel général s'imposant aux parties à un contrat, à défaut de conventions contraires.
13 -Cass. com. 18 mars 1997, CCC 1997, n° 124.
14- v. déjà, Léauté, Les contrats types, RTD civ. 1953, 430
15- v. Droit maritime, Précis Dalloz, éd. 2020, V° Affrètements.
16- v. ainsi, Com. 4 oct. 2011, n° 10-20.240, considérant que le délai de préavis de rupture d'un contrat type s'impose nonobstant les dispositions de l'art. L. 442-6, I du code de commerce sur la rupture brutale des relations commerciales établies.
17 -Cf. Black's Law Dictionary : « usage is a repetition of acts and differs from custom in that the latter is the law or general rule which arises from such repetition ; while there may be usage without custom, there cannot be a custom without a usage accompanying or preceeding it »
18 -Cass. req. 20 oct. 1920, S. 1922, I, 201
19 -Cass. com. 23 mars 1971, D. 1974, 40, note Alter ; mécanisme aujourd'hui reconnu par le droit commun des contrats : C. civ. art. 1223.
20 -Cass. com. 11 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 15
21 -Cass. 1re civ. 23 juill. 13974, D. 1975, 586, note Stoufflet
22- v. en application, Cour suprême Autriche, 21 mars 2000, D. 2002, Som. 320, obs. Babusiaux.

23 -CJUE 9 juin 2011, aff. C-87/10, D. 2011, Pan. 2434, obs. d'Avout, RTD com. 2012, 213 et les obs. Toutefois, la multiplication des versions des I*ncoterms* conduit à se demander s'il n'y pas là de simples modèles de clauses contractuelles ; v ; plus général. Jolivet, Les Incoterms, Etude d'une norme du commerce international, Litec 2003.
24-Fouchard, La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale, in Ecrits, Comité français de l'arbitrage, 2007, 677.
25 -Cass. com. 14 oct. 1981, D. 1982, 301, note Vasseur.
26-V. Droit maritime, Précis Dalloz, préc., V° Avaries communes.
27 -La même disposition se retrouve dans la plupart des textes sur l'arbitrage international, dont la loi algérienne sur l'arbitrage.
28-Loquin, Les règles matérielles internationales, Recueil Cours La Haye 2006, n° 279
29- Racine, Les usages dans l'arbitrage commercial international : une place à géométrie variable ? Journal des sociétés, novembre 2011, 37 s.
30- Gaillard, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, Mélanges Bellet, Litec 1991, 203
31-Loquin, op. cit.
32- v. par ex. CCI, sentence n° 2730, JDI 1984, 914 : nullité des contrats contraires à la morale et aux bonnes mœurs ; CCI sentence 26 oct. 1979, Rev. arb. 1983, 525 : exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats ; CCI sentence n° 3344, JDI 1982, 978 : devoir de minimisation des dommages ; CCI sentence 4929, JDI 1989, 324 : obligation de ne pas se contredire (estoppel) ; CCI, sentence 14 avr. 1986, JDI 1989, 320 : obligation pour un professionnel de s'informer, de sorte que sa passivité doit atténuer la responsabilité de son cocontractant.
33 -V. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2007, 67 ; Moret Bailly, D. 2002, Chron. 2820
34- v. encore, P. Deumier, Les sources de l'éthique des affaires, code de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, Mélanges Le Tourneau, Dalloz 2008, 337 s. ; égal. Oppetit, Ethique et vie des affaires, Mélanges Colomer, Litec 1993, 319 ; Le Tourneau, Existe-t-il une morale des affaires ? in La morale et le droit des affaires, Monchrestien, 1996, 7 s.
35 -Cass. 2ème civ. 23 sept. 2004, Bull. civ. II, n° 435, pour un ex. positif ; Cass. 2ème civ. 16 nov. 2000, Bull. civ. II, n° 151, pour un ex. négatif, s'agissant d'un joueur de football.
36 -Cass. 2ème civ. 10 juin 2004, Bull. civ. II, n° 296.
37- V. MM. Viney et Jourdain, La responsabilité civile, conditions, LGDJ, n° 500 s.
38- Cass. 1ère civ. 1er déc. 1993, n° 91-20.953.
39 -Cass. 1ère civ. 5 nov. 1991, Bull. civ. I, n° 297, s'agissant d'un expert-comptable.
40- Cass. ass. plén. 4 mars 2005, D. 2005, 836 ; égal. Cass. com. 28 nov. 2006, Bull. civ. IV, n° 230 ; rappr. pour une société d'assurance : Cass. com. 7 avr. 2009, D. 2009, 2731, note Marly ; plus général. Savelli, L'exercice illicite d'une activité, PU Aix-Marseille 1995.
41- v. égal. à propos d'un manquement au statut du notariat, Cass. 1re civ. 30 mars 1994, Bull. civ. I, n° 125, RTD civ. 1995, 100, obs. Mestre ; Cass. com. 11 juill. 2006, Bull. civ. IV, n° 180, à propos d'un manquement aux règles du code de la santé publique relatives à la délivrance des médicaments vétérinaires.
42- Cass. com. 10 févr. 2021, n° 19-10.919.

Les Annales de l'université d'Alger1 Volume -35 :N° special - 2021 P:420 -428

Ethique médicale, les nouveaux impératifs

Medical ethics, the new imperatives

Djamal OULMANE [1] / Somia OULMANE [2]

[1] Professeur / Faculté de Médecine, Université d'Alger (Algerie)
djoulmane@hotmail.com.

[2] dr / Cancérologue, Alger. (Algerie)

Date de réception: 29/10/2021 **Date d'acceptation:** 08/11/2021 **Date de publication:** novembre /2021

Résumé:

À travers un bref rappel de l'évolution des idées sur l'éthique et la déontologie médicale dans le monde et en Algérie, les auteurs soulignent la nécessité d'une réhabilitation urgente et effective de ces deux cadres de l'exercice de la profession médicale, vu l'état d'effritement de ces principes fondamentaux qui balisent l'exercice de l'art médical et organisent la relation médecin-malade dans ses différentes dimensions.

Les auteurs rappellent que l'emballement technique et scientifique auquel nous assistons, nous interpelle tout autant qu'il nous rappelle la nécessité de redoubler de vigilance, et de veiller à ce que cette accélération de la vie et de la dynamique que connaissent les sciences et la technologie ne fasse pas prendre, à l'exercice de la médecine, des chemins inconnus susceptibles d'engendrer des déroutes dangereuses pour le malade en particulier et pour toute l'Humanité en général.

Mot clé: éhtique, déontologie, profession medical.

Abstract:

Through a brief reminder of the evolution of ideas on ethics and medical deontology in the world and in Algeria, the authors underline the need for an urgent and effective rehabilitation of these two frameworks of the exercise of the medical profession, given the state of erosion of these fundamental principles which mark out the practice of the medical art and organize the doctor-patient relationship in its various dimensions.

The authors recall to memory that the technical and scientific enthusiasm that we are witnessing, calls out to us and reminds us of the need to redouble our vigilance, and to ensure that this acceleration of life and of scientific and technologic dynamics does not push the exercise of medicine, on unknown paths which can generate dangerous routs for the patient in particular and for all Humanity in general.

Key words: ethics, deontology, medical profession.

Auteur correspondant: Djamal Oulmane, e-mail: dj-oulmane@hotmail.com

Introduction

Si le développement de la déontologie médicale auquel nous assistons aujourd'hui et dans laquelle s'inscrit l'éthique de la profession médicale, répond à une demande et à des attentes sans cesse croissantes de la part des patients et de leurs proches à l'égard du corps soignant, elle dépasse largement cette sphère pour s'étendre à d'autres champs relationnels, à savoir :

- le corps médical et les interactions entre professionnels dans leurs différentes composantes,
- La société dans sa globalité, celle-ci étant structurée autour de textes de lois, consensuels, qui servent de base et de cadre à la structure sociétale.

En effet, la déontologie est encadrée par des codes pré-établis, définis par les praticiens eux-mêmes, conformément aux lois et aux codes moraux qui prévalent dans la société. Les praticiens y sont alors soumis dans le cadre de leur pratique médicochirurgicale, et ne peuvent s'y soustraire.

Les exigences en terme de déontologie, sont exacerbées dans certaines spécialités médicochirurgicales, notamment celle ou l'enjeu vital est au centre des préoccupations, ou celles en lien avec le mental des patients, les thérapies innovantes, le don d'organe, la procréation assistée, etc. Ce qui impose actuellement une réflexion dont l'arborescence ouvrira la voie à une approche spécialisée dont on devra tenir compte et qu'on devra actualiser au rythme, non seulement des développements de la médecine mais aussi au rythme des mutations au sein de la société et des progrès technologiques.

Aussi, l'éthique médicale, qui constitue l'interface entre le code de déontologie et la morale propre au praticien qui, elle-même, tire son essence de la morale sociétale, doit demeurer le socle sur lequel se construit la relation médecin-malade dans le cadre de l'exercice de la profession médicale, qui, toutefois, laisse au soignant une liberté de choix de la conduite à tenir la plus appropriée et la plus adaptée aux spécificités des situations qui se présentent, sans, toutefois, qu'il puisse déroger à la loi, au code de déontologie et aux protocoles consensuels établis par les pairs.

L'emballement technique et scientifique, (biogénétique, technologique, clonage, cultures cellulaires, procréation assistée etc…) qui accompagne la recherche et la pratique médicochirurgicale moderne a complexifié ostensiblement le respect de la déontologie et la pratique de l'éthique conformément aux attentes du patient, elles-mêmes, de plus en plus subtiles et de plus en plus pointues.

Evolution des idées :

Les codes de déontologie et l'éthique que nous connaissons de nos jours, sont l'aboutissement de réflexions qui se sont développés au fil des siècles et qui trouvent leurs racines les plus lointaines dans les pratiques chamaniques les plus anciennes, qui aspiraient, en ces temps reculés, à guérir les corps et les esprits par des pratiques faisant intervenir les forces naturelles aussi bien que celles occultes mais toutefois sacrées.

De nos jours, tout ce à quoi l'humanité est parvenue, en terme de déontologie et d'éthique, est le résultat du cumule d'efforts de penseurs et de praticiens et de législateurs de différents horizons, de différentes époques et de différentes confessions, de différentes civilisations.

Au fil du temps, ces réflexions ont évolué et se sont structurées sous forme de textes, de codes et de lois dont certains continuent de servir de balise voir de référence qui inspirent le praticien et le législateur.

A- AVANT NOTRE ERE :

- Hippocrate de Cos et son serment :

Lorsque, au cinquième siècle avant Jésus Christ, le savant grec **Hippocrate de Cos** établit son serment, il jure, par les Dieux, qu'il remplirait une série d'engagements à l'égard de ses maîtres et leurs enfants, d'une part, et de ses patients, d'autre part, toujours pour les servir dans le respect le plus strict et en s'abstenant de leur nuire. Ce serment consigné et fait devant les Dieux exprime toute la solennité et toute la puissance de l'engagement que doit prendre le médecin, et confère une forme de sacralité à l'exercice de la médecine.

Ce serment fait également référence à des éléments qui balise l'exercice de la médecine :

- le respect des Maîtres et de leurs enfants.
- les limites au-delà desquelles le médecin doit savoir s'arrêter, laissant à d'autres compétence, le geste à qui de droit, ce qui reflète l'humilité qui doit être omniprésente chez le médecin.
- la recherche permanente de l'intérêt du malade.
- le concept de secret professionnel.

« Je jure par Apollon, médecin, par Asclépios, par Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, les prenant à témoin que je remplirai, suivant mes forces et ma capacité, le serment et l'engagement suivants :

Je mettrai mon maître de médecine au même rang que les auteurs de mes jours, je partagerai avec lui mon savoir et, le cas échéant, je pourvoirai à ses besoins ; je tiendrai ses enfants pour des frères, et, s'ils désirent apprendre la médecine, je la leur enseignerai sans salaire ni engagement. Je ferai part de mes préceptes, des leçons orales et du reste de l'enseignement à mes fils, à ceux de mon maître et aux disciples liés par engagement et un serment suivant la loi médicale, mais à nul autre.

Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. Je ne remettrai à personne du poison, si on m'en demande, ni ne prendrai l'initiative d'une pareille suggestion ; semblablement, je ne remettrai à aucune femme un pessaire abortif. Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans l'innocence et la pureté.

Je ne pratiquerai pas l'opération de la taille[3], je la laisserai aux gens qui s'en occupent.

Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons, libres ou esclaves.

Quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas.

Si je remplis ce serment sans l'enfreindre, qu'il me soit donné de jouir heureusement de la vie et de ma profession, honoré à jamais des hommes ; si je le viole et que je me

parjure, puissé-je avoir un sort contraire ! ».

B- EPOQUE ISLAMIQUE :

- Roufeida El-Eslamiya :

Avec **la venue de l'Islam** et des premières structures hospitalières, les règles morales se sont affinée conformément aux versets portées par le Coran et à la Sounna, qui appellent à l'entre-aide, au respect d'autrui, à l'abnégation etc. De fait, les premières structures spécifiquement dédié aux soins de personnes malades ou blessées sont apparues du temps du Prophètes Mouhemmed (QSSL), à l'instar de la kheyma érigée à sa demande et gérée par une femme, lors de la bataille d'El- Khendeq » : Roufeida el-Eslamiya,[1] et qui, par son sens du sacrifice et son comportement exemplaire, a ouvert la voie à la pratique de la médecine par des femmes, y compris sur des hommes, faisant ainsi passer l'intérêt du malade au-dessus de toute considération archaïque.

De là, les structures hospitalières se sont développées, notamment à Damas, à Baghdad et au Caire, et leur organisation s'est également affinée. Des règles se sont mises en places et ont permis d'améliorer la prise en charge des malades, tout en établissant de règles de conduite, consensuelles, des soignants.

- Is'haq Ali El-Rahawi et son ouvrage 'Edèb ettabiib » :

C'est au 9ème siècle que le médecin Is'haq Ali El-Rahawi rédige le premier traité de l'histoire, consacré à la déontologie et à l'éthique Médicale, intitutlée « Edèb ettabib » (La morale du médecin), comportant 20 chapitre traitant d'une série de thème en rapport avec l'éthique médicale. Ce travail est fortement imprégné des pensées de Aristote, Platon, Hippocrate et Gallien etc. Il y évoque, en outre, une forme de solidarité envers les malades qui de nos jours peut être assimilée à un système de sécurité sociale, disant que : (*les frais facturés pour les patients riches devraient être suffisant pour couvrir les dépenses des patients pauvres*).

El-Rahawi subdivise son traité[2] en 20 chapitres, dont (traduit parles auteurs):

- Chapitre 1: De la probité et la foi que le médecin doit observer et la moralité qu'il doit s'imposer.
- Chapitre 2: De l'attention que se doit de porter le médecin à l'égard de sa propre personne.
- Chapitre 3 : Des précautions que doit prendre le médecin
- Chapitre 4 : Des consignes à donner au dispensateur de soins.
- Chapitre 5 : Des comportements des proches et des visiteurs du patient.
- Chapitre 6 : Des précautions que doit prendre le médecin relativement aux risques liés aux médicaments.
- Chapitre 7 : De l'anamnèse correcte.

Etc.

Au 11ème siècle, le chirurgien **Abou el-Qassim el-Zahrawi,** met en exergue quelques principes d'éthique se rapportant essentiellement à la pratique chirurgicale. Dans son livre, l'auteur dit : « Conduisez-vous avec réserve et précaution, ayez pour les malades de la douceur et de la persévérance ; suivez la bonne voie, celle qui conduit au bien et aux heureuses terminaisons. Abstenez-vous d'entreprendre des traitements périlleux et difficiles. Evitez ce qui pourrait vous léser dans votre honneur et dans vos biens : c'est le meilleur parti pour votre réputation et le plus conforme à vos intérêts dans ce monde et dans l'autre ».…

C-EPOQUE POST MEDIEVALE (EPOQUE MODERNE) :

- Apparition de l'imprimerie :

En Europe, le serment d'Hippocrate n'est imprimé, dans sa traduction latine, qu'au début du 16ème siècle, avec l'apparition de l'imprimerie. Jusqu'alors, seuls des serments rituels corporationnistes, étaient prêtés essentiellement par les chirurgiens. Et en 1558, c'est en Allemagne qu'est instaurée la prestation du serment d'Hippocrate pour les médecins, les dentistes et les sages-femmes. La pratique s'étend en tache d'huile au reste du continent.

Au 17ème siècle, Samuel Sorbière rédige un opus intitulé « *Avis à un jeune médecin sur la manière dont il doit se comporter en la pratique de la médecine, vu la négligence que le publique a pour elle et les plaintes qu'on fait des médecins* ». Un nouveau concept fait son apparition : celui de la plainte contre les médecins dont il faut se prémunir en adoptant des attitudes exemplaires et auquel il faut faire face dans certaines situations.

Au début du 19ème siècle, Thomas Persival publie un code moderne d'éthique médicale. En 1803 il rédige «*Medical ethics or a code of instituts and precepts, adapted to the professional conducts of physicians and surgeons*». Ce texte franchit l'océan Atlantique et s'universalise en gagnant la façade ouest de cette barrière océanique.

D- EPOQUE POST MODERNE :

En mille neuf cents quarante-huit, l'assemblée générale de l'association médicale mondiale, rédige le Serment de Genève (dernière révision en 2017) et élabore un code international de déontologie médicale en 1949, qui lui aussi ne peut s'émanciper des préceptes hippocratiques.

Le serment de Genève commence par cette phrase : « Au moment d'être admis au nombre des membres de la profession médicale, je prends l'engagement solennel de consacrer ma vie au service de l'humanité. ». Cette phrase résume l'esprit du serment d'Hippocrate.

Des amendements ont suivi et des nuances y ont été introduites. Ce code comprend des préceptes généraux mais certains sujets sensibles sont éludés, laissant le champ libre aux codes nationaux.

En Algérie:

Durant l'époque coloniale, deux « médecines » se côtoyaient en Algérie :

- l'une traditionnelle, autochtone, pratiquée par des «**T**'bib» qui s'adossaient à des pratiques thérapeutiques traditionnelles axées sur les produits naturelles et l'herboristerie, à l'instar du savant Abderrezzek Ben-Hamadouche qui dans son ouvrage «Kechf El-rroumouz» cite les vertus et effets de nombreuses plantes médicinales. La conduite et la morale des «**T**'bib» étaient essentiellement d'inspiration mystique.

- l'autre, introduite en Algérie par des médecins militaires dans un premier temps, et qui répondaient aux codes qui leurs étaient propres. Cette médecine est sortie du stricte contrôle militaire coloniale pour être exercée par des médecins civiles dont certains aspiraient à «soigner» les autochtones alors appelés «indigène». Le rôle, pour le moins ambiguë, joué auprès de ces derniers a généré une certaine méfiance de la part des populations autochtone, d'autant que ces «médecins» utilisaient le prétexte des soins pour s'immiscer dans les arcanes des villages et des familles et recueillir des informations qui n'étaient pas toujours utilisées à des fins médicales ou encore pour distiller des idéologies qui correspondaient d'avantage aux desseins colonialistes. Une méfiance s'est installé à leur égard de la part des autochtones qui

ont continué à consulter leurs «**T**'bib », dont certains mettaient à profit la crédulité de ces personnes en situations de détresse pour abuser de leur confiance ….

Au début du 20ème siècle, en 1912, le penseur algérien Abdelkader El-Médjaoui témoin du déclin des déterminants civilisationnels et identitaires au sein de la population autochtone, et des pratiques obscurantistes et du charlatanisme qui sévissaient, rédige un ouvrage intitulé «Elloumè'e fi nodh'm el Bidè'e», dans lequel il lutte farouchement contre les pratiques pseudo-médicales et l'imposture de leurs adeptes, tout comme il dénonce leur contingent de tromperies, de non-respect de la science et du patient, et du mépris de toute règle de l'éthique.

Durant les premières années d'indépendance, la médecine s'exerçait selon les deux modes sus cités, toutefois, la médecine moderne laissée en place par la colonisation est reprise progressivement par des médecins algériens qui ont fini par s'imposer et trouver une place importante auprès de la population. C'est à la fin de l'année 1973 qu'est mise en place la gratuité des soins dans les structures étatiques. Cette mesure constitue un véritable tournant dans la pratique des soins, dans la mesure ou la contrainte financière à laquelle était soumis le malade, a été levée. Un changement notable s'est opéré dans les comportements, aussi bien, de demande de soins que de leur dispensation. Le niveau de la couverture médicale de la population a connu une extraordinaire expansion, comparativement à ce qu'elle était auparavant. Cette mesure s'est toutefois accompagné d'une sorte d'anonymisation des intervenants soignants, les malades ne pouvant plus, de prime abord, demander à avoir affaire à un médecin de façon nominative.

La relation médecin malade est devenue plus axée sur la maladie et le dossier du malade qui peut être pris en charge par différents médecins, au gré des programmes des consultations, des gardes etc. Même l'intervention chirurgicale est faite par une équipe et le malade finit par ignorer totalement l'identité de son médecin (ou plutôt, de ses médecins). La relation médecin–malade s'est, au fil du temps, diluée entrainant, par la, un effritement des notions d'éthique et de déontologie, tant du côté du médecin que du côté des patients.

En 1976 est publié le premier code de déontologie médicale, à l'instar du premier code de la santé. Jusqu'alors, était prêté le serment d'Hippocrate lors de la remise des diplômes aux médecins. Paradoxalement, c'est à cette période que la prestation solennelle de serment sort du paysage du monde médical. Les médecins commencent à exercer sans avoir prêté serment et sur la base d'une simple attestation provisoire de succès. Cette dernière étant, dans de très nombreux cas, le seul document officiel utilisé par le praticien, tout au long de sa carrière.

A défaut d'une transmission active de la déontologie et de l'éthique médicale, celles-ci se font au gré des volontés personnelles, des objectifs de chacun et de la compréhension individuelle de l'exercice de la médecine.

Depuis 1985, la loi 85-05 relative à la promotion et à la protection de la santé, modifiée en 2018, cite le serment du médecin dont la prestation n'est toujours pas généralisée. Quelques tentatives relatives à la prestation de ce serment à la remise des diplômes, ont toutefois eu lieu, sans pour autant que cette pratique se soient répétée de façon systématique. Le serment qui a été énoncé se décline comme suit :

قسم الطبيب الجزائري.

اقسم بالله العظيم

ان أراقب الله في مهنتي وأن أصون حياة الانسان في كافة أدوارها، في كل الظروف والاحوال بادلا وسعي في إنقاذها من الهلاك والمرض والالم والقلق، وأن أحافظ للناس كرامتهم وأستر عورتهم وأكتم سرهم، وأن أكون على الدوام من وسائل رحمة الله باذلا رعايتي الطبية للقريب والبعيد للصالح والخاطئ للصديق والعدو، وأن أثابر على طلب العلم أسجره لنفع الناس لا للأداء، وأن أوقر من علمي وأن أعلم من يصغرني وأن أكون أخا لكل زميل في المهنة الطبية متعاونين على البر والتقوى، وأن تكون حياتي مـــصداق إيماني في سري وعلانيتي، نقية مما يشـــينها تجاه الله ورسوله والمؤمنين.

والله على ما أقول شهيد.

Traduction :

Serment du médecin algérien *(traduit par nous)* ***;***

Je jure par El-Llaah le Majestueux

Que je contemplerai El-Llaah dans ma profession et je préserverai la vie humaine dans toutes ses étapes, en toutes circonstances et conditions, m'efforçant de la sauver de la mort, de la maladie , de la souffrance et de l'angoisse, et de préserver pour les gens leur dignité, de cacher leur corps et garder leur secret, et d'être en permanence l'un des moyens de la miséricorde de El-Llaah en prodiguant mes soins médicaux au proche et à l'éloigné, au bon et au fauteur, à l'ami et à l'ennemi ; et que je persévèrerai dans la recherche des connaissances au bénéfice des gens, et non pour nuire, et pour être respecté par mes connaissances, et pour enseigner à ceux qui sont plus jeunes que moi, pour être le frère de chaque collègue dans la profession médicale coopérant pour le bien et la vertu, et pour que ma vie soit le reflet de ma foi en mon fort intérieur et en mon apparence, pure de ce qui la déshonore à l'endroit de El-Llaah et de Son Messager et des croyants.

El-Llaah est témoin de mes propos.

De nos jours, le seul serment que les médecins algériens prêtent de façon incontournable reste celui énoncé devant des magistrats, pour l'obtention de la reconnaissance de la qualité de médecin assermenté et/ou expert près les tribunaux.

Conclusion :

La déontologie médicale, au sens que nous lui connaissons aujoud'hui est l'aboutissement d'une dynamique intellectuelle qui a fait intervenir des penseurs, des scientifiques et des législateurs.

Plus qu'un simple code corporationniste, le code de déontologie fait partie intégrale de la loi de la santé. C'est dire son importance et son poids. Nul n'est au-desus de la loi, chacun doit s'y soumettre conformément à ce que cette dernière édicte. Le cas échéant, il appartient à chacun, ayant compétence et qualification, de faire des propositions dès lors que cette loi semble contenir des articles obsolètes ou qu'elle présente des insuffisances.

De fait, face à la technicité en pleine expansion et à la recherche biomédicale de plus en plus offensive en réponse à des attentes qui ne cessent d'exiger de repousser les limites du savoir et de la connaissance (robotique, génétique, greffes, clonage, soins de fin de vie etc…) le corps médical gagnerait sans nul doute à se recentrer sur ce qui distingue l'Etre Humain au sein du règne animal : La Conscience, la Morale et l'Ethique.

De nos jours, les objectifs de la science deviennent de produire des tissus et des organes humains dans des élevages d'animaux, pour pallier la pénurie d'organes. Ces travaux ne suscitent-ils pas des interrogations sur les risques, et les bénéfices escomptés. N'y-a-t-il pas une ligne rouge à ne pas franchir ? N'y-a-t-il pas risque de brouillage des frontières entre l'espèce humaine et les autres espèces animales ?

Ce sont là des questionnent qui s'imposent à nous et auxquelles on ne saurait s'y soustraire longtemps.

Un exemple édifiant qui illustre une sorte de recul de l'éthique et de la déontologie, est la pandémie du Covid 19 que l'humanité dans sa totalité subit actuellement. Elle constitue un théâtre ou chacun, lettré ou non, médecin ou non, spécialiste ou non, s'est donné le droit de s'exprimer sur des questions extrêmement pointues touchant des enjeux majeurs. Là encore, la loi, la déontologie médicale et l'éthique, trop souvent négligées, gagneraient à se repositionner et jouer le rôle qui leur revient, dans l'intérêt de chacun, dans l'intérêt de l'Etre Humain.

Des débats nourris gagneraient à être ouverts pour trouver des consensus sur ces questions sensibles et sur ces états de faits.

Renvois

1 Miller –Rosser et al. : « **Historical, cultural, contemporally influences on the status of women in nursing, in Saudi Arabiya**». OJIM : the online journal of issues nursing. Vol 11, n°3, 2006.

2 - م. س. م. عسايري، : "أدب الطبيب"، لإسحاق بن علي الرهاوي، مطبعة مركز الملك فيصل، الرياض، 1992.

Le juge algérien et les sources du droit international : l'application des conventions internationales relatives aux droits de l'homme

The Algerian judge and the sources of international law: the application of international conventions on human rights

Samia BOUROUBA [1], Selma SASSI [2]

[1] **Maitre de conférences A, Faculté de droit, Université Alger 1 (Algerie), sbourouba7@gmail.com**

[2] **Professeur, Faculté de droit, Université Alger 1(Algerie)**, **sassi.selma@hotmail.com**

Date de réception: 02/11/2021 **Date d'acceptation:** 08/11/2021 **Date de publication:** novembre 2021

Résumé:

La constitutionnalisation du principe de primauté du traité ratifié sur la loi a permis, de façon de plus en plus croissante, au droit international, essentiellement conventionnel, d'acquérir une place de choix au sein du système juridique algérien, battant en brèche les nombreuses critiques quant à son incompatibilité même avec le principe de la souveraineté nationale. Cette position du droit international dans l'ordre interne va se voir renforcée encore plus à travers l'intervention du juge et son rôle évolutif pour la mise en œuvre des conventions internationales, plus particulièrement celles relatives aux droits et aux libertés, permettant ainsi la consécration d'un véritable Etat de droit.

Mot clé: Droit international- sources - conventions-droits de l'homme- juge algérien

Abstract:

The constitutionalization of the principle of primacy of the ratified treaty over the law has increasingly enabled international law, which is essentially conventional, to acquire a prominent place within the Algerian legal system. defeating the many criticisms of its incompatibility with the principle of national sovereignty. This position of international law in the domestic order will be further strengthened through the intervention of the judge and its evolving role in the implementation of international conventions, more particularly those relating to rights and freedoms, thus allowing the consecration of a true rule of law.

Key words: International law- sources- conventions- Human rights- Algerian judge

Auteur correspondant, Samia BOUROUBA e-mail: sbourouba7@gmail.com

Introduction

Le droit international ne se limite plus à organiser les relations interétatiques comme ce fut le cas pendant longtemps, mais il comporte de plus en plus de normes qui régissent des domaines internes qui étaient jusqu'à un passé récent du domaine exclusif du législateur.

Cette intrusion du droit international dans la sphère du droit interne algérien est le résultat de la consécration constitutionnelle du principe de la primauté des traités sur la loi, qui donne au juge la faculté d'intégrer ces normes internationales dans l'ordre juridique interne, par le biais du contrôle de conventionalité des lois qui résulte de l'article 154 de la constitution de 1996(révisée).

Cette disposition a permis l'émergence d'une jurisprudence riche où le juge a procédé à l'application de conventions relatives aux droits de l'homme, en écartant les dispositions législatives contraires à ces conventions, le législateur emboitant le pas pour harmoniser le droit interne avec les obligations internationales de l'Algérie.

Cette communication essaiera de répondre à la problématique des causes de changement du mode opératoire du juge algérien à travers la mise en œuvre des traités ratifiés et les conséquences qui en découlent. Cela nécessitera dans un premier temps d'analyser la question de la place des conventions internationales dans l'ordre juridique algérien [1]. La seconde partie sera consacrée quant à elle à l'étude du rôle du juge algérien dans l'application des conventions internationales, plus particulièrement celles relatives aux droits de l'homme [2].

1- La place des conventions internationales dans l'ordre juridique Algérien

La place des traités n'a pas été linéaire dans le droit interne algérien puisqu'elle a connu une évolution dans les diverses constitutions pour consacrer leur supériorité en dernier ressort(1.1), enclenchant un réel processus d'harmonisation du droit interne, la loi n° 15-12 relative à la protection de l'enfant illustrant particulièrement cette opération, aux côtés d'autres textes antérieurs(section 1. 2).

1.1- La consécration constitutionnelle de la primauté des traités

Les théories doctrinales moniste et dualiste sur la relation entre droit international et droit interne (1) ont influencé toutes les constitutions des Etats (2) , le constituant algérien n'ayant pas fait exception comme on le démontrera.

La première constitution adoptée le 10 septembre 1963a omis de déterminer la valeur des traités et leur place par rapport à la constitution et à la loi[3], alors même que la procédure de leur introduction dans l'ordre juridique interne a été établie par l'article 42[4]. Une telle attitude peut trouver son explication, comme l'observe le Professeur Djebbar, « dans la vanité du constitutionnalisme du régime politique instauré en 1963 » [5].

S'agissant de la constitution du 22 novembre1976, cette dernière a pour la première fois adopté une disposition qui donne aux traités ratifiés force de loi, son article 159 disposant que « les traités internationaux dument ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, ont force de loi ». Cela signifie, comme le souligne le Professeur Mohamed Bedjaoui, que les traités ratifiés s'imposent aux gouvernants et aux

gouvernés, qu'ils sont appliqués en Algérie dans les mêmes conditions que le reste de la législation interne dont ils font partie intégrante, et que leur application intervient d'office sans que les intéressés aient besoin d'en réclamer le bénéfice[6].

Le grand tournant sera la constitution de 1989 qui consacre dans son article 123 la supériorité des traités ratifiés sur la loi, prévoyant que « Les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi ». Il apparait clairement que la disposition de l'article 123classe cette nouvelle constitution dans la tendance moniste.

Ce développement trouve son explication, outre les changements fondamentaux intervenant sur la scène internationale, dans l'adhésion de l'Algérie à la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[7]. En effet, cette dernière, dans son article 27[8], ne permet pas aux Etats d'invoquer leur droit interne pour se soustraire à leurs obligations conventionnelles, de ce fait, la place accordée aux traités dans la constitution de 1976 est devenue incompatible avec la solution adoptée dans la convention de Vienne, ce qui amena à la solution adoptée par le constituant en 1989.

Cette position placera l'Algérie dans le club très restreint des pays arabes –à cette date du moins- ayant accordé aux conventions internationales une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle[9], consacrant par la même un contrôle de constitutionnalité attribué au Conseil constitutionnel[10] (article 155 de la constitution de 1989). Par ailleurs, mise à part la ratification par le Président de la République, -une compétence d'ailleurs exclusive-[11], l'article 123 n'établit l'article 123 n'établit[12], ce qui posera un certain nombre de problèmes pratiques, comme nous le démontrerons dans ce qui suivra.

La solution de l'article 123sera reconduite dans la constitution du 28 novembre 1996 révisée, qui consacrera à son tour la supériorité du traité dans son article 132,devenu 154 dans la dernière révision de 2020. Toutefois, la nouvelle constitution introduira une nouveauté consistant dans la consécration d'une autre catégorie législative connue sous la dénomination de « lois organiques » [13], sans pour autant prévoir sa position par rapport aux traités comme cela a été le cas pour les lois ordinaires. La question qui s'est posée dès lors –et le reste à ce jour- est celle de savoir si la supériorité du traité couvre également ce type de lois.Dans l'absence d'une disposition constitutionnelle expresse et claire, la réponse à cette question ne semble guère évidente. Néanmoins, une solution partielle peut être trouvée dans la pratique. En effet, la loi organique n° 12-03 du 12 janvier 2012, fixant les modalités augmentant les chances d'accès de la femme à la représentation dans les assemblées élues[14], fait référence dans ses visas à certaines conventions internationales, et ce directement après avoir cité les articles de la constitution. Par ailleurs, la loi n°15-12 relative à la protection de l'enfant[15], Ceci peut engendrer à notre sens l'idée d'une certaine supériorité des conventions sur les lois organiques.

Une autre problématique persiste également dans l'article 154 de la constitution révisée, et consiste dans l'absence totale de référence à la procédure de publication. Rappelons- le, de façon générale, l'introduction des traités dans l'ordre interne s'effectue en principe, après

ratification, par le procédé de la publication, par voie d'insertion dans le journal officiel. En effet, l'application même du principe constitutionnel « nul n'est censé ignorer la loi » [16] nécessite de prime abord la publication du texte complet de la convention ratifiée dans le journal officiel, avec les réserves ou déclarations interprétatives s'il y a. Or, la constitution algérienne passe complètement sous silence la question de la publication[17]. Il faudra noter toutefois que si les diverses constitutions n'ont pas pris en charge la question de la publication des traités, il n'en demeure pas moins que celle-ci a quand même été prévue par des dispositions internes. En effet, en plus de l'article 4 du Code civil algérien[18] , ou de l'article premier du Code de la nationalité algérienne[19], ce sont les textes portant attributions du ministre des Affaires Etrangères qui mentionnent cette procédure d'intégration du traité dans l'ordre local. Ainsi, le décret présidentiel n° 02-403 (dernier en date) du 26 novembre 2002 fixant les attributions du Ministère des Affaires Etrangères[20] dispose - à l'instar des décrets précédents relatifs au même sujet- dans son article 16 que : « Le Ministère des Affaires Etrangères pourvoit à la ratification des accords, conventions, protocoles, règlements et traités internationaux. Il veille à leur publication avec, le cas échéant, les réserves ou les déclarations interprétatives qui éclairent et accompagnent les engagements pris par l'Algérie ». Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, à travers sa première décision du 20 aout 1989 relative au code électoral [21], a tenté de combler le vide en matière de publication des traités, créé par la constitution, en considérant que « après sa ratification et dès sa publication, toute convention s'intègre dans le droit national, et en application de l'article 123 de la constitution, acquiert une autorité supérieure à celle des lois, autorisant tout citoyen algérien de s'en prévaloir devant les juridictions… ». Il semble ainsi que la position du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la procédure de publication des traités ait marqué un tournant décisif dans l'attitude nationale suivie jusque-là[22] ; désormais, selon le Conseil, les traités ne pourront produire pleinement leurs effets s'ils n'ont pas fait au préalable l'objet de ratification et de publication dans le journal officiel, d'autant plus que les décisions du Conseil sont définitives et s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles (article 191 de la constitution de 2016 devenu 198 dans la révision de 2020).

1.2- L'harmonisation des lois internes : code de la nationalité, code de la famille et loi relative à la protection de l'enfant comme exemples

Partant de la règle bien établie dans le système juridique algérien consacrant une valeur infra-constitutionnelle du traité mais supra-législative, et outre le contrôle de constitutionnalité des traités attribué au Conseil constitutionnel [23], la supériorité des traités sur la loi a pour conséquence la nécessité d'harmoniser les lois pour les rendre compatibles avec les normes internationales, communément appelé « contrôle de conventionnalité des lois » [24]. Ce processus interpelle l'intervention du législateur pour réaliser la réception de ces normes dans l'ordre juridique interne. Cette intervention s'effectue soit par le biais de la modification, ou parfois, par l'adoption de nouvelles lois ,dans le cas des conventions internationales qui ne sont pas d'applicabilité directe, relevant essentiellement du domaine pénal, comme c'est le cas par exemple de la convention des Nations Unies contre la corruption adoptée le 31

octobre 2003, que l'Algérie a ratifié avec réserves en 2004[25], avant d'adopter la loi n° 06-11 du 20 février 2006, relative à la prévention et à la lutte contre la corruption[26].

Le procédé d'harmonisation est rendu facile dans le cas des conventions pour lesquelles la constitution à travers son article 153 exige l'approbation expresse par chacune des chambres du parlement, puisque l'examen de ces conventions permet au parlement de recenser les lois qui ne sont pas conformes aux dispositions conventionnelles pour les modifier dans le but de les harmoniser avec ces normes avant la ratification. La liste exhaustive élaborée par le constituant dans ledit article inclut bien « les traités relatifs au statut des personnes », et la pratique montre que cette catégorie concerne des conventions internationales ayant trait à la protection internationale des droits de l'homme.

A cet effet, plusieurs lois ont été modifiées comme c'est le cas du code de la nationalité (A) et du code de la famille (B), avec une référence directe dans les visas de ces lois aux conventions ratifiées par l'Algérie. Dans le même sens, d'autres lois ont été adoptées, c'est le cas par exemple de la loi relative à la protection de l'enfant (C).

1 .2.1-Le code de la nationalité :

S'il est un domaine où la relation entre la souveraineté de l'Etat et les sources du droit international mais aussi problématique, c'est bien celui de la nationalité.

En effet, jusqu'au début du 20ème siècle, le principe était que la détermination des règles relatives à la nationalité relevait du domaine réservé de l'État et que le droit international laissait à chaque ordre juridique étatique le soin de déterminer le régime juridique de sa nationalité. le principe était que la détermination des règles relatives à la nationalité relevait du domaine réservé de l'État et que le droit international laissait à chaque ordre juridique étatique le soin de déterminer le régime juridique de sa nationalité. [27]. Il faudra rappeler néanmoins, comme l'a fait la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans ses célèbres avis consultatifs de 1923[28] que « si d'une manière générale, il est vrai qu'un État souverain ait le droit de déterminer quelles personnes sont considérées comme ses ressortissants, il n'est pas moins vrai que ce principe n'est applicable que sous réserve des engagements conventionnels (de cet État) [29] ». Le principe de l'exigence de la conformité des lois sur la nationalité aux conventions internationales est donc bien établi depuis très longtemps et a été réaffirmé par la majorité des conventions universelles ou régionales de protection des droits de l'homme. Autrement dit, la souveraineté nationale, sur le plan plan international, ne peut en aucun cas présenter un frein ou un prétexte pour le non-respect des engagements internationaux.

S'agissant du code de la nationalité algérienne (Ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970, modifiée et complétée), puisque c'est de cet Etat que relève notre étude, l'article premier a bien encadré la question puisqu'il dispose avec précision que « les conditions nécessaires pour jouir de la nationalité algérienne sont fixées par la loi et, éventuellement, par les traités et accords internationaux ratifiés et publiés ». Et même si cet article ne reprend pas *verbatim* l'ancienne mouture de 1963 (loi 63-96 du 27 mars 1963 portant code la nationalité algérienne) qui prévoyait que « En cas de conflit, les dispositions des traités et accords

internationaux ratifiés et publiés prévalent sur celles de la loi interne » [30], la référence aux traités internationaux indique clairement la place faite à cette catégorie de source de droit en matière de nationalité attribuée par le législateur national.

L'ancien article 6 prévoyait que« Est de nationalité algérienne par filiation :

1- L'enfant né d'un père algérien
2- L'enfant né d'une mère algérienne et d'un père inconnu
3- L'enfant né d'une mère algérienne et d'un père apatride ».

Ces dispositions sont en parfaite contradiction avec l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes(18 décembre 1979) (Convention CEDAW)-prévoyant la condamnation de la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes-, à propos duquel l'Algérie avait émis une réserve. Néanmoins, suite à l'adhésion avec réserve de cette convention en 1996[31], et saisissant l'occasion de la révision du code de la nationalité en 2005[32], l'article 6 va être revu pour être en conformité avec le texte international puisque il va désormais consacrer une égalité homme/femme en prévoyant que« est considéré comme algérien l'enfant né de père algérien ou de mère algérienne ».

Dans la même lignée, et afin de mettre en œuvre de façon effective les principes de non-discrimination et d'égalité contenus dans la convention CEDAW, l'article 9 de l'ancien code de la nationalité va être abrogé et remplacé par l'article 9 bis qui dispose que « la nationalité algérienne peut s'acquérir par le mariage avec un algérien ou avec une algérienne, par décret dans les conditions suivantes… ».

1 .2.2-Code de la famille

Concernant le Code la famille[33], ce dernier se présente à son tour comme l'archétype d'un texte d'harmonisation, -même si certains auteurs affirment le contraire[34], puisque diverses dispositions qui étaient contraires aux conventions internationales ratifiées par l'Etat algérien ont fait l'objet, d'une abrogation ou d'une révision à travers l'ordonnance n°05-02 du 27 février 2005[35], pour assurer une certaine consécration du principe d'égalité entre les époux ou au moins un équilibre des droits et obligations. Cette harmonisation ou mise en conformité est particulièrement palpable en matière de contrat de mariage, sa définition, sa conclusion et sa dissolution.

En effet, le code de la famille, avant sa révision, définissait le mariage comme étant « un contrat passé entre un homme et une femme dans les formes légales ». L'article 4 modifié suite à la révision de 2005 va, dans un souci de consécration des principes universels d'égalité et liberté en la matière, mettre l'accent sur le caractère fondamentalement « consensuel » de ce contrat, en disposant que le mariage est un contrat consensuel passé entre un homme et une femme.

Par ailleurs, l'ancien code de la famille instaurait une certaine discrimination en ce qui concerne la capacité de conclure un mariage puisque son article 7 prévoyait que la capacité de mariage est réputée valide à vingt et un ans (21) révolus pour l'homme et à dix-huit ans (18) révolus pour la femme. Or, l'article 7 modifié va éliminer ce traitement différentiel et établir un âge commun relatif à la capacité de mariage et qui est de dix-neuf ans révolus aussi bien pour l'homme que pour la femme, consacrant par la même les principes établis par la convention CEDAW.

D'autre part, l'article 12 du code de la famille a été abrogé, il prévoyait que« le tuteur matrimonial (wali) ne peut empêcher la personne placée sous sa tutelle, de contracter mariage si elle le désire et si celui-ci lui est profitable ».

L'intention du législateur d'établir une relation époux/épouse fondée plutôt sur l'entraide et la coopération que sur la subordination, apparait également et de manière très illustrative à travers la révision fondamentale de l'article 36 relatif aux obligations des époux qui met désormais en place des obligations réciproques basées sur l'égalité dans la gestion commune et mutuelle des affaires familiales[36].

Ces différents exemples illustrent les innovations introduites par le législateur algérien – et qui devront être appliquées par le juge national comme nous le verrons dans la seconde partie de cette étude-, en conformité avec les engagements internationaux de l'Etat, tout en maintenant la spécificité de sa législation sur la famille nécessaire à un pays dont l'Islam est la religion de l'Etat (article 2 de la constitution). Le législateur, dans ce domaine précis, semble tenter de concilier les contraintes contemporaines liées à l'universalisation des droits de l'homme, et l'identité nationale - dont l'une des composantes est sans aucun doute de nature religieuse-, relevant de la souveraineté de l'Etat algérien.

Dans le contexte de ce véritable « chantier » d'harmonisation des lois nationales avec les traités ratifiés par l'Algérie, comme cela apparait clairement à travers les codes de nationalité et de la famille, certaines réserves émises par l'Etat algérien lors de ratification ou d'adhésion à des conventions internationales sont devenues non appropriées, la raison pour laquelle elles ont été retirées[37].

1 .2.3- La loi sur la protection de l'enfant

Plus particulièrement, la loi 15-12 relative à la protection de l'enfant[38] constitue le modèle type d'une loi d'harmonisation puisqu'elle intègre la convention relative aux droits de l'enfant dans ses dispositions, elle constitue une traduction fidèle de ce texte international.

En effet, dès ses visas, la loi sur la protection de l'enfant se réfère non pas à une convention internationale mais à cinq textes internationaux universels ou régionaux : la convention relative aux droits de l'enfant[39], la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant[40], le protocole facultatif la convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants[41], le protocole facultatif la convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés[42], et la convention relative aux droits des personnes handicapées[43].

Par ailleurs, la loi 15-12 contient plusieurs articles qui reprennent parfois *mutatis mutandis* des dispositions élaborées par les conventions internationales en la matière, ou au minimum, sont conformes avec ces dernières. Quelques exemples peuvent être cités :

- S'agissant de la définition de l'enfant, l'article 2 de loi interne est la transposition directe de l'article premier de la convention disposant qu'un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans.

- Le législateur, dans un souci d'harmonisation des dispositions internes avec les engagements internationaux de l'Etat algérien, abroge toutes les dispositions contraires à la loi 15-12 notamment les articles 249 (alinéa 2) et 442 à 494 de l'ordonnance 66-155 du 18 juin 1966 portant code de procédure pénale, en raison de leur inadéquation avec les standards internationaux en matière d'enfance délinquante.

- La loi 15-12 consacre le principe directeur de la convention des sur les droits de l'enfant, qu'est « l'intérêt supérieur de l'enfant ». L'article 7 de ladite loi stipule, tout comme l'article 3 de la convention, que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être l'objectif de toute procédure, mesure ou décision judiciaire ou administrative prise à son égard ». Avant cette loi, diverses dispositions législatives éparses prévoyaient seulement et simplement la prise en considération de « l'intérêt » de l'enfant, comme le code de la famille. C'est dire que cette loi est en parfaite harmonie avec les normes internationales intégrées dans l'ordre interne.

- Concernant l'enfant délinquant, l'article 128 sur la loi relative à l'enfant dispose que « L'enfant condamné à une peine privative de liberté est placé dans un centre de rééducation et de réinsertion des mineurs ou en cas de nécessité, dans un quartier qui leur est réservé dans les établissements pénitentiaires ». Cette disposition est complètement compatible avec l'article 37/C de la convention de 1989 prévoyant que tout enfant privé de sa liberté doit être séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

A la lumière de ces exemples, il apparait clairement que la loi relative à la protection de l'enfant est l'archétype même d'une loi d'harmonisation avec les conventions internationales dûment ratifiées par l'Etat algérien.

2- Rôle du juge Algérien dans l'application des normes internationales relatives aux droits de l'homme

La place du droit international dans l'ordre juridique interne a des répercussions considérables sur le rôle du juge qui peut être amené à contrôler la compatibilité de la norme interne avec la norme internationale par la voie du contrôle de conventionalité des lois(1), comme le démontrent les différents cas pratiques de l'application juridictionnelle des conventions par le juge Algérien(2).

2.1- Le contrôle de conventionalité des lois (Time New Roman)(12)(Gras)

La supériorité des traités sur les lois implique l'exercice d'un contrôle de compatibilité de la loi avec la convention, connu sous la dénomination de contrôle de conventionalité de la loi. Le juge procède à ce contrôle par une habilitation implicite [44] de l'article 154 de la constitution de 1996(révisée), essayant dans un premier temps de concilier les deux normes pour rendre le texte législatif applicable en l'interprétant avec les dispositions conventionnelles pertinentes Si la conciliation s'avère impossible et que la contrariété de la loi avec les traités ne peut être dépassée, il écarte l'application de la loi au profit de la

convention. dans le cas d'espèce, sans considération à ce que le texte législatif soit antérieur ou postérieur à la convention.

Ce contrôle résulte de la consécration constitutionnelle de la supériorité des traités sur la loi, et permet l'application d'un nouveau contrôle par le juge ordinaire (judiciaire et administratif) autre que le contrôle de constitutionnalité qui est dévolu au conseil constitutionnel[45].

Il est important à ce stade de revenir sur la différence fondamentale entre ces deux types de contrôle, que le Conseil Constitutionnel Français a développé dans sa décision de principe rendue le 15 Janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse (dite affaire IVG), alors que le conseil constitutionnel algérien avait adopté une autre position dans la décision précédemment citée lors du contrôle de la constitutionnalité de la loi électorale. Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi électorale, le conseil constitutionnel algérien a procédé à l'élargissement du champ de contrôle qui lui est dévolu par la constitution de 1989. Outre les dispositions constitutionnelles pertinentes qui sont la référence dans ce contrôle, l'institution de contrôle est allée jusqu'à contrôler la conformité des dispositions législatives objet de la saisine par rapport aux normes internationales qui engagent l'Algérie, à savoir le pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté en 1966 auquel l'Algérie avait adhéré en 1989 , et la charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981 ratifie en 1987, pour conclure à leur contrariété et consacrer leur inconstitutionnalité.

Cette solution reflète la position de l'organe constitutionnel qui par le biais de l'interprétation a élargi les normes de référence pour inclure les traités ratifiés et publiés par l'Algérie, et déclarer à cet effet la disposition objet de la saisine inconstitutionnelle puisque contraire au principe d'égalité consacré par la constitution de 1989 et les textes conventionnels précédemment cités.

Le conseil constitutionnel français avait opté pour une solution différente dans la décision IVG préférant rester dans une conception restreinte de sa compétence. Un débat avait eu lieu sur l'élargissement du contrôle de constitutionnalité de loi IVG aux normes conventionnelles qui engagent la France, le Conseil Constitutionnel avait répondu par la négative refusant d'inclure les traités dans le bloc de constitutionnalité[46].

Il refuse par la même d'exercer un contrôle de conventionalité qui est hors de son champs de compétence, son domaine d'intervention se limitant au seul contrôle de constitutionnalité. Depuis cette décision, il instaure le principe puisqu'il ne contrôle pas la conformité des lois qui lui sont déférées aux stipulations d'un traité ou d'un accord international[47]. Il avait opéré à cet effet une comparaison qui repose sur la nature et l'effet de chaque contrôle, car si le contrôle de conventionalité est un contrôle relatif et contingent, le contrôle de constitutionnalité est un contrôle absolu et définitif[48].

Il ressort donc clairement que le conseil constitutionnel a martelé sa position pour refuser d'exercer le contrôle de conventionalité, et renvoyé la question aux juridictions

judiciaires et administratives, chose que la Cour de Cassation a tout de suite adoptée dans l'affaire Société Cafés Jacques Vabre [49], le Conseil d'Etat a fini par rejoindre dans l'affaire Nicolo[50], consacrant la fin de l'histoire tourmentée des relations entre le traité et la loi en droit français[51], puisque désormais la volonté du constituant est pleinement respectée par l'application prioritaire des traités sur les lois contraires quels que soient leurs rapports chronologiques respectifs.

La première décision du conseil constitutionnel algérien adopte donc une autre solution qui va dans le sens de l'élargissement du bloc de constitutionnalité, contrairement au conseil constitutionnel français qui est resté fidèle à la lettre de la constitution.

Il convient d'affirmer que l'exercice du contrôle de conventionalité effectué par une vérification par le juge de la conformité des lois qu'il applique aux conventions internationales(universelles et régionales) engageant l'Algérie participe à la réalisation de l'unité et la sécurité de l'ordre juridique interne, puisqu'à travers ce contrôle, l'harmonie et la cohérence de l'ordre juridique sont réalisées.

Cette décision de principe marque un pas important dans la pratique puisqu'elle sonne le glas d'une nouvelle étape pour les juridictions algériennes qui seront encouragées à s'approprier les normes internationales, en les invoquant d'office dans le contentieux qui leur est soumis, c'est le début d'une riche jurisprudence.

2.2- Pratiques judiciaires : diversité des domaines (Time New Roman)(12)(Gras)

L'internalisation des constitutions et son corollaire le principe de supériorité des traitées sur la loi obligent les juges à s'adapter à cette nouvelle situation par l'introduction des normes conventionnelles dans l'exercice de leur compétence de dire le droit. Ainsi les règles internationales doivent faire l'objet de la même attention que les autres sources de droit interne[52], constituant pour le juge une référence afin de trancher les différents cas qui lui sont soumis, et l'obligeant par cet effet d'écarter les dispositions législatives contraires aux stipulations conventionnelles. Ceci amène le juge à analyser les dispositions matérielles du traité et déterminer dans quelle mesure elles sont applicables au cas concret et permettent de résoudre le conflit en question. L'application des normes internationales passe d'abord par la précision de leur portée à travers l'interprétation des règles générales aux situations concrètes particulières, le juge étant obligé de recourir à l'interprétation des conventions.

Depuis la décision de principe du conseil constitutionnel, le juge algérien a développé une jurisprudence variée et riche dans laquelle il se réfère à plusieurs conventions internationales, nous nous contenterons dans cette contribution d'aborder celles relatives aux droits de l'homme. Trois observations générales s'imposent pour éclairer sur le choix des arrêts et décisions. En premier lieu, la jurisprudence exploitée ne se compose pas exclusivement d'arrêts de la Cour Suprême puisque sont également citées des décisions de premières juridictions (tribunaux) qui sont souvent le point de départ de la consécration de principes et de solutions fondées sur les conventions internationales.

En deuxième lieu, la jurisprudence concerne l'application des conventions principales que sont : le pacte international sur les droits civils et politiques(1966), la convention contre

la torture(1984), la convention sur les droits de l'enfant(1989), la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes(1979) ou encore la charte africaine des droits de l'homme et des peuples(1981), pour ne citer que celles-là. Enfin, la jurisprudence citée fait apparaitre que le juge a également appliqué les conventions internationales soit de son propre chef, ou à la suite de leur invocation par les justiciables.

On ne peut commencer l'analyse de cette jurisprudence sans citer un arrêt fondamental rendu par la plus haute juridiction judiciaire qui, s'il concerne le domaine pénal, est néanmoins intéressant du point de vue de l'argument développé par le juge. L'affaire concerne un trafic illicite dans lequel la Cour d'appel de Msila avait condamné les accusés de transport délictueux et trafic de drogue par fraude, conformément à l'article 243 de la loi sur la santé, et prononcé la confiscation de la voiture falsifiée et l'argent confisqué, après pourvoi en cassation des avocats de la défense, la Cour Suprême s'est fondée sur le principe constitutionnel de supériorité des traités pour confirmer la solution adoptée par la juridiction du deuxième degré, en considérant que :

Attendu qu'il est prouvé que les sommes d'argent retenues par la police judiciaire ont été obtenues par les prévenus suite à la vente de stupéfiants.

Considérant qu'à cet égard, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, approuvée à Vienne le20/12/1988, stipule que «chaque partie prendra toutes les mesures nécessaires pour permettre la confiscation du produit des crimes visés au paragraphe 3 de l'article premier, et qui consiste en une affaire de trafic de stupéfiants.

Attendu que l'article 132 de la Constitution stipule explicitement que les traités et accords ratifiés sont supérieurs à la loi applicable et font ainsi partie de la législation algérienne.

Ainsi, confisquer les sommes d'argent provenant du trafic illicite de stupéfiants, comme c'est le cas en l'espèce, est une procédure légale en soi, même si les juges de fond ne mentionnent pas effectivement le texte à appliquer[53].

Cet arrêt va très loin dans l'application judiciaire des conventions puisque sous le couvert de la supériorité des traités, le juge comble en effet un vide juridique puisque le législateur n'avait pas encore adopté la loi d'incorporation, et procède à un élargissement du principe de la légalité des délits et des peines.

Concernant les conventions relatives aux droits de l'homme, les applications judiciaires se sont tout d'abord limitées à un domaine particulier, celui de la contrainte par corps, on peut citer à cet effet une ordonnance rendue par le tribunal de Bir Mourad Raïs dans laquelle le juge a refusé d'appliquer la mesure de contrainte par corps en s'appuyant sur le pacte international relatif aux droits civils et politiques(PIDESC), solution consacrée également dans un arrêt rendu par la cour suprême, ou le juge a écarté la disposition de l'ancien code de procédure civile suite à sa contrariété avec le pacte international sur les droits civils et politiques de 1966[54].

Les juges de la plus haute juridiction judiciaire ont affirmé:

Attendu que les sources des obligations sont divisées en sources volontaires et non volontaires, et depuis l'adhésion de l'Algérie à cet accord il est désormais interdit de mettre en

œuvre des obligations volontaires- que leur source soit une transaction civile ou commerciale - par la contrainte physique.

Et après avoir consulté les dispositions de l'article 11 de l'accord(PIDESC) précité, publié au Journal Officiel de la République Algérienne, qui stipule ce qui suit: Nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle".

En conséquence, il est devenu inadmissible d'imposer une contrainte physique en cas de manquement du débiteur à son obligation contractuelle[55].

Le juge judiciaire est resté fidèle à cette jurisprudence en écartant la disposition de la législation se rapportant à la procédure civile contraire au pacte international jusqu'à son annulation par le législateur qui ne l'a pas reconduite dans le code de procédure civile et administrative[56], rendant la loi conforme à la convention.

Progressivement, le juge a élargi son champs d'intervention qui était confiné au domaine de la contrainte par corps pour appliquer le droit de recours à la justice(aux tribunaux) tel qu'il est consacré dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans un jugement rendu par le tribunal de Constantine, le juge a confirmé ce droit comme il apparait dans son contenu :

Attendu qu'il a été prouvé au tribunal, à l'issue de l'enquête qu'il a menée au cours de la séance, et après examen de la décision de la chambre d'accusation rendue le 06/04/2010 numéro d'index 304-10 10, et que les accusés dans l'affaire de fausse calomnie n'ont fait qu'exercer leur droit constitutionnel de recourir à la justice, droit également garanti par les conventions internationales ratifiées par l'État algérien, qui inclut la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui garantit aux citoyens l'accès aux tribunaux nationaux pour trancher sur un acte qui viole leurs droits fondamentaux garantis par la Constitution. Attendu qu'il a été prouvé que les prévenus ont remis une plainte aux autorités, ils visent par derrière à exercer ce droit de recourir à la justice pour les protéger car ils ont été victimes du vol de leur bijouterie…

Considérant et après avoir consulté l'article 07 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui selon le pouvoir discrétionnaire du tribunal, après extrapolation, vise à établir des règles de procès équitable, Celles-ci sont d'ordre public et que le juge doit soulever de sa propre initiative tant qu'elles visent à protéger les droits de l'homme[57] .

Il ressort clairement de cette décision le pouvoir d'interprétation qui confère aux juges une faculté importante pour mettre en œuvre les normes internationales, allant jusqu'à les intégrer dans la notion d'ordre public, et ce dans le but d'assurer l'effectivité des droits reconnus dans les conventions internationales.

D'autres jugements ont appliqué la convention relative aux droits de l'enfant(CDE), il en est ainsi d'une affaire relative à la non-présentation de mineurs -incriminée par l'article 328 du code pénal-, portée devant le tribunal de Constantine par le père qui après avoir divorcé de sa femme avait obtenu la garde de ses enfants mineurs, la garde de ses enfants mineurs, avec octroi du droit de visite à leur mère. Cette dernière dans l'exercice de son droit avait retardé la remise des enfants, contraignant le père à l'ester en justice l'accusant du délit

prévu dans le code pénal. Dans sa décision, le juge s'est appuyé sur la convention relative aux droits de l'enfant -notamment ses articles 3 et 9-, pour proclamer l'innocence de l'accusée, il énonce à cet effet :

Considérant qu'après avoir examiné les articles 03 et 09 paragraphe 03 de la Convention relative aux droits de l'enfant publiée au Journal officiel n ° 91 de 1992, les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents, À moins que cela ne soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, et que dans toutes les procédures relatives aux enfants menées par les tribunaux, il sera tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant[58].

Il apparait clairement à travers cette décision que le juge a qualifié les faits incriminés à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, recourant à son interprétation avant même qu'il ne soit défini par le législateur en 2015, ce qui lui donne un large pouvoir discrétionnaire pour assurer les droits des enfants, interprétation également confortée par l'article 9 paragraphe 3 de la convention qui renforce le droit de l'enfant dans la situation particulière de séparation de ses parents, intimant aux Etats parties le respect du droit de l'enfant séparée ses deux parents ou de l'un d'eux **d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents**, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ceci a conduit le juge à déclarer l'innocence de l'accusée non seulement sur la base de la jurisprudence de la Cour Suprême bien établie en la matière, mais également en appuyant sur les normes internationales.

Le juge a également appliqué la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (appelée communément CEDAW) à propos d'une affaire relative à un cas de violence fondée sur le sexe. La violence est utilisée pour intimider les femmes dans plusieurs situations, notamment dans le cadre de la relation conjugale, en raison de certaines idées fondées sur l'existence d'une supériorité des hommes sur les femmes[59]. Le juge a souligné les responsabilités conjointes des époux dans l'éducation des enfants à l'occasion de son examen d'un cas de violence, subi par la femme de son conjoint lorsqu'elle a ouvert une discussion avec lui sur les notes inscrites dans le bulletin scolaire de leur fils il s'est appuyé sur les dispositions de la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes pour le condamner pour actes de violence.

Il souligne dans le jugement rendu que:

Considérant que, après avoir pris connaissance de l'article 05, paragraphe B de la convention publiée au Journal officiel, les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas.

Attendu qu'il a été prouvé au tribunal dans le cas d'espèce que la victime, dans le cadre de l'exercice de sa maternité en tant que fonction sociale, conformément aux dispositions de la convention, s'est entretenue avec son mari au sujet du relevé de notes de leur fils, où elle fut l'objet d'insultes de la part de l'accusé. Ce faisant, il viole les dispositions du paragraphe05 de la convention.

Attendu que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes à l'article 05, paragraphe A, exige des Etats parties de prendre toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socio- culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes.
Considérant qu'il est prouvé dans le cas d'espèce où le mari s'est engagé à battre sa femme, qui voulait l'impliquer dans une conversation liée aux études de leur fils, a suivi un modèle social basé sur l'idée de sa supériorité sur sa femme en l'agressant et la maltraitant physiquement, comportement contraire à la convention et constituant une infraction pénale»[60].

Le juge pénal ne s'est pas contenté ici des dispositions du code pénal qui criminalisent les actes d'insultes mais s'est plutôt appuyé sur les dispositions de la convention CEDAW pour mettre en place un cadre général destiné à prévenir la discrimination à l'égard des femmes, rejetant tous les comportements fondés sur cette discrimination basée sur le sexe, et dénonçant la violence sous ses formes émotionnelles et physiques.
Cette pratique judiciaire très diversifiée reflète le rôle fondamental du juge algérien dans l'introduction de la norme internationale par le biais de l'harmonisation juridictionnelle, ainsi qu'en ayant recours à l'application directe des conventions, l'interprétation constituant l'outil fondamental de cet exercice judiciaire.

La dernière révision constitutionnelle va dans ce sens puisqu'elle conforte le juge dans cette position d'acteur principal dans l'intégration des conventions internationales, à travers plusieurs dispositions dont l'article 171 qui stipule que : Dans l'exercice de sa mission, **le juge est tenu d'appliquer les traités ratifiés,** les lois de la République et les décisions de la Cour Constitutionnelle»

Conclusion :

Au terme de cette étude qui a tenté d'analyser la relation existante entre le juge Algérien et les sources du droit international, plus particulièrement les conventions relatives aux droits de l'homme, il est possible de constater aujourd'hui la place de plus en plus croissante de ces dernières dans l'ordre juridique interne, et un développement corrélatif de la jurisprudence algérienne.

Cette invasion des normes internationales, confirmée par une constitutionnalisation du principe de primauté du traité ratifié sur la loi, constitue de notre point de vue, un acquis considérable au respect des droits des citoyens en général, et des justiciables en particulier, permettant de renforcer l'Etat de droit(61). Mais c'est surtout le rôle évolutif joué par le juge qui permettra d'une manière effective la mise en œuvre de ce principe fondamental essentiellement dans un domaine aussi délicat que celui des droits et des libertés.

En effet, si l'application des normes internationales par le juge algérien a commencé de manière timorée et plutôt réservée, -dûe probablement à un ensemble varié de facteurs endogènes et exogènes au juge lui-même -, elle n'a cessé de s'accroitre au fur et à mesure,

que ce soit à propos du type de juridiction ou par rapport au domaine d'application qui ne concerne plus seulement des sujets classiques, comme c'était le cas auparavant. Le juge se voit attribuer des compétences élargies en matière d'application des normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de lui permettre d'assurer pleinement son rôle de « protecteur des libertés et des droits des citoyens », mais également sa position en tant qu'acteur principal dans l'intégration des conventions internationales puisque selon la dernière révision constitutionnelle, il est tenu d'appliquer les traités ratifiés.

Aussi, le rôle croissant du juge dans la mise en œuvre des engagements internationaux ne peut qu'être salué puisqu'il permet de garantir une protection plus large et effective des droits individuels et collectifs des personnes, et de pallier aux manquements de l'action des organismes publics.

Renvois

1- Voir sur cette question plus particulièrement, Daillier P., Monisme et dualisme : un débat dépassé ?, n Ben Achour R., Laghmani S., Droit international et droits internes, développements récents, Colloque des 16,17,18 avril 1998, Paris, Pedone, pp.9-10.

2- La pratique des Etats est assez variée en la matière entre constitutions qui consacrent la primauté des conventions internationales (suivant certaines exigences), d'autres qui leur accordent une valeur égale à loi mais infra-constitutionnelle, et enfin celles qui prévoient que ces dernières sont sur un pied d'égalité avec la constitution. Voir essentiellement, Dupuy P.M et Kerbrat Y., Droit international public, 15ème éd., Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2020, pp.469 et s.

3- Voir Kanoun N. et Taleb T., De la place des traités internationaux dans l'ordonnancement juridique national en Algérie, Revue Mouhamat, 2006/3, p.8.

4- Il dispose que « Le Président de la République signe, ratifie après consultation de l'Assemblée nationale et fait exécuter les traités, conventions et accords internationaux ».

5- Djebbar A. : « La politique conventionnelle de l'Algérie », Alger, OPU, 2000, p.339.

6- BedajouiM., Aspects internationaux de la Constitution algérienne, in Annuaire français de droit international, 1977, volume n°23, p.83.

7- Décret n°87-222 du 13 octobre 1987 , portant adhésion, avec réserves, à la convention de Vienne sur le droit des traités, conclue le 23 mai 1969, JORA du 14 octobre 1987, n°42 p.1028.

8- L'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai de 1969 dispose que « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46 ».

9- Voir pour plus d'informations, Mekki N., Les Rapports Entre Les Constitutions De Certains Etats Arabes (Egypte, Maroc Et Tunisie) Et Le Droit International Des Droits De La Personne, Notes de recherche, 16 avril 2016, Revue québécoise de droit international, https://www.sqdi.org/fr/rapports-entre-constitutions-de-certains-etats-arabes-egypte-maroc-tunisie-droit-international-droits-de-personne/, consulté le 8 avril 2021 à 13 :00 ; Ndjimba K.F, L'internationalisation des constitutions des Etats en crise, Réflexions sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel, Thèse de doctorat, Université de Nancy, 2011, p.7 et s.

10- Remplacé par une Cour constitutionnelle dans la dernière révision de la Constitution de 2020.

11- Il faudra noter toutefois que l'article 122 de la constitution de 1989 (actuellement 153 dans la révision de 2020) prévoit l'hypothèse de certains traités, cités de façon exhaustive, qui nécessitent, avant leur ratification par le Présidente de la République, une approbation expresse par l'Assemblée populaire nationale (aujourd'hui, par chacune des chambres du Parlement). Il s'agit essentiellement des traités qui mettent en cause une compétence de l'organe législatif, ou encore quand le gouvernement estime que l'importance politique du traité requiert l'aval des représentants élus du peuple. L'article 122 dispose que « Les accords d'armistice, les traités de paix, d'alliances et d'union, les traités relatifs aux frontières de l'Etat, ainsi que les traités relatifs au statut des personnes et ceux entraînant des dépenses non

prévues au budget de l'Etat, les accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux zones de libre-échange, aux associations et aux intégrations économiques, sont ratifiés par le Président de la République, après leur approbation expresse par l'Assemblée populaire nationale ».

12- A titre d'exemple, la Constitution française de 1958 prévoir dans son article 55 que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

13- Les lois organiques sont sont adoptées à la majorité absolue des députés et à la majorité des ¾ des membres du Conseil de la Nation, et sont soumises à un contrôle de conformité par le Conseil constitutionnel avant leur promulgation. Voir sur ces lois, Hartani A-K, Le Parlement dans la loi fondamentale du 28 novembre 1996 : Innovations et constantes du constitutionnalisme algérien, Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques, Volume 40, Numéro 4, p.68.

14- JORA du 14 janvier 2012, n° 1 , p.39.

15- JORA du 19 juillet 2015, n° 39 , p.4.

16- Article 78.

17- Voir particulièrement, Laraba A., Chronique de droit conventionnel algérien (1989-114), Revue Idara, n°1, Alger, 1995, p. 86 et s.

18- L'article dispose que « les lois promulguées sont exécutoires sur le territoire de la République algérienne démocratique et populaire, à partir de leur publication au journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire ».

19-Il stipule que : « les conditions nécessaires pour jouir de la nationalité algérienne sont fixées par la loi et, éventuellement, par les traités ou accords internationaux ratifiés et publiés ».

20- JORA du 01 décembre 2002, n° 79 , pp.4-5.

21- Voir le texte de la décision au JORA du 30 août 1989, n° 36 , pp.871-874.

22-Voir sur la décision n°1 du Conseil constitutionnel, عطوي خالد، شروط تطبيق القاضي الجزائري للمعاهدات الدولية : قراءة في قرار المجلس الدستوري رقم 01 لعام 1989، مجلة المجلس الدستوري، العدد 3، 2014، ص ص 45-78

23- Plusieurs dispositions constitutionnelles traitent la question, il s'agit essentiellement de l'article 190 qui dispose que « …la Cour constitutionnelle se prononce par une décision sur la constitutionnalité des traités…

La Cour constitutionnelle peut être saisie sur la constitutionnalité des traités avant leur ratification… », et de l'article 198 « lorsque la Cour constitutionnelle juge qu'un traité, accord ou convention est inconstitutionnel, sa ratification ne peut avoir lieu ».

Voir également, محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2013، ص 41.

24- Voir sur cette question plus particulièrement, Gaïa P., Le contrôle de conventionnalité, revue française de droit constitutionnel, vol HS 2, n°5, 2008, pp.201-207.

25- Décret présidentiel n° 04-128 du 19 avril 2004.

26- JORA du 8 mars 2006, n° 36 , p.4.

27- Un pouvoir consacré par la CIJ dans l'affaire Nottebohm lorsqu'elle affirme qu' « il appartient au Liechtenstein, comme tout État souverain, de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation […] la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État ».

28- Voir CPJI, Avis consultatif du 7 février 1923concernant les Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc (Zone française), Rec. Série B No. 4 et Avis consultatif du 15 septembre 1923 sur la question de l'Acquisition de la nationalité polonaise. Série B no. 7.

29- Voir CPJI, Avis consultatif du 15 septembre 1923 sur la question de l'Acquisition de la nationalité polonaise. Série B No. 7, page 16.

30- Ce principe ayant été constitutionnalisé de manière générale à partir de 1989 (article 123, actuellement article 154 de la constitution de 2020).

31- Décret présidentiel n°96-51 du 22 janvier 1996 portant adhésion de la république algérienne et populaire, avec réserve, à la convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, JORA n°6, 24 janvier 1996, p.3.

32- Ordonnance n° 05-01 du 27 février 2005, JORA n°15.

33- Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille, modifiée et complétée, JORA n°24, 1984.

34- Voir par exemple Saidi K., La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation, RIDC 1-2006, pp.119-152.

35- Voir sur la question plus particulièrement, Saidi K., La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation, in RIDC, n°1, p.120.

36- Saidi K., Op.cit, p.133.

37- Voir par exemple Décret présidentiel n° 08-426 du 28 décembre 2008 portant levée de la réserve de la République algérienne démocratique et populaire sur l'article 9-2 de la convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, JORA n°5, 2009.

38- JO n° 39 du 19 juillet 2015, p.4.

39- Adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, ratifiée, avec déclarations interprétatives, par décret présidentiel n 92-461 du 19 décembre 1992.

40- Adoptée en juillet 1990, ratifiée par décret présidentiel n 03-242 du 8 juillet 2003.

41- Adopté à New York le 25 mai 2000, ratifié par décret présidentiel n 06-299 du 2 septembre 2006.

42- Adopté le 25 mai 2000, ratifié par décret présidentiel n 06-300 du 2 septembre 2006.

43- Adoptée le 13 décembre 2006, ratifiée par décret présidentiel n 09-188 du 12 mai 2009.

44- Il faudrait noter que la constitution algérienne à l'instar de la constitution française de 1958 a institué une hiérarchie des normes formelle, sans pour autant designer d'autorité ou de juridiction susceptibles de sanctionner ses dispositions.

Voir :Jean-François TOUCHARD, A propos de l'arrêt Nicolo, RDP 1990, p 801.

45- Désormais érigé en Cour constitutionnelle selon l'article 185 de la révision constitutionnelle promulguée par le DP 20-442 du 30 Décembre 2020. JORADP N 82, année 2020.

Il faudrait ajouter à ces deux types le contrôle de légalité des actes administratifs exercé par le juge administratif.

46- « Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international» Conseil constitutionnel français, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, paragraphe 7, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm, consulté le 04 Mai 2021.

47- LE CONTROLE DE CONVENTIONNALITE, Intervention de M. Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Membre du Conseil constitutionnel, lors de la visite à la Cour constitutionnelle italienne le 9 mai 2008.

48-« Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition,

Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles » , Conseil constitutionnel français, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, op.cit. paragraphes 4 et 6.

49- Cour de Cassation, Chambre mixte, Administration des Douanes c. Société Cafés Jacques Vabre24 Mai 1975,,https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006994625/.

50- Conseil d'Etat, Assemblée, Nicolo, 20 novembre 1989, http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1989-10-20/108243.

51- Rambaud, La reconnaissance par le Conseil d'Etat Français de la supériorité des traités sur les lois, A.F.D.I., 1989, p 97.

52- TOURARD,H, L'internationalisation des constitutions nationales, L.G.D.J., 2003, p 298.

53 -حيث أنه من الثابت أن المبالغ المالية المحجوزة من قبل الضبطية القضائية حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات.

و حيث أنه في هذا الصدد تنص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية الموافق عليها بفيينا في 20 / 12 /1988 على أنه "يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير للتمكين من مصادرة المتحصلات من الجرائم المنصوص عليها بالمادة الأولى الفقرة الثالثة " و المتمثلة في قضية الحال في المتاجرة بالمخدرات.

و حيث تمت المصادقة على الإتفاقية المذكورة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 /41 المؤرخ في 28 /01 /1995 .

و بما أن المادة 132 من الدستور تقر صراحة أن المعاهدات و الإتفاقيات المصادق عليها تفوق القانون الساري المفعول وتصبح بالتالي جزءا من التشريع الجزائري.

و عليه فإن مصادرة المبالغ المالية التي تحصل عليها من المتاجرة غير المشروعة في المخدرات كما هو الشأن في قضية الحال تعد إجراء قانونيا في حد ذاته حتى و لو لم يذكر قضاة الموضوع فعلا النص الواجب تطبيقه

Cour suprême, dossier no 167921, Arrêt du 22 Février 2000, Revue judiciaire, numéro 2, 2000, p 215.

54- Cour Suprême, dossier no 288587, Arrêt du 11 décembre 2002.

55 -وحيث أن مصادر الالتزامات، تنقسم إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، وأصبح ـ ومنذ انضمام الجزائر إلى تلك الاتفاقية ـ غير جائز تنفيذ الالتزامات الإرادية ـ سواء كان مصدرها معاملة مدنية أو تجارية ـ عن طريق الإكراه البدني.
وحيث أن المادة 11 المشار إليها أعلاه لا تميز بين الالتزام التعاقدي التجاري وغير التجاري، فيكفي أن يكون هناك التزام تعاقدي سواء كان موضوع هذا الالتزام معاملة مدنية أو تجارية، فيمتنع تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإكراه البدني

56- Samia Bourouba, Jurisprudence relative à l'application des normes des droits de l'homme dans les juridictions de pays arabes. Algérie-Jordanie-Iraq-Maroc-Palestine », septembre 2012.Ouvrage réalisé dans le cadre de la coopération judiciaire réalisée par l'Ecole Supérieure de la Magistrature d'Algérie et les autres instituts arabes avec appui de l'Institut Raoul Wallenberg, p 57.

57 - وحيث ثبت للمحكمة بعد التحقيق الذي أجرته بالجلسة وبعد الاطلاع على قرار غرفة الاتهام الصادر بتاريخ 06-04-2010 رقم الفهرس 304-10 وأن المتهمين في قضية الحال بالوشاية الكاذبة لم يكونوا سوى قد مارسواحقهم الدستوري في اللجوء للقضاء الحق المكفول أيضا بالاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية والتي من ضمنها الميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي يكفل للمواطنين اللجوء للمحاكم الوطنية بالنظر في عمل يشكل خرقا لحقوقهم الأساسية المكفولة دستوريا. ولما ثبت وأن المتهمين قدموا بلاغا للسلطات يهدفون من وراءه
لممارسة هذا الحق في اللجوء للقضاء لحمايتهم باعتبارهم كانوا ضحايا أنه تمت سرقة محلهم التجاري الخاص بالذهب
وحيث وبعد الاطلاع على المادة 07 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي حسب السلطة التقديرية للمحكمة بعد استقراءها تهدف لإرساء قواعد المحاكمة العادلة والقواعد الدستورية لأي بلد والتي تعتبر من النظام العام والتي يتعين على القاضي أثارتها من تلقاء نفسه طالما أنها تهدف لحماية حقوق الإنسان

58- وحيث وبعد الإطلاع على المادة 03 و09 الفقرة 03 من اتفاقية حقوق الطفل المنشورة بالجريدة الرسمية رقم 91 لسنة 1992 فإن الدول الأطراف تحترم حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى وأنه في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال التي تقوم بها المحاكم يولى الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى.

Tribunal de Constantine, décision du 29 Mars 2011, cité dans : Samia Bourouba, Jurisprudence relative à l'application des normes des droits de l'homme dans les juridictions de pays arabes, op.cit, p 75.

59- Samia Bourouba, Jurisprudence arabe relative à l'application des conventions internationales relatives aux droits humains de la femme, Algérie-Jordanie-Iraq—Liban-Maroc-Palestine, Tunisie », 2016.Ouvrage réalisé dans le cadre de la coopération judiciaire réalisée par l'Ecole Supérieure de la Magistrature d'Algérie et les autres instituts arabes avec appui de l'Institut Raoul Wallenberg, p 108.

60- وحيث وبعد الاطلاع على المادة 05 فقرة ب من الاتفاقية المنشورة بالجريدة الرسمية رقم 06 لسنة 1996 فان الدول تتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تضمن التربية الاسرية تفهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية و الاعتراف بالمسؤولية المشتركة لكل من الرجال و النساء في تنشئة اطفالهم و تطورهم , على ان يكون مفهوم مصلحة الاطفال هي الاعتبار الاساسي في جميع الحالات .
حيث و لما ثبت للمحكمة في قضية الحال و ان الضحية ع. ن و في اطار ممارستها لامومتها بوصفها وظيفة اجتماعية و تفاجئت به يصرخ في وجهها و يسبها و يشتمها، فيكون بفعله مخلا باحكام الفقرة 05 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة .

وحيث ان اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة في المادة 05 فقرة أ فانها تفرض على الدول اتخاذ التدابير المناسبة لتعديل الانماط الاجتماعية و الثقافية لسلوك الرجل و المراة بهدف القضاء على العادات العرفية القائمة على الفكرة الدونية لتفوق احد الجنسين عن الاخر.

و لما ثبت في قضية الحال و ان الزوج بارتكابه لضرب زوجته التي ارادت اشراكه في حديث متعلق بدراسة ابنهما يكون سلك نمط اجتماعي يقوم على فكرة تفوقه على زوجته بالاعتداء عليها و تعنيفها جسديا يشكّل سلوكا مخالفا للاتفاقية و يرقى لمصاف مخالفة .

61-Tribunal de Constantine, jugement du 16 Octobre 2015.

Influence des organismes internationaux dans l'élaboration du cadre juridique des pays (Cas du cadre juridique des communications électroniques en Algérie)

Influence of international organizations in the development of the legal framework of the countries (Case of the legal framework of electronic communications in Algeria)

[1]KHIDER IMANE

[1] Chercheure Faculté de Droit, Université d'Alger 1(Algerie), imene.khider@gmail.com

Date de réception: 29/09/2021 **Date d'acceptation:** 27/10/2021 **Date de publication:** novembre2021

Résumé:

Au cours des deux dernières décennies, le cadre institutionnel et réglementaire du secteur des télécommunications a connu une mutation profonde. Le but et la substance des réformes opérées dans ce secteur ont été largement développés dans la déclaration de politique sectorielle [1] qui a opté clairement pour un développement du secteur par le marché. Le constat de l'insuffisance du cadre juridique a eu pour conséquence la refonte du cadre législatif et réglementaire du secteur des télécommunications pour asseoir ces réformes sur une base solide transparente et sure et qui se base également sur le respect des Recommandations de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT).

Mots clés: Union internationale des télécommunications, Fréquences radioélectriques, numérotation, service universel, Recommandations.

Abstract:

Over the past two decades, the institutional and regulatory framework of the telecommunications sector has undergone profound changes. The purpose of the reforms carried out in this sector were largely developed in the sector policy statement which clearly opted for the development of the sector through the market. The finding of the inadequacy of the legal framework has resulted in the overhaul of the legislative and regulatory framework of the telecommunications sector to establish these reforms on a solid, transparent and secure basis, which is also based on compliance with the Recommendations of the International Union of Telecommunications (ITU).

Keywords: International Telecommunication Union, Radio frequencies, numbering, universal service, Recommendations.

Auteur correspondant, khider Imane e-mail: imene.khider@gmail.com

Introduction

Au cours des deux dernières décennies, le secteur des télécommunications a connu une croissance continue et une rapide, progression aussi bien sur le plan des politiques qu'en ce qui concerne les techniques, le monde était résolument placé sous le double signe de la concurrence et des réseaux. Cette évolution des technologies a eu également pour conséquence une mutation profonde du cadre institutionnel et réglementaire du secteur des télécommunications.

La place que prend la réglementation dans les débats sur l'évolution des télécommunications est devenue tout à fait centrale : monopole et concurrence, secteur public et privatisation, télécommunications d'entreprise et service téléphonique du citoyen, commerce international et service public... autant d'éléments qui alimentent les réflexions des autorités politiques, des instances de régulation des acteurs économiques jusqu'au plus simple utilisateur. Le besoin de règles de jeu claires et stables se fait d'autant plus sentir que les incertitudes sur l'évolution du secteur restent grandes. Bien plus, la réglementation devient un élément structurant qu'il convient d'intégrer dans toute réflexion prospective globale et dans la réflexion stratégique particulière de chacun des opérateurs. Les fondements de la réglementation se trouvent en réalité dans les caractéristiques essentielles du secteur ; il s'agit de garantir l'existence effective d'une infrastructure de communication - élément essentiel à toute société humaine organisée- et sa disponibilité au profit des citoyens ; il s'agit de s'assurer que les entreprises sont en mesure d'utiliser efficacement la matière première de l'économie moderne, soit l'information. Il s'agit d'inscrire la nation dans un système économique, aujourd'hui, largement internationalisé.

Toutefois, une telle entreprise n'est pas chose aisée pour les pays qui devront non seulement trouver des solutions réglementaires à des avancées technologies, mais tenter d'harmoniser également leurs besoins à ceux des autres pays et dans l'affirmative tenter d'anticiper les différents évolutions avant leur avènement.

C'est ce que propose de faire l'Union internationale des télécommunications (UIT) à laquelle ont adhéré tous les pays du monde, dont l'Algérie[2]. Celle-ci a d'ailleurs, prévu dans les deux lois, qui ont suivi l'ouverture du marché des télécommunications, que : « dans le cadre de ses prérogatives de contrôle des communications électroniques, l'Etat veille à l'application des conventions, règlements et recommandations de l'Union internationale des télécommunications (UIT)[3]».

Il serait donc utile, dans le cadre de ce colloque, d'examiner la façon dont les organisations internationales contribuent à orienter par des lignes directrices ou des recommandations le cadre juridique des pays dans un secteur donné.

Avant d'aborder ces recommandations, il conviendrait d'abord de nous intéresser à l'institution en charge de les édicter et d'en faire une brève présentation.

L'Union International des Télécommunications (UIT) est une institution internationale spécialisée des Nations Unies dans le domaine des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication (ICT). Elle est organisée en trois secteurs principaux : IUT-D (secteur Développement des télécommunications), IUT-R (secteur des Radiocommunications) et IUT-T (secteur de la normalisation des Télécommunications).

Les normes internationales produites par l'IUT-T sont appelées des « *Recommandations* »[4]. Elles définissent sur les normes en usage dans les systèmes de téléphonie et de transmission de données. Ces normes ont une portée internationale plus importante que celles de la plupart des autres organismes publiant des normes dans des domaines similaires.

Le cadre juridique de l'UIT est constitué des instruments fondamentaux de l'Union qui ont valeur de traités et dont l'application est obligatoire pour les Etats Membres de l'UIT. Ces instruments comprennent la Constitution, les Conventions[5] et les règlements administratifs dont le règlement des radiocommunications (RR).

Les Règles de procédure sont adoptées par le Comité du Règlement des radiocommunications (RRB). Elles complètent le Règlement des radiocommunications en apportant des précisions quant à l'application de dispositions particulières ou en établissant des procédures de mise en œuvre le cas échéant.

Ceci étant dit, les principales résolutions prises par l'UIT et reprises par la législation algérienne seront développées à travers trois principaux points : il s'agit spécialement des ressources spectrales (1), des ressources en numéros (le plan de numérotation) (2) et du service universel (3), il serait en outre intéressant de s'arrêter sur les grands projets de l'UIT (4).

1- Les ressources spectrales

Il s'agit pour l'essentiel d'examiner les questions suivantes : Les fréquences radioélectriques en général (1.1) et les réseaux locaux hertziens (1.2).

1.1 - Les fréquences radioélectriques en général

Les fréquences radioélectriques sont définies comme étant : *« des ondes électromagnétiques dont la fréquence est par convention inférieure à 3000 GHz se propageant dans l'espace sans guide artificiel»*[6].

Cette même définition a été arrêtée par le règlement des radiocommunications et reprise par la législation algérienne[7].

Le règlement des radiocommunications de l'UIT garantit l'exploitation exempte de brouillages des systèmes de radiocommunication et fourniture à tous les pays un accès équitable au spectre radioélectrique – ressource naturelle limitée qui transcende les frontières nationales et dont l'utilisation doit être harmonisée à l'échelle mondiale.

A titre d'exemple, l'Algérie a bénéficié, lors de la Conférence Mondiale des Radiocommunications (CMR) de 2015 et à l'instar d'ailleurs d'autres pays, d'une attribution additionnelle de la bande de fréquences 8.3-9 KHz attribuée au service de radionavigation, au service fixe et au service mobile.

Il importe de préciser que les fréquences radioélectriques sont des ressources naturelles limitées qui doivent être utilisées de manière rationnelle, efficace et économique. Aussi, Les Etats membres doivent limiter le nombre de fréquences et l'étendue des services nécessaires et ainsi appliquer dans les moindres délais les derniers perfectionnements de la technique.[8]

A. Attribution du spectre des fréquences radioélectriques

La teneur principale du Règlement des radiocommunications réside dans son Article 5, le Tableau d'attribution des bandes de fréquences, qui spécifie les services de radiocommunication pouvant être utilisés dans telle ou telle partie du spectre.

L'article 5 sur l'attribution des bandes de fréquences assure un haut degré d'harmonisation du spectre au sein des régions et entre les régions. Il est complété par des

identifications de spectre, qui ne sont pas obligatoires par nature, mais qui sont rapidement adoptées par la plupart des pays afin de bénéficier des économies d'échelle produites par le marché mondial.

Pour l'attribution du spectre des fréquences radioélectriques, le monde est divisé en trois régions. La première région regroupe les états Arabes[9], l'Afrique, l'Europe et la communauté des Etats indépendants. La deuxième région regroupe les Amériques et la troisième région l'Asie et le Pacifique.

B. Réaménagement du spectre des fréquences

Le spectre des fréquences étant une ressource rare mais réutilisable, doit être géré efficacement afin de maximiser les avantages de son utilisation dans la perspective du développement des différents services de radiocommunications.

Cette opération repose en partie sur la planification préalable de l'évolution des services de radiocommunication, en étendant par exemple la couverture de services existants, en améliorant leur qualité ou en introduisant de nouveaux services.

Dans le cadre de la loi n° 18-04, l'Agence nationale des fréquences (ANF) doit élaborer un plan national des fréquences[10] en coordination avec les administrations et institutions concernées, conformément au règlement des radiocommunications de l'UIT. Le plan national des fréquences est approuvé par voie réglementaire[11].

Cette organisation risque cependant d'être perturbée, lorsque surviennent de nouveaux services et qu'il faut assigner des fréquences déjà utilisées soit par d'autres opérateurs soit pour d'autres services.

Aussi, pour améliorer les services existants ou pour introduire de nouveaux services, il est parfois nécessaire de faire basculer des utilisateurs du spectre à des technologies plus modernes ou à de nouvelles bandes de fréquences. Ce « déplacement », communément appelé « redéploiement du spectre », doit être planifié.

Selon la Recommandation UIT-R SM.1603[12] relative au redéploiement (réaménagement ou réorganisation) du spectre en tant que méthode de gestion nationale du spectre, les opérations de redéploiement devront faire partie de la stratégie nationale de toute administration en la matière, tout comme le mécanisme destiné à aider à leur réalisation. Le redéploiement devra être pris en considération parallèlement à toutes les autres options, c'est -à- dire l'utilisation en partage, la suppression de restrictions, etc. et ne devrait pas être considéré comme un recours ultime.

Le redéploiement du spectre n'est pas nécessairement une tâche aisée et une administration peut rencontrer un certain nombre de difficultés qui sont susceptibles de compliquer, retarder, voire interrompre le processus. On encourage une administration qui envisage de procéder à un redéploiement à utiliser des données de contrôle du spectre en complément d'autres données. Le niveau des difficultés rencontrées et les possibilités de mise en œuvre existantes peuvent avoir une influence à terme sur la solution que privilégiera une administration. Dans sa résolution, l'UIT a orienté les pays sur plusieurs méthodes de redéploiement notamment :la compensation[13], les nouveaux utilisateurs compensent les utilisateurs existants[14], le fonds de redéploiement[15].

La problématique du redéploiement du spectre des fréquences s'est posée pour l'Algérie, lors du lancement de la téléphonie mobile du type 4ème génération (4G). En effet,

l'établissement et l'exploitation d'un réseau 4G nécessite des fréquences dites basses qui étaient déjà utilisées par d'autres institutions et il s'en est suivi une longue négociation par les parties concernées pour libérer une partie des fréquences. Pour le reste des fréquences nécessaires à l'exploitation du réseau 4G, un réaménagement des fréquences au niveau des opérateurs a dû se faire. Il s'agit en l'occurrence de libérer une partie des fréquences déjà utilisées par la téléphonie mobile de 2ème génération (GSM) et les réaffecter pour la 4G. Une autre attribution des fréquences a été faite au profit des opérateurs titulaires de licences GSM.

C'est la loi de finances pour 2018[16], qui a introduit la notion de réaménagement du spectre des fréquences radioélectriques, cependant il importe de préciser à cet égard qu'il ne s'agit pas d'un fonds dédié.

En effet, c'est une extension d'un autre fonds, à savoir le compte d'affectation spécial n° 302-128 intitulé « Fonds d'appropriation des usages et du développement des technologie » communément connu sous l'appellation du FAUDTIC, rebaptisé depuis la loi de finance pour l'année 2018 *« Fonds d'appropriation des usages et du développement des technologies de l'information et de la communication et du réaménagement du spectre des fréquences radioélectriques ».*

Ce compte est ouvert dans les écritures du trésorier principal, dont l'ordonnateur principal est le Ministre chargé des Technologies de l'Information et de la Communication.
Le compte d'affectation spécial n° 302-128 comporte les lignes suivantes:

- ligne 1 : « Appropriation des usages et du développement des technologies de l'information et de la communication » ;
- ligne 2 : « réaménagement du spectre des fréquences radioélectriques ».

selon l'article 3 du Décret exécutif n° 18-103, la Ligne 2 comporte en recette[17] : «

- reversement par l'autorité chargée de la régulation de la poste et des télécommunications et l'agence nationale des fréquences d'une contribution de 5 % des redevances annuelles d'assignation de fréquences radioélectriques de réseaux publics ou privés ;
- une taxe équivalente de 0,5 % du chiffre d'affaires annuel de l'autorité chargée de la régulation de la poste et des télécommunications ;
- une taxe à hauteur de 0,5 % du chiffre d'affaires annuel des opérateurs titulaires de licences pour l'établissement de l'exploitation de réseaux mobiles de télécommunications ouverts au public ;
- une taxe équivalente à 0,5 % du résultat annuel net des opérateurs titulaires d'autorisations de fournisseurs d'accès internet ;
- une quote-part de 50 % du produit du prélèvement sur les sommes perçues par les entreprises étrangères n'ayant pas, en Algérie, d'installation professionnelle permanente, pour toute opération réalisée à l'importation des biens et services destinés à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de télécommunications fixe, mobile et satellitaire ;
- les dotations budgétaires ;
- autres financements ;
- les dons et legs. »

1.2 - Les réseaux locaux hertziens (radio local area network (RLAN))

Les réseaux locaux (LAN) sont en général des réseaux d'entreprises exploités dans un

groupe de locaux ou sur un campus de superficie réduite. Les LAN ont été conçus au départ dans le cadre de l'interconnexion d'ordinateurs ou d'applications de partage de ressources informatiques.

Un grand nombre de contraintes inhérentes au LAN- coût, maintenance, installation- ne sont plus un problème dès lors que l'on fait intervenir avec discernement les techniques radioélectriques modernes.

L'un des avantages des RLAN – par rapport aux LAN par câbles- est que les utilisateurs sont tout à fait indépendants et sont en principe libres de se connecter au réseau ou de se déconnecter ou encore de se déplacer dans le réseau et/ou entre réseaux.

Ces moyens de communications libres ou encore « sans attache » permettent notamment d'envisager l'établissement de liaisons privées, sur place, non couverte par les traditionnelles définitions des communications fixes et mobiles. Les utilisateurs sans attache ne sont donc pas liés à un imposant ordinateur de bureau. Ils peuvent emporter avec eux leur petit ordinateur personnel ou agenda électronique, dans tous les recoins de l'organisation, et même à l'avenir, tout e conservant la possibilité de raccorder aux autres systèmes du réseau local et de les exploiter »[18].

En outre, il importe de préciser que l'UIT dans sa recommandation précise qu'un certain nombre de technologies sont applicables aux RLAN, et le choix dépend des impératifs de la configuration considérée ; architecture du système, bande de fréquence, débit de transmission, taux d'erreur, sécurité, tolérance aux brouillages. Dans notre cas nous nous intéresserons plus particulièrement aux fréquences. A cet effet, il importe de préciser que l'UIT dans sa recommandation considère que les RLAN à hautes performances sont celles exploités dans les bandes de fréquences comprises entre 5.2 et 17.2 GHz[19].

Exerçant son pouvoir quasi réglementaire, l'autorité de régulation a pris une décision relative à l'assignation des canaux de fréquences aux réseaux locaux radioélectriques (RLAN) dans la bande des 5GHz[20], qui tel que recommandé par la UIT édicte dans son article 1er que : « la bande de fréquence 5470-5767 canalisée en 9 canaux de 20 MHz de largeur est attribuée aux réseaux locaux radioélectriques (RLAN) pour une utilisation à l'extérieur du bâtiment en conformité avec la Résolution 229 (CMR-3) (…) ».

L'article 4 de cette décision dispose : « les réseaux locaux radioélectriques fonctionnent sur une base de non brouillage. De ce fait, l'utilisation ne doit pas occasionner de gênes à d'autres services primaires ni aux utilisateurs de réseaux radioélectriques (RLAN). A cet effet, les techniques de limitation de brouillage indiquées dans la Recommandation UIT-R M1652 doivent être appliquées notamment la sélection dynamique des fréquences ».

Cette recommandation a fait l'objet de modifications en 2003[21] et 2014[22], il est question aujourd'hui du RLAN à large bande qui est principalement mis en œuvre à l'intérieur de bâtiments, de bureaux, d'usines, d'entrepôts, etc.

En d'autres termes l'atout majeur qu'offre le RLAN est de permettre aux utilisateurs mobiles de se raccorder à un réseau LAN sans fil, ou de se connecter à leur propre sous-réseau LAN où qu'il soit, ce qui accroit les possibilités offertes aux utilisateurs mobiles, l'exemple le plus connu est celui du WIFI.

Cette évolution a également été suivie par l'Algérie. En effet, la commission d'attribution des bandes de fréquences (CAF) a pris des décisions relatives aux RLAN en

2004 pour les abroger par la suite, suivant décision n° 11-02 du 22 mars 2011 relative à l'utilisation des réseaux locaux radioélectriques dans la bande des 5 GHz.

Suite à la modification de cette recommandation en 2014, une autre décision a été prise par la CAF, le 22 décembre 2015 relative à l'utilisation des bandes 5150-5350 Mhz et 5470-5670 Mhz par les réseaux radioélectriques (RLAN)[23]. L'article 1er de cette décision précise que : « les bandes de fréquences 5150-5350 MHz et 5470-5670MHz sont attribuées aux réseaux locaux radioélectriques limitée aux réseaux WIFI, comme défini par IEEE dans la norme 802.11, pour des utilisations, à l'intérieur des bâtiments (indoor) et à l'extérieur des bâtiments (Outdoor) (…) ». Faut-il préciser que cette norme a été intégrée dans le tableau 2 de la Recommandation Rec. UIT-R M.1450-5, intitulé « caractéristiques incluant les paramètres techniques associés aux normes relatives au RLAN à large bande »[24].

Suite à cette série de modifications, L'Autorité de régulation a encore une fois usé de son pouvoir *quasi-réglementaire* pour adapter son environnement juridique au nouveau contexte et a procédé à la modification du cahier des charges d'établissement et d'exploitation de services de fourniture d'accès à internet[25].

Cette décision est intervenue suite à la décision de la CAF de 2015 qui édicte dans son article 5 que: «Cette bande de fréquences est attribuée à l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications en vue de sa mise à disposition pour toute fourniture de service commercial».

La décision de l'autorité de régulation précise à l'annexe du cahier des charges intitulé *« Bandes de fréquences autorisées »* que *« Les bandes de fréquences 5250-5350 MHz et 5470-5670 MHz sont attribuées aux réseaux locaux radioélectriques limités aux réseaux WIFI, comme défini par IEEE dans la norme 802.11, pour des utilisations à l'extérieur des bâtiments (Outdoor) (…) ».*

2- Les ressources en numéros (le plan de Numérotage)

La recommandation UIT-T E.129[26] indique comment obtenir des informations sur les plans de numérotage nationaux et leur présentation.

A l'époque de l'élaboration de cette recommandation, il était difficile d'avoir accès aux informations et aux ressources de numérotage nouvellement attribuées et implémentées sur le plan mondial ; à l'effet de parer à cette problématique il a été nécessaire de d'établir rapidement une méthodologie normalisée qui permettra à chaque pays de présenter son application des dispositions de la Rec. UIT-T E.164[27].

La recommandation UIT-T E.164 a été d'une importance fondamentale pour façonner les réseaux de télécommunications d'aujourd'hui. Elle définit la structure et les fonctions des numéros de téléphone. Sans elle, nous ne pourrions pas communiquer avec d'autres pays.
Le code pays attribué par l'UIT à l'Algérie est le (213).

Tout aussi importante, la Recommandation E.212 (2005) permet d'identifier un terminal mobile en itinérance dans un autre réseau et, ainsi, d'interroger le réseau de rattachement en vue de recueillir des informations d'abonnement et de facturation.

Lors de la modification de cette recommandation en 2008, l'UIT a défini le numéro d'identification d'abonnement mobile comme étant le troisième champ de l'IMSI[28], d'une

longueur maximale de **10 chiffres**, administré par l'opérateur concerné, il identifie un abonnement particulier[29].

Dans le cadre de l'exercice des missions qui lui ont été confiées par l'article 13 de loi 2000-03 susmentionnée, notamment en matière d'élaboration du plan de numérotation, l'autorité de régulation a procédé le 22 février 2008

au changement du plan de numérotation de l'Algérie suite aux recommandation de l'UIT et dans un soucis de faciliter l'important développement des réseaux Mobiles par le passage à 10 chiffres au lieu et place du plan de numérotation à 9 chiffres qui ne permettait plus l'évolution souhaitée[30].

3- Le Service universel

Tout en reconnaissant que les Etats Membres disposent du droit souverain de définir et d'organiser leur politique de service/d'accès universels, la Recommandation UIT-T D.53[31] propose des principes généraux destinés à aider les pouvoirs publics et les régulateurs à mener à bien leurs tâches et leurs fonctions de gestion en ce qui concerne les fonds de service universel dans un environnement numérique mondialisé.

Les Etats Membres ont eu, de tout temps, des approches différentes du service universel. La gestion efficace par les Etats Membres de leur projet de service universel dépend principalement, entre autre, de la possibilité d'adapter la réglementation en matière de service universel à l'évolution des conditions et des technologies disponibles sur le marché. Ainsi, des cadres réglementaires offrant suffisamment de souplesse pour s'adapter à l'évolution rapide de la technologie et des marchés qui permettent aux pouvoirs publics et aux régulateurs de mettre en œuvre des projets de service universel efficaces, par exemple, en faisant de la large bande non seulement un objectif de service universel, mais aussi la principale variable de contrôle, étant donné le rôle moteur incontestable de cette technologie dans la croissance économique des Etats.

Pour ce qui est du concept du service universel, il est largement admis que celui-ci est associé à trois grands principes :

1. Disponibilité : le niveau de service devrait être identique pour tous les utilisateurs, en tout lieu et à tout moment[32].
2. Prix abordable : le prix du service ne devrait pas être prohibitif afin qu'il n'y ait pas de répercussions négatives sur l'accès.
3. Accessibilité : les abonnés devraient être traités sur un même pied d'égalité en termes de service, de prix, de qualité de service, quelque soit l'endroit de leur accès au service et quelque soit le moment.

L'Algérie a intégré cette notion dans la loi 2000-03 sus évoquée, notamment en son article 8.18 dans les termes suivants : *« la mise à disposition de tous d'un service minimum consistant en un service téléphonique d'une qualité spécifiée ainsi que l'acheminement des appels d'urgence, la fourniture du service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés, sous forme imprimée ou électronique en la desserte téléphoniques installées sur le domaine public et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité »*. Les textes réglementaires y afférents ont été pris en 2003[33]. Il importe de préciser que c'était à l'autorité de régulation que revenait la mission de recouvrer et gérer les ressources financières du service universel et était également chargée de mettre en œuvre le

programme de développement du service universel et affectait les ressources financières collectées au profit du service universel. Le service universel a été mise en œuvre pour la première fois en 2015[34].

La loi n°18-04 a reconduit le principe du service universel, tout en écartant le régulateur de la gestion du fonds et de la mise en œuvre du service universel, confié, d'ailleurs, à une commission multisectorielle présidée par le Ministre chargé des télécommunications ou son représentant[35]. Le rôle du régulateur est réduit à la collecte des contributions relatives au service universel et aux paiements des dépenses découlant dudit service[36].

4- Les grands projets de l'UIT

Il s'agit de la téléphonie mobile de 5ème génération (5G) (4.1), des Méga données (BIG DATA) (4.2) et de l'internet des objets (Internet of Things (IoT)) (4.3).

4.1 - Téléphonie mobile de 5ème génération (5G)

Les technologies mobiles ont évolué de manière continue et leurs performances de manière exponentielle : le service voix, puis la messagerie et enfin l'internet mobile et l'utilisation des applications mobiles multi-services ont connu, l'évolution des réseaux mobiles et le passage d'une génération à l'autre. La naissance de la technologie LTE et de la quatrième génération, couplée à la démocratisation des smartphones et tablettes a donné lieu à une augmentation très forte des volumes de données échangées en mobilité. L'utilisation d'un mobile et des applications est désormais fortement ancrée dans le quotidien des utilisateurs, les appareils portables connectés sont de plus en plus performants et remplacent bien souvent le téléphone fixe, l'appareil photo, voire l'ordinateur et même le téléviseur.

L'UIT réalise des études via son «Working Party5D» et son sous-groupe en charge de traiter les questions techniques et d'exploitation relatives aux radiocommunications. Dès 2013, ce groupe a commencé à travailler sur la définition des caractéristiques d'un nouveau standard IMT (International Mobile Télécommunications), le standard IMT-2020 (5G) .

Ces normes IMT sont mises en place en impliquant pouvoirs publics et les acteurs de l'industrie et ont encadré l'évolution des services de communications mobiles à travers le monde, et cela depuis les débuts de la normalisation IMT, avecl'IMT-2000 (3G, UMTS), puis l'IMT-Advanced (4G, LTE-A) et plus récemment l'IMT-2020 (5G).

L'avènement d'une norme IMT se fait en général selon trois grandes phases: une phase vision, une autre de développement et une et une troisième de déploiement. La première phase dont la fin est marquée par un document généralement nommé recommandation «vision» est la phase au cours de laquelle l'UIT fixe le cadre et les objectifs de la future technologie. Ce document a généralement pour but de définir de façon plus ou moins concrète ce que sera la nouvelle technologie en question, ses caractéristiques, les usages qu'elle permettra de couvrir, etc... Que ce soit pour l'IMT-Advanced, sigle technique communément attribué à la définition de la 4G, ou pour l'IMT-2020, sigle attribué à la définition de la 5G. Cette phase vision a duré environ 3ans. En septembre 2015, la recommandation IUT-R M.2083-0[37] a été publiée, clôturant par la même trois ans de travaux effectués par l'UIT-R (précisément le study groupWP 5D) afin de définir le cadre et les objectifs de l'IMT pour 2020 et au-delà. C'est ce document qui sert aujourd'hui de base aux différents travaux de recherches ou de normalisation de la 5G à l'échelle mondiale. Ensuite vient la phase de

développement des standards sur la base des conclusions de la phase vision. En ce qui concerne l'IMT-2020, les travaux de développement et de normalisation ont déjà commencé et l'UIT prévoit de les achever au cours de l'année 2020, de façon à répondre aux besoins pressants des différents membres et organisations de l'UIT qui souhaitent déployer la 5G au plus tôt.

Par ailleurs, une question essentielle pour le lancement de la 5G liée aux ressources spectrales doit être résolue. En effet, il est difficile de parler de très haut débit sans les fréquences qui vont avec. L'UIT préconise à cet effet pour la faisabilité technique des fréquences comprises entre 6 et 100 GHz.

4.2 - Les Méga données (BIG DATA)

L'explosion quantitative des données numériques a obligé les chercheurs à trouver de nouvelles manières de voir et d'analyser le monde. Il s'agit de découvrir de nouveaux ordres de grandeur concernant la capture, la recherche, le partage, le stockage, l'analyse et la présentation des données. Ainsi est né le « Big Data ». Il s'agit d'un concept permettant de stocker un nombre indicible d'informations sur une base numérique.

Les membres de l'UIT ont approuvé la première norme UIT sur les "Big Data" ou mégadonnées. Cette norme internationale décrit en détail les exigences, capacités et cas d'utilisation des mégadonnées basées dans le nuage, ainsi qu'une vue générale du 'contexte de système' et ses relations avec d'autres entités. Le modèle de mégadonnées offre une solution efficace et modulable permettant de traiter des volumes croissants de données et de mettre en lumière des schémas ou d'autres informations capables de gérer et de rentabiliser ces données.

Grâce aux progrès des technologies de l'information et de la communication (TIC), d'énormes volumes de données sont générés, transmis et stockés, et cette croissance exponentielle ne cesse de s'accélérer. Les ensembles de données sont devenus tellement vastes et complexes et produits à une telle vitesse, que les méthodes traditionnelles de traitement des données s'avèrent insuffisantes. L'enjeu actuel – d'importance – est de parvenir à analyser efficacement ces données dans les délais requis, ce à quoi s'emploiera le secteur des TIC à l'aide des technologies de mégadonnées[38].

Il importe de préciser que l'Algérie a promulgué une loi relative à la protection des personnes physiques dans le traitement des données à caractère personnel en 2018[39]. Une autorité nationale a été créée auprès du Président de la République, ayant la qualité d'autorité administrative indépendante, dont l'une des missions est de veiller à ce que le traitement des données à caractère personnel soit mis en œuvre conformément aux dispositions de la loi.
Bien que cette loi soit bénéfique au point de vue de la protection de la donnée personnelle[40], il n'en demeure pas moins que le Big Data ne s'intéresse pas uniquement à la donnée personnelle mais à toutes les données confondues qui transitent sur les réseaux.

4.3 - L'internet des objets (Internet of Things (IoT))

L'internet des objets (IoT) est une « infrastructure mondiale pour la société de l'information, qui permet de disposer de services évolués et interconnectant des objets (physiques ou virtuels) grâce aux technologies de l'information et de la communication interopérables existantes ou en évolution»[41].

L'Internet des objets (IoT) peut être considéré comme un concept ambitieux ayant des répercussions sur les technologies de la société. En exploitant les capacités d'identification, de

saisie de données, de traitement et de communication, l'IoT tire pleinement parti des objets pour offrir des services à toutes sortes d'applications, tout en garantissant le respect des exigences de sécurité et de confidentialité.

Il convient de préciser qu'aucune réglementation n'a encore vu le jour en Algérie à ce sujet.
Pour ce qui est des autres pays nous citerons, ce qui suit :

Les États-Unis ont toujours hésité à imposer des règles aux entreprises, en particulier dans le secteur de la technologie et notamment pour ce qui est des IOT qui évoluent relativement plus vite dans l'espace et dans le temps et pour certains il est impossible de voir exister une réglementation qui évolue en parallèle avec la technologie des IOT.

Le Congrès Américain a présenté plusieurs projets de loi sur la protection de la vie privée, exemple le projet loi sur la sécurisation de l'IOT de 2017 ; mais aucun d'eux n'a franchi les étapes préliminaires du processus législatif. La partie la plus active du gouvernement sur cette question a été toujours la Commission Fédérale du Commerce, qui a publié des lignes directrices et les meilleures pratiques en matière de sécurité de l'Internet des objets. Mais son champ d'application a toujours été limité et sa réglementation est centrée sur les pratiques du commerce équitable[42].

L'Union européenne s'intéresse, d'un point de vue réglementaire, peu à l'objet connecté lui-même et préfère concentrer sa réflexion sur les données. La croissance exponentielle des données générées par l'essor de l'IOT a incité les autorités européennes à adapter la législation. Ainsi, le Parlement européen a adopté de nouvelles dispositions concernant la protection des données, prévoyant le principe de loyauté dans la collecte des données via des objets connectés, cette collecte doit être proportionnée et pertinente par rapport à l'objectif poursuivi. Seules les données nécessaires à l'usage requis peuvent être exigées, Cela signifie notamment qu'il est interdit de collecter des données à l'insu du consommateur, et de les utiliser à d'autres fins que celles annoncées. Une fois l'objectif de la collecte réalisé, les données personnelles doivent être supprimées[43].

En Tunisie, dans le cadre de la mise en œuvre du plan national stratégique et le programme de développement de la Tunisie numérique, le Ministère des Technologies de la Communication et de l'Economie Numérique a octroyé des licences d'établissement et d'exploitation de réseau pour objets connectés à 29 entreprises, aux termes d'un appel d'offres lancé le 14 février 2017 et ce afin de leur permettre d'exploiter les bandes de fréquences 863-870 MHz , il a également attribué 9 autres licences en 2018[44].

Conclusion

Aujourd'hui la société connectée intelligente place les pays en général et les régulateurs en particulier au centre d'un environnement réseau complexe- à l'échelle locale ; comme mondiale- où la collaboration entre les secteurs est un facteur clé pour la réussite des sociétés connectées intelligentes.

A l'ère de la convergence numérique, les organismes de réglementation sont confrontés à de nouveaux produits, services, acteurs, modèles commerciaux, préférences des utilisateurs et outils tarifaires. Les outils réglementaires traditionnels ne sont plus efficaces et il est de plus en plus difficile d'équilibrer les paysages concurrentiels.

Il ressort en outre, des éléments présentés que les pays ne peuvent faire face seuls à ce bouleversement technologique qui dépasse leurs frontières et doivent par conséquent se reposer sur l'expertise internationale et par conséquent sur des Recommandations basées sur des recherches approfondies. Il convient de remarquer que ces Recommandation tendent vers l'harmonisation de la réglementation internationale.

Il est également essentiel de préciser que l'UIT ne peut imposer aux pays d'ouvrir un marché pour une quelconque technologie ou service. Toutefois, si un pays décide de le faire il devra prendre en considération les différentes recommandations de l'UIT, exemple : l'UIT ne peut imposer à un pays de vendre des licences de téléphonie mobile de 5ème génération. Toutefois, si un pays décide de le faire il devra par exemple mettre à la disposition des opérateurs intéressés une bande fréquences adéquate arrêtée par l'UIT, si toutefois le pays en question n'a émis aucune réserve sur la question.

Nous pouvons donc conclure cette présentation axée sur l'influence des organismes internationaux sur le cadre juridique des pays, que l'Algérie à l'instar des autres pays, est tenue légalement de suivre les recommandations de l'UIT et se base largement sur ces Recommandations pour la mise en place de ses textes en matière de communications électroniques.

Renvois :

1- voir : Autorité de régulation de la poste et des communications électroniques, rapport annuel de 2001, p. 27 , https://www.arpce.dz/ar/file/a9i1l3
2- L'Algérie a ratifié la convention internationale des télécommunications, signée à Montreux le 12 novembre 1965 par l'ordonnance n° 68-81du 16 avril 1968 portant ratification de la convention internationale des télécommunications, JORA 1968 n° 38.
3 - Article 6 de loi n°2000-03 du 5 Joumada El Oula 1421 correspondant au 5 août 2000, modifiée et complétée, fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, JORA, 2000 n° 48 et l'article 6 de la loi n° 18-04 du 24 Chaâbane 1439 correspondant au 10 mai 2018 fixant les règles générales relatives à la poste et aux communications électroniques, JORA 2018 n° 27.
4 -avec une majuscule afin de faire le distinguo avec le sens commun du mot « recommandations ».
5 - La Constitution et la Convention ainsi que leurs annexes respectives, sont celles adoptées à la Conférence de plénipotentiaires additionnelle (Genève, 1992) avec les amendements adoptés par les Conférences de plénipotentiaires (Kyoto, 1994, Minneapolis, 1998, Marrakech, 2002 et Antalya, 2006). La constitution est disponible sur le lien suivant : https://www.itu.int/en/council/Documents/basic-texts/Constitution-F.pdf.
6 - Article 10 point 4 de la loi 18-04.
7- Union internationale des télécommunications, Règlement de radiocommunication, édition 2016.
8- Numéro195 de la constitution de l'union internationale des télécommunications (Genève 1992)
9 - L'Algérie fait partie de région 1 – Etats arabes (Date d'entrée de l'Algérie à l'UIT le 1965/5/3).
10 - Aux termes de l'article 10 point 35 de la loi 18-04, le plan national des fréquences est un : « document de référence de base pour l'attribution du spectre des fréquences au niveau national. Il fournit une description du découpage du spectre entre les différentes catégories d'utilisateurs ».
11 - Voir Article 100 al.5 de la loi 18-04.
12- Recommandation UIT-R SM.1603-2 (08/2014), UIT-R secteur des radiocommunications, Redéploiement du spectre en tant que méthode de gestion nationale du spectre, Série SM Gestion du spectre.
13 - Extrait de la résolution Recommandation UIT-R SM.1603-2 (08/2014) , page 9 « Le spectre des fréquences radioélectriques est une ressource qui appartient aux pays et non aux différents groupes de ses utilisateurs. Le versement de compensations ne devrait pas être un fait acquis; toutefois, si paiement il doit y avoir, il est recommandé que les administrations disposent des politiques appropriées, fixant des limites aux compensations et au jeu de la concurrence, qui soient conformes à leur législation nationale et aux dispositions énoncées par des organisations internationales comme l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). »

14 - Extrait de la résolution Recommandation UIT-R SM.1603-2 (08/2014) , page 10 « Il s'agit pour le nouvel utilisateur ou les nouveaux utilisateurs de compenser les utilisateurs existants pour accepter de libérer au plus tôt une bande de fréquences. Cette solution présente un double avantage : l'administration n'a pas à financer une éventuelle compensation, et, si l'opération est bien menée, le spectre est libéré uniquement lorsque le nouvel utilisateur en a besoin. Toutefois, elle peut présenter également plusieurs inconvénients: les nouveaux utilisateurs risquent d'avoir à payer plus, ou moins, que la valeur du marché du spectre ou de l'équipement/infrastructure »

15 - Extrait de la résolution Recommandation UIT-R SM.1603-2 (08/2014) , page 10 « Certains pays ont lancé l'idée d'un fonds de redéploiement pour compenser les utilisateurs du spectre qui auront eu à libérer leur bande de fréquences. Elle offre un certain nombre de possibilités de mise en œuvre du redéploiement dans un délai plus court que d'attendre l'expiration d'une licence (...) Il est donc nécessaire de déterminer avec clarté les conditions dans lesquelles une compensation pourra être versée et d'établir un mécanisme transparent qui puisse servir à fixer le niveau de la compensation ».

16 - Loi n° 17-11 du 8 Rabie Ethani 1439 correspondant au 27 décembre 2017 portant loi de finances pour 2018, JORA 2017 n° 76.

17 - Décret exécutif n° 18-103 du 11 Rajab 1439 correspondant au 29 mars 2018 fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale n° 302-128 intitulé « Fonds d'appropriation des usages et de développement des technologies de l'information et de la communication et du réaménagement du spectre des fréquences radioélectriques ». JORA 2018 n°20.

18 - Recommandation UIT-R F.1244, Réseaux locaux hertziens (RLAN), ANNEXE 1, 1997, p.2.

19 - Tableau 3 de la recommandation UIT-R f.1244, op.cit., p 6.

20 - Décision n° 16/SP/PC/ARPT/05 du 16 juillet 2005 relative à l'assignation des canaux de fréquences aux réseaux locaux radioélectriques (RLAN) dans la bande des 5GHz.

21 - Recommandation UIT-R M.1651 (2003), secteur des radiocommunications, Méthodes d'évaluation des besoins en spectre des systèmes d'accès hertzien nomade à large bande dont les réseaux locaux radioélectriques, exploités dans la bande des 5GHz.

22- Recommandation UIT-R M.1450-5 (02/2014), Secteur des radiocommunications, Caractéristiques des réseaux locaux hertziens à large bande, Série M services mobile, de radiorepérage et d'amateur y compris les services par satellite associés.

23 - Décision de la CAF N° 15-03 relative à l'utilisation des bandes 5150-5350 Mhz et 5470-5670 Mhz par les réseaux radioélectriques (RLAN).

24- Recommandation UIT-R M.1450-5 (02/2014), Secteur des Radiocommunications, caractéristiques des réseaux locaux hertziens à large bande, Série M, services mobiles, de radiorepérage et d'amateur y compris les services par satellite associés.

25 - Décision n°5/SP/PC/ARPT/2016 du 03 avril 2016, portant cahier des charges définissant les conditions d'établissement et d'exploitation de services de fourniture d'accès à internet, modifiée et complétée par la Décision N° 10/SP/PC/ARPT/2017 du 22 février 2017 modifiant

et complétant l'article 2 de la décision n°51/SP/PC/ARPT/2016 du03/04/2016 portant cahier des charges définissant les conditions et les modalités d'établissement et d'exploitation de services de fourniture d'accès à internet.

26 - Recommandation UIT-T E.129 (09.2002), secteur de la normalisation des télécommunications, Série E : exploitation générale du réseau, service téléphonique, exploitation des services et facteur humains, Exploitation des relations internationales – Dispositions de caractère général concernant les usagers, Présentation des plans de numérotage nationaux.

27 - Recommandation UIT-T E.164 (02/2005), secteur de la normalisation des télécommunications, Série E : exploitation générale du réseau, service téléphonique, exploitation des services et facteurs humains, Exploitation des relations internationales- Plan de numérotage du service téléphonique international, Plan de numérotage des télécommunications publiques internationales.

28 - identité internationale d'abonnement mobile (IMSI International mobile suscription Identity) : chaine d'une longueur maximale de 15 chiffres identifiant un abonnement unique.

29 - Recommandation E.212 (05/2008), UIT-T Secteur de la normalisation des télécommunications, Série E : exploitation générale du réseau, service téléphonique, exploitation des services et facteurs humains, Exploitation des relations internationales- service mobile maritime et service mobile terrestre public, Plan d'identification international pour les réseaux publics et les abonnements, p 10.

30 -Autorité de régulation de la poste et des communications électroniques, https://www.arpce.dz/fr/doc/gd/num/New_%20plan_num_FR.pdf, consulté le 01 avril 2020.

31 - Recommandation UIT-T D.53 (10/2016), Secteur de la normalisation des télécommunications, Série D, Principes de tarifications et de comptabilité et questions de politiques générales et d'économie relatives aux télécommunications internationales/TIC, Principes généraux de tarifications – principes applicables à l'infrastructure GII-Internet, Aspects internationaux du service universel.

32 - Voir Nourredine BERRI, Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, thèse de Doctorat, Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou, 2014, p. 182.

33 - Décret exécutif n° 03-232 du 23 rabie ethani 1424 correspondant au 24 juin 2003 déterminant le contenu du service universel de la poste et des télécommunications, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, JORA n° 39 du 29 juin 2003.

34 - Arrêté du 3 JORA Jumada Etania 1436 correspondant au 24 mars 2015 fixant la date de lancement de l'appel à la concurrence pour la fourniture du service universel des télécommunications. JORA n° 14 du 25 mars 2015.

35 - Article 3 du Décret exécutif n° 18-247 du 29 Moharram 1440 correspondant au 9 octobre 2018 fixant les modalités de gestion du fonds d'appui du service universel de la poste et du service universel des communications électroniques. JORA n° 60 du 10 octobre 2018.

36 - article 17 du Décret exécutif n° 18-247.

37 - Recommandation UIT-R M.2083-0 (09/2015), secteur des radiocommunications de l'UIT, Vision pour les IMT- Cadre et objectifs généraux du développement futur des IMT à

l'horizon 2020 et au-delà. Série M : services mobile, de radiorepérage et d'amateur y compris les services par satellite associés.

38 - Recommandation UIT-T Y.3600 (11/2015), Exigences et capacités des mégadonnées fondées sur l'informatique en nuage" a été élaborée par la Commission d'études 13 de l'UIT-T.

39 - Loi n° 18-07 du 25 Ramadhan 1439 correspondant au 10 juin 2018 relative à la protection des personnes physiques dans le traitement des données à caractère personnel. JORA 2018 n° 34.

40 - Les données à caractère personnel sont définies à l'article 3 de la loi 18-07 comme étant : « toute information, quel qu'en soit son support, concernant une personne identifiée ou identifiable, ci-dessous dénommée « personne concernée », d'une manière directe ou indirecte, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques de son identité physique, physiologique, génétique, biométrique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

41 - Recommandation Y.2060 (06/2012) , UIT-T Secteur de la normalisation des télécommunications, Série Y : Infrastructure mondiale de l'information, protocole internet et réseaux de prochaine génération, Réseaux de prochaine génération- Cadre général et modèles architecturaux fonctionnels, Présentation générale de l'internet des objet, p .7.

42 - LTE Magazine, http://lte.ma/faut-il-reglementer-linternet-des-objets, consulté le 1er avril 2020.

43- Site internet Futuribles, https://www.futuribles.com/fr/groupes/iot-2025/document/quelle-reglementation-pour-liot/. consulté le 1er avril 2020.

44- https://www.africalogisticsmagazine.com/?q=fr/content/tunisie-9-operateurs-de-reseau-pour-objets-connectes, AFRICA LOGISTICS MAGAZINE, consulté le 1er avril2020.