

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي



Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الرابع - العدد 33 - مايو 2019





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المشرفة العامة ومديرة التحرير: سرور طالبى



التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

أسرة التحرير:

- أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الاول وجدة (المغرب)
د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)
د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)
د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)
د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)
د. عبد الناصر أبوسمهدة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)
د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت / الجزائر).
د. محمد حسام عبدالقواب عبدالمجيد، (جامعة بني سويف - مصر)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. حورية سويقي (المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، الجزائر)
د. عبداللاوي خديجة (المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، الجزائر)
د. محمد بوطوبة (المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، الجزائر)
د. نجم عبود مهدي (جامعة ظفار، سلطنة عمان)

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث بالباعت مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • ضوابط إمتلاك تكنولوجيا القدرة النووية في مقابل دوافع القوة وفقاً للقانون الدولي، جمال عبده عبد العزيز، الكلية التكنولوجية بوسط الوادي - مصر.
- 37 • وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني كبديل للحبس قصير المدة، محمد شتيه، جامعة الاستقلال - فلسطين.
- 53 • السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، سلطان عمار، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1 - الجزائر
- 81 • تسليم البضائع في عقد النقل البحري، شهاب عينونة، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، الجزائر.
- 99 • عقود العمل محددة المدة على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، بلعبدون عواد، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضله تتم الصالحات

إخترنا لكم في العدد الثالث والثلاثون من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعتمنة مجموعة من الأبحاث والمقالات التي تناولت مواضيع شائكة مرتبطة بواقع الكيل بالمكيالين في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي على إسرائيل والقوى العظمى، وأخرى عالجت إشكاليات هامة في التشريعات الجنائية الفلسطينية أو في القوانين الجزائرية المختلفة.

فلقد تناول البحث المعمق لهذا العدد ضوابط وقيود إمتلاك تكنولوجيا القدرة النووية في مقابل دوافع القوة وفقاً للقانون الدولي، موضحة الفرق بين استعمال الطاقة في إنتاج الأسلحة النووية الفتاكة، وبين استعمالها للأغراض السلمية، متوقفاً عند إمتلاك وحياسة كل من إسرائيل وإيران للسلح النووي.

أما المقال الثاني فلقد عالج إحدى وسائل التفريد القضائي للعقوبة، من خلال تنوال ماهية وشروط وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني ومدى انسجامه مع السياسات العقابية المعاصرة التي تكافح الظاهرة الإجرامية وفقاً لسياسة الترغيب والآثار القانونية المترتبة على ذلك.

لينتقل المقال الثالث، لتوضيح المبررات التي دفعت بالمشرع الجزائري إلى ضبط النشاط الاقتصادي في مختلف قطاعاته وتنظيم السوق وضبط منازعاته من خلال سلطات إدارية مستقلة.

كما تناول المقال الرابع كل الجوانب المتعلقة بتسليم البضائع في عقد النقل البحري، فحين سلط المقال الأخير الضوء على الغموض الذي يشوب النصوص والأحكام القانونية المنظمة لعقود العمل في التشريع الجزائري ودور الاجتهاد القضائي في تفسيرها أو سد الفراغ التشريعي الكبير في هذا المجال.

نتمنى أن نكون قد وفقنا في اختيار مواضيع هذا العدد مرشحين بكل اقتراح أو مساهمة في الأعداد المقبلة.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي / المشرفة العامة ومديرة التحرير

ضوابط إمتلاك تكنولوجيا القدرة النووية في مقابل دوافع القوة وفقاً للقانون الدولي
Regulations of Acquisition Nuclear Ability Technology against the Motives of Power
according to International law

دكتور جمال عبده عبد العزيز ، مدرس القانون بالمعهد الفني التجاري بسيوط

الكلية التكنولوجية بوسط الوادي - وزارة التعليم العالي - مصر

Abdelaziz, Jamal, Abdou, Commercial Technical apud Institutum Assiut

Collegium inventis technicis dives in media valle, Ministry de Superius Educationis-

Abstract:

The study deals with the right to possess nuclear ability technology in exchange for power. The applications of nuclear energy and its technologies provide two main areas. First, the use of this energy in the production of deadly nuclear weapons, and secondly, the use of this energy for the peaceful purposes of energy production contributing to development. This is the problem, which the study examines and reaches recommendations. The problem arises through the ability to possess and use nuclear energy for peaceful purposes, while the power comes in the possession of military applications of nuclear energy. The first one is a legitimate and an available ability encouraged and sponsored in internationally but the second is banned under international law. This study explains the possession of nuclear weapons by Israel and Iran. It explains the state of turmoil and instability in Middle East. The possession of nuclear energy has limitations, regulations and conditions that must be followed to stay within the scope of the ability not to transform them into power.

Key words: Regulations - ability - power - nuclear - international law - possession - Israel - Iran

ملخص :

تتناول الدراسة حق امتلاك تكنولوجيا القدرة النووية في مقابل القدرة، ذلك أن تطبيقات الطاقة النووية وتقنياتها تتيح مجالين رئيسيين؛ أولهما استعمال تلك الطاقة في إنتاج الأسلحة النووية الفتاكة، وثانيهما استعمال تلك الطاقة في الأغراض السلمية لإنتاج الطاقة المساهمة في التنمية، ومن هنا وجدت الإشكالية التي تحاول هذه الدراسة أن تبحث فيها وأن تصل منها إلى توصيات، ذلك أن الإشكالية تبرز من خلال أن القدرة مجال امتلاك الطاقة النووية واستعمالها للأغراض السلمية، في حين تأتي القوة في جانب امتلاك تطبيقات عسكرية للطاقة النووية، فالأولى مشروعة متاحة تجد ما يشجعها ويرعاها على مستوى المجتمع الدولي، في حين الثانية محظورة وفقا للقانون الدولي وهو ما نحاول توضيحه من إمتلاك وحيازة إسرائيل وإيران للسلاح النووي ، ما تعيشه منطقة الشرق الأوسط من حالة الاضطراب وعدم الاستقرار، فإن لإمتلاك الطاقة النووية قيود وضوابط وشروط لا بد من اتباعها للبقاء في نطاق القدرة، وعدم التحول منها إلى نطاق القوة.

الكلمات الدالة: ضوابط- القدرة- القوة- النووية- القانون الدولي- إمتلاك- إسرائيل- إيران

المبحث التمهيدي

الإطار المنهجي للدراسة

أولاً: مقدمة الدراسة:

تتميز العلاقات الدولية في الوقت الراهن بالتعقيد والترابط الناتج عن التطورات الكبيرة والسريعة التي يشهدها النظام السياسي الدولي منذ نهاية الحرب العالمية الأولى وحتى الآن، وكان أهم هذه التطورات هو التقدم الهائل في التكنولوجيا العسكرية والمتمثل في ظهور الأسلحة النووية ويعتبر امتلاك الأسلحة النووية في القرن الحادي والعشرين من المحددات الأساسية للمكانة الدولية⁽¹⁾. مما لا شك فيه أن امتلاك الدول للقوة النووية من أهم الخصائص الدالة على التفوق العسكري والاقتصادي، ومن الواضح أن هذه الأسلحة لها دور كبير في استراتيجية الردع حيث أنها تمنع الحروب المباشرة بين القوى الكبرى وهو ما تجلى أثناء الحرب الباردة. ويمكن أن يكون الخلاف على كشمير هو ما دفع باكستان كذلك لامتلاك السلاح النووي من أجل موازنة الردع مع

1 - إشراف د/ البصراقي، محمد نور، إعداد مجموعة من الباحثين،:القدرة النووية وتأثيرها على عملية صنع القرار في السياسة الخارجية:دراسة حالة"إيران-إسرائيل"، المركز الديمقراطي العربي، 14. يونيو 2017

الهند الممتلكة أيضاً للسلح النووي⁽¹⁾ وبالنظر إلى إسرائيل فقد يكون امتلاكها للسلح النووي نابغاً من كونها دولة لديها طموحات غير مشروعة في السيطرة على مناطق واسعة في منطقة الشرق الأوسط. وبالنسبة لإيران فالعالم الغربي يظن أن إيران تسعى جاهدةً لامتلاك السلح النووي لأسباب عدة، منها مثلاً: ردع إسرائيل أو تحرير فلسطين أو موازنة القوة مع أمريكا، ويمكن أن يكون لإيران طموحات كي تصبح قوة إقليمية لردع دول الخليج من التفكير في مواجهتها عسكرياً وفرض سيطرتها وهيمنتها على منطقة الخليج بأكملها خاصة بعد الحرب العراقية الإيرانية⁽²⁾ ولذا سوف يتم في هذه الدراسة مناقشة مدى فاعلية وتأثير امتلاك الدول للقدرة النووية على المجتمع الدولي . يصدق القول في هذا المجال أن جدلية العلاقة بين امتلاك الطاقة النووية للاغراض السلمية، وبين تطور ذلك الى انتاج الاسلحة النووية يأتي من جدلية العلاقة بين القوة والقدرة، فان كانت القوة النووية للاغراض العسكرية قد اقتصرت على أعضاء النادي النووي بتوقيع معاهدة حظر الأسلحة النووية، فان القدرة أمر آخر، فهي حق بموجب نصوص المعاهدة ذاتها، حق ثابت لكافة الدول الأطراف بلا تمييز، وهي التزام على عاتق الدول صاحب القوة النووية، ومالكة التقنيات النووية، التزام مكرس لمصلحة الدول الأخرى الأطراف كما تقدم، فإمتلاك التقنية النووية للاغراض السلمية شيء، وتطوير وانتاج الاسلحة النووية شيء آخر.

ثانياً: إشكالية وتساؤلات الدراسة:

تحتل قضية حيازة وانتشار الأسلحة النووية بؤرة الاهتمام العالمي لارتباطهم الوثيق بالأمن والسلم الدوليين، وقد احتلت هذه القضية اهتمام العالم بشكل غير مسبوق مع بداية القرن الحادي والعشرين وتحديدأ بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001م. فقيام بعض الدول بامتلاك القدرة النووية قد أثر على المتغيرات الإقليمية والدولية في سياسات بعض الدول، وجعلت متخذي القرارات السياسية يهتمون بالتخطيط لمواجهة التطورات في المستقبل. ومن إشكاليات الدراسة ما تعيشه منطقة الشرق الأوسط من حالة الاضطراب بسبب حيازة إسرائيل وإيران للسلح النووي، فإيران لم تعترف بقيام دولة إسرائيل وفي المقابل ترى خطورة امتلاك إيران للسلح النووي في المنطقة مما يؤثر على أمن واستقرارها من وجهة نظرها⁽³⁾ ومما لا شك فيه إن قيام الدولتين بمواجهة الدول الأخرى في امتلاك القدرة النووية والدخول في سباق التسلح النووي قد أثر سلباً على أمن واستقرار منطقة الشرق الأوسط. وتكمن الاشكالية في هذه الدراسة في ثنائية الاستخدام والتطبيق

1 - فلاح، سعد مجيل ، البرنامج النووي الإيراني وأثره على توجهات السياسة الخارجية الكويتية 2003-2012م، رسالة ماجستير، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة الشرق الأوسط، 2013م.

2 - عبد الهادي رائد حسين ، البرنامج النووي الإيراني وانعكاساته علي الامن القومي الإسرائيلي 1979-2010م، رسالة ماجستير، كلية الآداب والعلوم السياسية، جامعة الأزهر، غزة، 2011م.

3 - مجلة السياسة الدولية، جمال الدين هبة ، إسرائيل والدور الإيراني بعد الاتفاق النووي، العدد 202، متاح علي

المتعلقين بالطاقة النووية، ذلك أن تقنيات تكنولوجيا الطاقة النووية هي ذاتها، ولكن الاختلاف في التطبيقات، فحيث تكون تلك التطبيقات سلمية، ومنها إنتاج الطاقة لتوليد الكهرباء مثلاً، فهي تطبيقات مشروعة، وحيث تكون تلك التطبيقات عسكرية كإنتاج الاسلحة النووية، فهي تطبيقات غير مشروعة. ولهذا تثار تساؤلات إنطلاقاً من هذه الاشكالية؛ حول مايلي:

1- ما هي أهداف سعي الدول لإمتلاك السلاح النووي؟

2- ما هي المخاطر الناتجة عن إمتلاك الدول للسلاح النووي؟

3- كيف يمكن الموازنة بين القدرة والقوة؟ وما هي حدود التفرقة بينهما؟ في ضوء إشكالية العلاقة بين القدرة والقوة؟ وهو ما سوف نتناوله بالشرح والتوضيح في الموضوع محل الدراسة والتي هي تحت عنوان "ضوابط إمتلاك تكنولوجيا القدرة النووية في مقابل دوافع القوة وفقاً للقانون الدولي"

ثالثاً: أهمية الدراسة:

تنبع أهمية الدراسة من أهمية القدرة النووية للدول مع بيان ازدواجية المعايير في التعامل مع الملف النووي الإيراني والإسرائيلي، و الدراسة لها جانبين: الجانب الأول: الأهمية العلمية أو النظرية، والتي تنصب أساساً على الجهود والجهود العلمي أو النظري للدراسة، حيث أن الدراسة تحلل الاتجاهات العلمية حول دور القدرة النووية وتأثيرها على السلم والأمن الدوليين . و الجانب الثاني: الأهمية العملية أو التطبيقية، هي محاولة استخلاص الدروس المستفادة من دور وتأثير القدرة النووية على المجتمع الدولي، وذلك بدراسة حالي "إيران وإسرائيل". وعلى ذلك، كانت الطاقة النووية تدور في كل حال بين القوة والقدرة، فإذا كانت القوة محظورة، بمعنى أنه لا يجوز لأي دولة أن تلجأ الى تقنيات الطاقة النووية لإنتاج أي من الاسلحة النووية المتعلقة بها، فإن مسألة القدرة على استخدام التقنية النووية لإنتاج الطاقة أمر متاح، شريطة الالتزام بضمانات ذلك من حيث بيئة إنتاج أي مفاعلات نووية منشأة وفقاً للمعايير الدولية، ونظام للتخلص من النفايات المشعة، ومن هنا تأتي أهمية الدراسة في محاولة لرسم أطر مشروعية القدرة على حساب القوة المحظورة وفقاً للقانون الدولي. في هذه الدراسة كان الحديث في حق امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة، ذلك أن تطبيقات الطاقة النووية وتقنياتها تتيح مجالين رئيسيين؛ أولهما استعمال تلك الطاقة في إنتاج الاسلحة النووية الفتاكة، وثانيهما استعمال تلك الطاقة في الأغراض السلمية لإنتاج الطاقة المساهمة في التنمية، ومن هنا وجدت الاشكالية التي تحاول هذه الدراسة أن تبحث فيها وأن تصل منها الى توصيات، ذلك أن الإشكالية تبرز من خلال أن القدرة في مجال امتلاك الطاقة النووية واستعمالها لأغراض السلمية، في حين تأتي القوة في جانب امتلاك تطبيقات عسكرية للطاقة النووية، فالأولى مشروعة متاحة تجد ما يشجعها ويرعاها على مستوى المجتمع الدولي، في حين الثانية محظورة، ومسألة التمييز بينهما ووضع حد فاصل بين القوة والقدرة أمر صعب ودقيق، فكان

التفريق بينهما، وضبط كل منهما ما أثار الإشكالية التي تهدف هذه الدراسة الى حلها، وتبين طرق ووسائل وضوابط ذلك كله. وعلى ذلك فإن القدرة مشروعة باعتبارها تأتي لجهة التطبيقات السلمية المتاحة للطاقة النووية، في حين أن القوة غير ذلك فهي مجال محظور في القانون الدولي، وبين المجالين قيود وضوابط وشروط لا بد من اتباعها للبقاء في نطاق القدرة، وعدم التحول منها الى نطاق القوة.

رابعاً: أهداف الدراسة:

أصبح السلاح النووي منذ ظهوره عاملاً رئيسياً في رسم معالم النظام الدولي وكان أهم مقياس في تحديد قوة الدولة وسرعان ما تحول إلى أداة سياسية في منظومة العلاقات الدولية، وأصبحت كل دولة تسعى إلى اكتسابه من أجل فرض حضورها على الساحة الدولية. لذلك بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية سعت كلاً من الكتلتين الشرقية والغربية إلى حيازة السلاح النووي وذلك لأن وسائل الردع التقليدي لم تعد كافية لضمان عنصر القوة والأمن والاستقرار سواء على الصعيد الإقليمي أو العالمي⁽¹⁾ وتأتي دراسة وإشكالية العلاقة بين "القدرة والقوة النووية" وذلك لبيان الأهداف الآتية .

- 1- دراسة ومعرفة الانتشار النووي والمخاطر الناتجة عنه.
- 2- التعرف على أهداف سعى الدول لامتلاك السلاح النووي.
- 3- توضيح بعض السيناريوهات حول مستقبل القدرة النووية.
- 4- التوازن بين حق إمتلاك تكنولوجيا القدرة النووية في مقابل عدم التلويح باستخدام القوة.

خامساً: منهجية الدراسة:

تنفيذاً لأهداف الدراسة، وخدمة للغاية منها المنصرمة الى حل الإشكالية التي تثيرها، فقد إختار الباحث لهذه الدراسة منهجاً تحليلياً يبني على النصوص التعاهدية ذات العلاقة، ثم منهج استقرائي لطبيعة التعاملات الدولية مع الطاقة النووية، في جوانبها السلمية من جهة، وفي جوانبها العسكرية من جهة أخرى، كل ذلك بغية إيضاح المتاح المشروع من غيره في سبيل التمتع بطاقة نووية سلمية تخدم مختلف أوجه التنمية الوطنية، وفي ضوء إشكالية وجدلية العلاقة بين القدرة والقوة النووية.

1 - الجندي، غسان ، الوضعية القانونية للأسلحة النووية، الأردن: دار وائل للنشر، عام 2000م، ص 21

المبحث الاول

الوضعية القانونية لتكنولوجيا الأسلحة النووية وفقا للقانون الدولي

على الرغم من مشروعية امتلاك الطاقة النووية واستخدامها في الأغراض السلمية في مجالات التنمية والتطوير؛ إلا أن انفجار الأسلحة النووية له آثاراً تدميرية تضر بالبيئة وتدمرها سواء في الوقت الحاضر أو المستقبل، حيث أنه لا يوجد ضمان لعدم استخدام الطاقة النووية في الأغراض والمجالات العسكرية. فقد كان أول استخدام للطاقة النووية كوسيلة للدفاع وكانت لها آثار بارزة وواضحة خلال الحرب العالمية الثانية، هذا أدى إلى زيادة انتشار الأسلحة النووية وبالتالي زيادة القلق الدولي، الأمر الذي أدى إلى تهديد الأمن والسلم الدوليين والخوف من نشوب حرب نووية⁽¹⁾، مازالت هناك دول تمتلك ترسانات نووية ضخمة. هذا الأمر الذي أدى إلى التصدي لمسألة انتشار الأسلحة النووية من خلال مجموعة من الاتفاقيات والقواعد القانونية و من أهمها معاهدة أو اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية لعام 1968⁽²⁾

المطلب الاول

مواجهة إشكالية إنتشار الأسلحة النووية وفقا للاتفاقيات والمعاهدات الدولية

1- تداعيات انتشار الأسلحة النووية: يمثل انتشار الأسلحة النووية تهديداً للأمن والسلم الدوليين، أيضاً يمثل تهديداً للبشرية بشكل كبير، والتي من الأسباب التي قد تؤدي إلى قيام حرب نووية سواء عن طريق العمد أو عن طريق الخطأ، هناك عدة مخاطر ناتجة من ذلك الانتشار النووي، فالأسلحة النووية لها خطورة جسيمة وكانت هناك عدة دول تستخدمها للتهديد وفرض سيطرتها في الحروب أو للدفاع عن نفسها، ولهذا أصبحت الأسلحة النووية أداة للدردع النووي، فقد تطورت الأسلحة النووية من حيث الكم ومن حيث القوة التدميرية ولعل ما حدث في اليابان " هيروشيما وناجازاكي " أكبر دليل على مخاطر السلاح النووي، فالأسلحة النووية نوعاً من ضمن أنواع أسلحة الدمار الشامل البالغة الخطورة.

6-David, H Stalin and the Bomb, The Soviet Union and Atomic Energy, 1939-1956, New Haven, Yale University Press, 1994, p55
7-K, Qasaymeh, The Effectiveness of South Africas Legislative Framework Governing Cybersecurity Dirasat, Sharia and Law Sciences,V43,supplement 2, 2016,p122 Nuclear Facilities,

2- التطور في الاستخدامات التكنولوجية ذات الأبعاد النووية:

يرى الخبراء أن الانتشار النووي يأخذ اتجاهين: الاتجاه الأول (أفقي): يقصد به نقل التكنولوجيا النووية من دول حائزة لها إلى دول متطلعة إليها وغالباً ما يتحقق ذلك سرّاً وعبر مسالك غير رسمية على نحو ما حدث من تقديم عالم الذرة الباكستاني (عبد القدير خان) تكنولوجيا نووية حساسة إلى كل من إيران وكوريا الشمالية⁽¹⁾الاتجاه الثاني (عمودي): يعني ذلك الارتقاء بمستوى القدرات النووية الموجودة لكي تصبح أكثر قوة وفعالية وقدرة على إصابة أهدافها، في ذلك نذكر سعي الولايات المتحدة الأمريكية إلى تصنيع صواريخ نووية صغيرة وقنابل مضادة، بالإضافة إلى مخاطر من احتمالية حصول الإرهابيين على الأسلحة النووية أو استخدامها ضد خصومهم⁽²⁾.

3 - الحد من الانتشار النووي:

نظراً لمخاطر السلاح النووي وانتشار الأسلحة النووية بصورة كبيرة؛ كانت هناك عدة محاولات للحد من الانتشار النووي، حققت الجهود الدولية نجاحاً في الحد من انتشار الأسلحة النووية في التسعينات، حيث نقص معدل الانتشار النووي ظاهرياً، وفي الحقيقة كانت هناك عدة أسباب دعت إلى الحد من الانتشار النووي، ألا وهي:

أ - توفير وتحقيق القوتين العظمتين "الولايات المتحدة الأمريكية، الاتحاد السوفيتي سابقاً" ضمانات أمنية لحلفائها، حيث أصبحت ألمانيا واليابان لا تحتاج إلى تطوير الأسلحة النووية في ظل حماية الولايات المتحدة الأمريكية النووية.

ب - أن الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي سابقاً لهما "نفس المصلحة" وهي إحكام السيطرة على الانتشار الأفقي، ذلك على الرغم من سباق التسلح والذي يعرف أحياناً بـ "الانتشار الرأسي".

ج - توقيع عدة دول على معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية عام 1968⁽³⁾.

8- Chen, K. Nuclear Decision Making In IRAN, Crown Center of Middle East Studies, May, no5, 2015, P2.

2 - ظاهر رانيا ، سياسات الانتشار النووي، دراسة في المحددات السياسية والأطر القانونية، تاريخ النشر 6 يوليو عام 2015 م.

10- IAEA Safely series no 50- SG-G9, Regulations and guides of nuclear power plants, p.3.4

المطلب الثاني

جهود المنظمات الدولية في مواجهة إشكالية إنتشار الأسلحة النووية

لقد أثارت المسألة النووية في الشرق الأوسط جدلاً واسعاً على المستوى الدولي نظراً للاختلاف الكبير في الآراء حول قضية نزع السلاح النووي وإخلاء المنطقة من هذه الأسلحة ، فالأخطار التي ترتبت على إدخال هذا النوع من الأسلحة إلى منطقة يسودها التوتر والصراعات المعقدة أصبحت تشكل تهديداً حرجاً على الأمن والاستقرار الإقليمي، خاصة بالنظر إلى السياسة المميزة والخاصة التي تنتهجها إسرائيل في إدارة شؤونها النووية التي تتميز بالسرية والغموض والتعتيم مما يزيد من تعاظم الأخطار والتهديدات مع تزايد قلق الدول المجاورة من الانعكاسات السلبية لتطور إنتشار مساءلة الأسلحة النووية.

الفرع الأول

جهود منظمة الأمم المتحدة

لقد أدرجت منظمة الأمم المتحدة في دورتها رقم 29 عام 1947م لأول مرة بنداً على جدول أعمالها يعالج هذه المسألة يحمل عنوان: "إنشاء منطقة خالية من الأسلحة النووية في الشرق الأوسط" وكان هذا البند بناء على طلب إيران بالدعوة إلى الحظر النهائي لصنع هذه الأسلحة واقتنائها وتجربتها ونقلها وتخزينها، وتم اعتماد هذا المقترح الإيراني كأول قرار أممي حول هذه القضية (القرار رقم 3263، الدورة 29 المؤرخ في ديسمبر عام 1974م) يدعو كل دول المنطقة إلى المشاركة في إخلائها من الأسلحة النووية والانضمام إلى معاهدة عدم الانتشار لما في ذلك من تعزيز للسلم والأمن، ومنذ هذا التاريخ أصبحت الجمعية العامة تدرج هذا الموضوع في جدول أعمالها وتتخذ قرارات بشأنه، وقد تبعه إصدار قرار مجلس الأمن رقم (487) عام 1981م الذي يلزم إسرائيل بإخضاع منشآتها النووية للرقابة الدولية، غير أن رفضها لذلك لم يدفع مجلس الأمن لاتخاذ الإجراءات المخولة له في إجبارها على ذلك بسبب الدعم الأمريكي لها وفي الدورة العادية رقم 40 عام 1985م إقترحت عشرون دولة معظمها من دول الشرق الأوسط مشروعاً يطالب بالتنفيذ الفوري للقرار رقم (487)، وضرورة التعامل الحاسم مع الرفض المتكرر لإسرائيل لإلزام نفسها بعدم صناعة أسلحة نووية ، وأكد المشروع على أنه حان الوقت لتدخل مجلس الأمن باتخاذ التدابير العاجلة والفعالة لإرغامها على ذلك ، وقد رافق هذا المشروع مذكرة للأمين العام للأمم المتحدة ، يوضح فيها الدلائل المتاحة حول الأنشطة النووية في إسرائيل وقدرتها على صنع هذه الأسلحة ، ويؤكد مدى القلق الذي تبديه المنظمة من هذه المسألة، وعلى الرغم من كل هذه القرارات

الصادرة عن مجلس الأمن إلا أن إسرائيل ظلت تتنكر وترفض كل قرار يتخذ ضدها، سواء إذا تعلق الأمر بأسلحتها النووية أو بما تقتضيه من جرائم ضد الشعب الفلسطيني، وهذا الموقف نابع من عدم اعترافها وعدم ثقتها في القانون الدولي من جهة، وإصرارها على مواصلة استخدام سياسة الغموض النووي لتحقيق أهدافها القومية الغير مشروعة من جهة أخرى⁽¹⁾

الفرع الثاني

جهود الوكالة الدولية للطاقة الذرية

أنشئت الوكالة الدولية للطاقة الذرية بناء على اقتراح تقدم به الرئيس الأمريكي "أيزنهاور" أثناء خطابه أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر عام 1953م والذي أوصى بضرورة أن تشترك حكومات الدول بالتبرع بجزء من مخزونها من اليورانيوم والمواد الانشطارية الأخرى، وأن تستمر في التبرع إلى وكالة وظيفتها الرئيسية إيجاد السبل التي تضمن استعمال المواد الانشطارية في الأغراض السلمية، من أجل إسعاد البشرية. وفي ديسمبر 1954م صدر قرار من الجمعية العامة بالإجماع بعنوان "الذرة من أجل السلام"، يقضى بإنشاء "الوكالة الدولية للطاقة الذرية"، وفي عام 1956م عُقد مؤتمر خاص لبحث النظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة الذرية، والذي وضع موضع التنفيذ في يوليو 1957م، وأصبحت الوكالة جهازاً قائماً معترفاً به بعد إيداع وثائق التصديق على ميثاقها من جانب 18 دولة، أهمها الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة وفرنسا وكندا ومن الدول التي رفضت التصديق كانت إسرائيل⁽²⁾، ولذا كانت أهداف الوكالة الدولية للطاقة الذرية.

1- العمل على استخدام الطاقة الذرية في الأغراض السلمية في المجالات الصحية والاقتصادية من أجل العالم وراحة الإنسانية.

2- التأكد من أن المساعدة التي تقدمها أو تنظمها أو تشرف عليها الوكالة لا تستغل في الأغراض العسكرية.

3- التعاون مع الوكالات المتخصصة المعنية من أجل وضع المعايير التي تكفل حماية الصحة العامة والحد من المخاطر المتعلقة سواء بالأرواح أو الممتلكات⁽³⁾.

11- David, H. Stalin and the Bomb, The Soviet Union and Atomic Energy, 1939-1956, New Haven, 1994. Yale University Press, P35

12 - محمود، أحمد إبراهيم ، مؤتمر منع الانتشار النووي: الإشكاليات والمواقف واحتمالات المستقبل، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، يوليو 1995م، ص 81

13 - محمود، أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص 87

المبحث الثاني

طبيعة الحق في امتلاك الطاقة النووية

امتلاك الطاقة النووية للأغراض السلمية هو في حقيقة الامر هو حق للدول، إلا أنه في الجهة المقابلة التزام، فكيف يكون حق والتزام في نفس الوقت؟

أولاً: هل إمتلاك الطاقة النووية حق؟

يرى الباحث في هذا الأمر أن تمتع الدول غير المالكة للطاقة النووية يحق لها الحصول على الطاقة النووية، وبالتالي إمتلاكها والتمتع بمزاياها في التنمية الشاملة. ولاكن ليس بالأمر السهل، ذلك أن الطاقة النووية تكنولوجيا معقدة وتحتاج الى وقت طويل ونفقات باهضة، ولهذا وجب التعاون كما تورد المعاهدة بين الدول المتقدمة مالكة هذه التكنولوجيا وغيرها من الدول الاطراف الراغبة بها، وأن هذا التعاون واجب والتزام كما نرى في وقت واحد على الدول المتقدمة في ذات المجال وليس بغير هذا يمكن التمتع بالحق وقد حدد قانون الطاقة النووي الأمريكي تسعة معايير لإبرام أي اتفاق للتعاون نووي مع أي دولة غير حائزة للأسلحة النووية، وتشمل هذه المعايير الضمانات على المواد والمعدات النووية المنقولة، وعدم استخدامها في أي جهاز تفجير نووي أو لأي أغراض عسكرية أخرى، مع بقاء الحق للولايات المتحدة الأمريكية في المطالبة بعودة المواد والمعدات النووية المنقولة، فضلا عن أي مواد نووية خاصة المنتجة من خلال استخدامها، إذا كانت الدولة تعاون مع غيرها في استعمال المواد والمعدات في غير الاغراض السلمية، بالاضافة الى حظر إعادة نقل أي بيانات سرية من دون موافقة الولايات المتحدة، والتزام بحفظ الأمن المادي للمواد النووية⁽¹⁾ ولذا فإن إمتلاك تكنولوجيا الطاقة النووية هو حق للدول.

ثانياً: هل إمتلاك تكنولوجيا الطاقة النووية التزام على الدول؟

إمتلاك تكنولوجيا الطاقة النووية للاغراض السلمية حق من جهة للدول غير المالك لهذه التقنية، وهو التزام من جهة أخرى على الدول الأخرى المالكة لتقنية الطاقة النووية وهذا الإلتزام في جوهره يتمثل في تزويد تلك الدولة بالتقنية النووية لتحقيق مضامين هذا الحق، وفي مدها بالأدوات والمواد اللازمة لإنشاء وتشبيد مفاعلات نووية تتيح التمتع بمزايا إنتاج الطاقة النووية. وفي قرار مجلس الامن رقم 2004/154: في نيسان 2004 تبنى مجلس الأمن القرار رقم 1540 الذي فرض التزامات على الدول تحت مظلة الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة يقضي بالتزامها بثلاث التزامات متعلقة باستخدام الطاقة النووية الاول منع الدعم لجهات

1 - الشمري، سعد حمود و الجاغوب، محاسن، الحق في امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد

46، العدد 2019، عام 2017 م، ص 499- 500.

غير حكومية تسعى للحصول على التكنولوجيا النووية والثاني تبني قوانين وطنية ناجعه تضمن عدم وصول المواد والمعدات النووية لجهات غير حكومية والثالث منع المساعدة في انتشار المواد والمعدات النووية لجهات غير حكومية⁽¹⁾ في هذا المحور والخاص بطبيعة الحق في امتلاك الطاقة النووية يثير الباحث مسألة تظهر في السؤال التالي: هل يمتد الحق في امتلاك الطاقة النووية للأغراض السلمية ليشمل الحق باجراء تجارب نووية وتطوير التكنولوجيا النووية؟ يرى أنه وخلال اعداد معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية كانت اميركا وبريطانيا قد توافقت على حصر الحق باجراء التجارب النووية على الدول النووية آنذاك فقط، وبالتالي منعت الدول غير النووية من هذا الحق، المادة الخامسة من المعاهدة تنص على أنه: تتعهد كل دولة من الدول الاطراف في المعاهدة باتخاذ التدابير المناسبة لتأمين تزويد الدول غير الحائزة للأسلحة النووية، التي تكون أطرافاً في هذه المعاهدة، بالفوائد التي يمكن جنبا من أية تطبيقات سلمية للتفجيرات النووية وذلك على أساس عدم التمييز، ووفقاً لاحكام هذه المعاهدة وفي ظل الرقابة الدولية المناسبة، عن طريق هيئة دولية مختصة يتوفر فيها التمثيل الكافي للدول غير الحائزة للأسلحة النووية⁽²⁾

ثالثاً: ماهي الضمانات لإستخدام تكنولوجيا الطاقة النووية؟

يصدق القول أن الإلتزام الدولي بتقديم المساعدة في إستخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية يجب أن يحاط هو الآخر بضمانات أتت لتكريس غاية معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية بالتوازي مع فتح الباب لتمتع الدول غير النووية بفوائد تقنية الطاقة النووية وإمتلاكها للأغراض السلمية⁽³⁾، وهي كما نرى فيما يلي:

1- أن لا يضر تقديم المساعدة بالجهود والوسائل الرامية الى الحد من إنتشار الأسلحة النووية.

2- وأن لا يحول إستخدام هذه الطاقة الى الأغراض العسكرية.

ففي قرار مجلس المحافظين بشأن ايران الصادر في 2005/9/24 ادانة لايران لمخالفتها التزاماتها بموجب المعاهدة وان برنامج ايران النووي يشكل خطر على السلام والأمن الدوليين ورأت فيه ايران انه قرار غير قانوني صادر حقها في المعاهدة وانه قرار سياسي محض، هذا القرار يجب أن يوضح من حيث أن السياسة الدولية للمجتمع الدولي قد تحول بين الدول وتمتعها بحقها بموجب نصوص المعاهدة لاعتبارات سياسية محضة، وفي الملف النووي الايراني كان الاتفاق الروسي الايراني حول تأسيس شركة روسية إيرانية لتخصيب اليورانيوم على الأراضي الروسية شكل هذا عودة للثقة بين ايران ودول اوربية واميركا من مخاوف تطوير ايران

15- Chen, K. Nuclear Decision Making In IRAN, Crown Center of Middle East Studies, May, no, 5, 2015. P2.

16- Editorial,. Nuclear Program Realities and Repercussions, Emirates Center for Strategic Studies and Research 26, (1)04, Winter, 2009. P30

3 - جياكومو، لوشيان، المسألة النووية في الشرق الأوسط، دور الطاقة النووية في التقدم الاقتصادي لدول الخليج، مركز الدراسات الدولية والإقليمية، كلية الشؤون الدولية، جامعة جورجتان، قطر، 2013م. ص78

لاستخدامات عسكرية من قدراتها النووية وفي محاولة لفهم أساس هذا الإلزام البادي في نصوص معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية⁽¹⁾

رابعاً: ما هو الأساس القانوني لحق الدول إمتلاك تكنولوجيا الطاقة النووية؟

إن الحديث في مفهوم الحق في امتلاك الطاقة النووية حديث ينطلق من أساسه القانوني التشريعي، هذا الأساس الذي وجدت أولى بواكيره بموجب المادة الرابعة من اتفاقية منع انتشار الاسلحة النووية، وأن بيان مفهوم هذا الحق يوجب البحث في سماته وعناصره⁽²⁾

1- نصوص معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية 1968:

كانت المادة الرابعة من معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية والتي منحت جميع الدول بلا تمييز حقاً ثابتاً وغير قابل للتصرف في الحصول على التكنولوجيا النووية للاغراض السلمية، حيث جاء في النص أنه: يحظر تفسير أي حكم من أحكام هذه المعاهدة بما يفيد اخلاله بالحقوق غير القابلة للتصرف التي تملكها جميع الدول الأطراف في هذه المعاهدة في تنمية بحث وانتاج واستخدام الطاقة النووية للاغراض السلمية دون أي تمييز ووفقاً للمادتين الأولى والثانية من هذه المعاهدة.

2- في المؤتمرات الاستعراضية للمعاهدة:

ونخصص القول هنا في المؤتمر الاستعراضي لمعاهدة الحد من انتشار أسلحة النووية لعام 2010 ففي الوثيقة الختامية ورد أنه ليس في المعاهدة ما يمكن أن يفسر على إنه انتقاص من الحق الثابت وغير القابل للتصرف لجميع الدول الأطراف في المعاهدة في تطوير أبحاث الطاقة⁽³⁾ النووية وإنتاجها واستخدامها للاغراض السلمية وفقاً للمواد 1-4 منها، ودون تمييز، بل إن هذا الحق يشكل هدفاً من أهداف الإتفاقية، ويبنى على ذلك أن خيارات كل بلد في التعاون في الحصول على المساعدة التقنية والتكنولوجية لممارسة حقها ذلك ينبغي احترامه، دون المساس بسيادتها وخياراتها⁽⁴⁾ وفي وثيقة المؤتمر الاستعراضي للمعاهدة لعام 2015 تم التأكيد على وجوب بناء الثقة والحفاظ على الطابع السلمي لتطبيقات الطاقة النووية، والتطبيق الكامل لاتفاقية الضمانات المبرمة مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية، الى جانب البروتوكول الاضافي، وعلى وجوب التعاون الكامل مع الوكالة

1 - الشمري، سعد حمود و الجاغوب، محاسن، الحق في امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة، مرجع سابق ص 501

2 - جريدة الرياض، المرهون، عبد الجليل زيد، حول معاهدة حظر الانتشار النووي، العدد 15292، تاريخ النشر 7 مايو عام 2010م، ص 110

3 - مجلة قصة الإسلام، راغب، السرجاني، معاهدة الحد من انتشار الأسلحة النووية، تاريخ النشر 20-10-2009م، ص 21

4 - انظر الوثيقة رقم (NPT.CONF2015/50)

لتنفيذ مضامين هذه الضمانات، وأن تلتزم الدول كافة بضمانات عدم المساعدة في تصدير أو توريد أي من مستلزمات الاسلحة النووية المرتبطة بالمواد النووية المؤدية إلى ذلك⁽¹⁾

خامساً: ما هي المعاهدات والاتفاقيات الدولية والثنائية المنظمة لتكنولوجيا الطاقة النووية؟

منحت معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية الدول الأطراف فيها حقاً في امتلاك الطاقة النووية، وجعلت من هذا الحق حقاً غير قابل للتصرف، ولعل في هذا إشارة إلى أن الحق مكرس للدولة، وهي هنا الدولة الطرف في المعاهدة، وليس لغيرها من الدول الأخرى التي لم توقع ولم تصادق على المعاهدة، ولا يعني امتلاك الدولة لهذا الحق بموجب نص صريح في المعاهدة أن هذه الدولة حرة التصرف في هذا الحق، بل أنها تبقى مقيدة- بحدود وشروط واليات ممارسة الحق، وهي بادية في المعاهدة، وفي اتفاقية الضمانات الواجبة التوقيع مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية، وفي الاتفاقيات الأخرى ذات العلاقة بالأمن النووي⁽²⁾. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 2 من النظام الاساسي للوكالة جاءت بحكم أجملت فيه هدف إنشاء الوكالة الرئيس وهو ضمان عدم التحول بالاستخدام السلمي للطاقة النووية إلى الأغراض العسكرية، ولقد أتيح لمحكمة العدل الدولية أن تنظر بالموضوع النووي للمرة الأولى في العام 1973، عندما تقدّمت كل من أستراليا ونيوزيلندا الجديدة بدعوى أمام المحكمة ضد فرنسا بسبب إجراء اختبارات نووية، ولكنّ مسارعة فرنسا إلى إلغاء تلك التجارب التي كانت مقررة في إقليم هاتين الدولتين، جعل المحكمة تحجم عن الحكم بهذه الدعوى لانتهاء موضوعها. والمرة الثانية كانت عندما تقدّمت منظمة الصحة العالمية بسؤال حول التهديد أو استخدام الأسلحة النووية، إلا أنّ المحكمة تمتعت عن إصدار فتوى إلى حين إعادة طرح السؤال من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وأصدرتها بتاريخ 1996/7/8. وقد لاقت هذه الفتوى اهتماماً كبيراً في الأوساط الدولية ولدى رجال القانون الدولي⁽³⁾. وقد نظمت المواثيق والمعاهدات الدولية والثنائية بين الدول عملية تنظيم امتلاك وحيازة تكنولوجيا القدرة والقوة النووية، ومنها.

1- أشارت اتفاقية قلعة كوبيك بين اميركا وبريطانيا 1943 إلى تعهد الدولتان بعدم نشر تقنية وتكنولوجيا اسلحة نووية الا بعد الاتفاق بينهما، 2- اتفاقية السلام عام 1948 بين ايطاليا بلغاريا فنلندا رومانيا تعهد الدولتان بعدم امتلاك أو صناعة السلاح النووي وفي المقابل تسير كل من الهند وباكستان الى امتلاك القوة النووية العسكرية بالتوازي لكن ذلك مصحوب بتفهم من كلاهما بأن نشوب أي حرب نووية بينهما سيؤدي الى الهلاك مما يجعل من السعي لتعزيز القوة النووية لدى كل منها الى تحقيق التوازن والتفكير العقلاني بعدم قيام حرب من هذا النوع بينهما.

1- انظر الوثيقة رقم (NPT/CONF.2015/WP.1)

2- الشمري، سعد حمود، والجاغوب، محاسن. الحق في امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة مرجع سابق-ص 502

3- عبد الحميد، محمد سامي، قانون الحرب، دار المطبوعات الجامعية 2004، ص 63

2- هذه اتفاقية الحظر الكلي للتجارب النووية التي أبرمت في ايلول 1996⁽¹⁾ وقعت عليها 150 دولة، وعارضت ثلاث دول ليبيا والهند وبوتان، لكن الملاحظ ان الاتفاقية لم تحرم اجراء التجارب النووية في المختبرات المخصصة لذلك⁽²⁾ وفي المادة 4 من اتفاقية منع انتشار الاسلحة النووية منحت الدول حق ثابت وغير قابل للتصرف لتطوير قدراتها النووية من جهة، ولكن بالمقابل تتعهد الدول الاطراف بتيسير تبادل المعرفة النووية للاستخدامات السلمية بما في ذلك تخصيب اليورانيوم، وامتلاك وتطوير دورة الوقود النووي، كما يشمل حق الدول بامتلاك الطاقة النووية الحصول على المواد القابلة للانشطار، والمواد الخام والمعدات والمنشآت النووية وتقنية الطاقة، وحرية الاتجار بالمواد والمعدات النووية، بما يتفق ونظام وكالة الطاقة النووية واجراء التجارب والتفجيرات النووية للأغراض السلمية⁽³⁾ حقيقة الأمر أنه حتى في حالات أثارت الشبهات والتخوف الدولي بشأن إمتلاك الطاقة النووية، كما هو الأمر بشأن الحالة الإيرانية، لم يكن الخلاف حول مدى وجود حق في إمتلاك الطاقة النووية من حيث الأصل، طبعاً للأغراض السلمية، بل حول مدى توافر الثقة بين المجتمع الدولي والدولة الساعية لإمتلاك تلك الطاقة في الأغراض السلمية، أو في الأغراض العسكرية، وأن توافر الثقة من عدمه يؤثر بالضرورة على مدى التعاون بل والقبول الدولي لتحقيق أهدافها وسعيها لإمتلاك الطاقة النووية⁽⁴⁾

4-وقعت أمريكا وروسيا معاهدة الحد من الصواريخ المتوسطة والقصيرة المدى "معاهدة القوى النووية المتوسطة" (أي إن إف) عام 1987، وتعهد الطرفان الرئيس الأمريكي رونالد ريغان والرئيس السوفياتي ميخائيل جورباتشوف، بعدم صنع أو تجريب أو نشر أي صواريخ باليستية أو مجنحة أو متوسطة، وتدمير كافة منظومات الصواريخ، التي يتراوح مداها المتوسط ما بين 1000-5500 كيلومتر، ومداه القصير ما بين 500—1000 كيلومتر. وبحلول مايو/ أذار 1991، تم تنفيذ المعاهدة بشكل كامل⁽⁵⁾. وهناك تخوف دولي من تهديد الرئيس دونالد ترامب من الانسحاب من الاتفاقية المعنية.

1 - ينظر وثيقة الامم المتحدة رقم (A/RES/50/245)

2 - الجندي، غسان، الوضع القانوني للأسلحة النووية، مرجع سابق ص 55

3 - الجندي، غسان، الوضع القانوني للأسلحة النووية، مرجع سابق ص 62

4 - انظر في ذلك... وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/50/245 تاريخ 10/9/1994. الوثيقة الختامية للمؤتمر الاستعراضي لمعاهدة منع انتشار الاسلحة النووية رقم P.7 (VOL1)-NPT.CONF.2015/50 أنظر قرار مجلس الامن رقم 1696 لعام 2006 حول الالتزام بمعاهدة البحوث في مجال الطاقة النووية وانتاجها واستخدامها للأغراض السلمية، وكذلك قرار مجلس الامن رقم 1984/2011 وقرار مجلس الامن رقم 1737/2007 وقرار مجلس الامن رقم 1747/2007. وحول محاولات دول كالبرازيل والارجنتين في سن دليل للأمن النووي فيما يتعلق بالانشطات النووي أنظر: وثيقة الامم المتحدة رقم (NPT/CONF.2015/WP.6)

5 - ينظر في ذلك.. وثيقة الأم المتحدة رقم (NPT/CONF.2015/WP.1) بتاريخ 2/3/2015. وأنظر حول الضمانات الامنية بعدم استعمال الاسلحة النووية أو التهديد باستعمالها، ورقة عمل مقدمة من مجموعة دول عدم الانحياز الاطراف في معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية، وثيقة الامم المتحدة رقم (NPT/CONF.2015/WP.2). والوثيقة رقم (NPT/CONF.2015/WP.3) (حول التحقق والمقدمة أيضاً من دول عدم الانحياز الاطراف في المعاهدة

المبحث الثالث

ضوابط القدرة النووية بين المفهوم والأبعاد

هناك تعريفات عديدة يجب دراستها ومعرفتها لأنها مرتبطة ومتعلقة بالدراسة وتشكل أهمية كبيرة، سوف يتناول هذا المبحث عدة نقاط وعناصر وعدة مصطلحات؛ والتي تشكل جوهر الدراسة، ألا وهي:

أولاً: الانتشار النووي: ميز صانعو السياسة بين مفهومين رئيسين للانتشار النووي هما:

1- المفهوم الأفقي: " يقصد به انتشار الأسلحة النووية لدى دول أخرى غير القوى النووية الخمس المعترف بهم في معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية، وهي (الولايات المتحدة الأمريكية، الاتحاد السوفيتي السابق " روسيا الاتحادية حالياً"، بريطانيا، الصين، فرنسا) ".

2- المفهوم الرأسي: " يقصد به زيادة وتطوير حجم ونوعية الأسلحة النووية لدى الدول التي تمتلك الأسلحة النووية بالفعل ولكن نجد أن المفهوم الذي تتعامل معه أغلب الدراسات هو المفهوم الأفقي للانتشار النووي دون المفهوم الرأسي للانتشار النووي على الرغم من أهميته أيضاً، ذلك لأن كلا المفهومين يكمل بعضهما الآخر⁽¹⁾

ثانياً: الردع النووي: "عرف الردع النووي بأنه إستراتيجية تنتهجها الدول بامتلاكها أسلحة نووية ضمن ترسانتها العسكرية أو ترسانة نووية كاملة من أجل التأثير على سلوك دول أخرى وعدم تشجيع العدو على اتخاذ عمل عسكري وقد وسع هذا المفهوم في المجال السياسي ليعني عدم تشجيع طرف ثان على أن يفعل شيئاً ما بالتهديد الضمني أو المكشوف باستخدام عقوبة ما إذا أنجز العمل الممنوع"⁽²⁾ وهناك عاملين لنجاح الردع:

1- مدى قدرة الرداع على إيصال الرسالة وتأكيد من استيعاب الطرف الثاني لها.

2- التماثل بين النتائج المحتملة لقيام المردوع بالفعل وبين محتوى وحجم التهديد الموجه ضده

ثالثاً: البرنامج النووي: " البرنامج النووي يعني خطة الدولة من الطاقة النووية واستخداماتها بشكل عام، ويتضمن ذلك تحديد الأهداف والأولويات في شكل مشاريع وبرامج عمل يتم تنفيذها في إطار جدول زمني محدد"⁽³⁾

رابعاً: السياسة النووية: " تعني تلك التوجهات السياسية التي ترتبط بامتلاك أو محاولة امتلاك قدرة أو قوة تكنولوجية نووية عسكرية أو سلمية، بالإضافة إلى سياسات تشكيل وإعداد البيئة الدولية والإقليمية والمحلية

1- الجندي، غسان، الوضعية القانونية للأسلحة النووية. مرجع سابق ص 34

2- الغامدي، رياض، مفهوم الردع النووي، منتديات الحوار الجامعية السياسية، تاريخ النشر 2012-7-23م.

<http://ahmedwahban.com>

3- جامع، نبيل، العرب وإسرائيل والقنبلة الذرية: ماذا نحن فاعلون؟، الإسكندرية: منشأة المعارف، عام 2001م.

الملائمة لتحقيق تلك التوجهات "قد تعبر السياسة النووية عن توافر الأساس السياسي لامتلاك القدرات والتكنولوجيات النووية السلمية أو العسكرية"⁽¹⁾

خامساً: مبدأ الغموض النووي: "يعني سياسة تقوم على عدم تأكيد أو نفي امتلاك السلاح النووي"⁽²⁾، وتبرز ملاحظتها من خلال عدم السماح لأي دولة أو منظمة أو هيئة رسمية أجنبية من الاطلاع على حقيقتها النووية "تنحصر معرفة الرأي العام الدولي حول الموضوع على ما تريد إسرائيل أن تمرره من خلال التصريحات المهمة والغامضة التي تتضمن عدة أبعاد ومعاني، لعل أشهر مثال على ذلك العبارة الشهيرة التي ردها العديد من المسؤولين الإسرائيليين أمثال: (ليفي أشكول) و (شيمون بيريز) و (موشي دايان) بأن: "إسرائيل ليست قوة نووية، ولن تكون الدولة الأولى التي ستدخل السلاح النووي إلى منطقة الشرق الأوسط، لكنها لن تكون الدولة الثانية التي تفعل ذلك"

المبحث الرابع

دوافع إمتلاك الدول البرنامج النووي

نجد أن الأسلحة النووية أصبحت على قمة جدول الأعمال المرتبط بقضايا التسليح على المستوى الدولي بداية من النصف الثاني من القرن العشرين وحتى كتابة سطور الدراسة، و نتيجة للمخاطر الهائلة المرتبطة بامتلاك تلك الأسلحة واحتمالية نشوب حرب نووية جديدة، على الرغم أنها لم تستخدم سوى مرة واحدة ضد اليابان عام 1945، إلا أن الدول عادة ما يكون لديها تخوف كبير تجاه الدول التي تمتلك أسلحة نووية خوفاً من استخدامها بشكل مدمر دون الاستخدام السلمي لها⁽³⁾ ويوجد الكثير والعديد من الدوافع لإمتلاك الدول لبرامج وتكنولوجيا الأسلحة النووية ؛ ومنها.

26- Editorial, B. Nuclear Program Realities and Repercussions, Emirates Center for Strategic Studies and Research 26, (1)04, Winter, 2009. P30

2- شوقي, عرجون , المشكلة النووية في الشرق الأوسط وانعكاساتها على استقرار المنطقة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام، عام 2006م – عام 2007م.

28- K, Qasaymeh, The Effectiveness of South Africas Legislative Framework Governing Cybersecurity Dirasat, Sharia and Law Sciences, V43, supplement 2, 2016, P119 Nuclear Facilities

المطلب الاول

الدوافع العامة لإمتلاك الدول البرنامج النووي

أولاً: الردع النووي- تسعى الدول لامتلاك السلاح النووي عندما تواجه تهديداً عسكرياً لأمنها القومي لا تستطيع مواجهته بالبداية التقليدية، إذ تواجه الدولة عندئذ خيارين؛ أ- إذا كانت الدولة قوية، فمن الممكن أن تقوم بنفسها بإنتاج أسلحتها النووية وتطويرها. وب- إذا كانت الدولة ضعيفة فإنها في هذه الحالة ستلجأ إلى عقد تحالف مع دولة نووية تكفل لها ردع أي عدوان خارجي وقمعه⁽¹⁾

ثانياً: أزمة الطاقة- حيث أن أحد الأهداف الرئيسية من امتلاك القدرات النووية حالياً هي تغطية احتياجات الطاقة الكهربائية المتزايدة فنضوب المصادر التقليدية للطاقة يمثل معضلة معقدة بحكم استنفاد الموارد عاجلاً أم آجلاً؛ ووفقاً لذلك تشير الإحصاءات العالمية والدراسات الدولية إلى أن الطاقة النووية تزود العالم حالياً بنحو 16% من احتياجاته إلى الطاقة المحركة، بينما يحصل هذا العالم على 47% من طاقته من البترول و17% من الغاز الطبيعي والباقي من الفحم ومصادر الطاقة النظيفة والمتجددة مثل الشمس والرياح⁽²⁾

ثالثاً: تطلعات الفاعلين الوطنيين- هناك بعض الفاعلين الوطنيين الذين يقومون بدفع الحكومة لاتخاذ قرار تطوير برامج التسليح النووي من شأنها خدمة مصالحهم سواء البيروقراطية أو السياسية، حيث أن هناك بعض الأحزاب السياسية وكبار قادة القوات المسلحة الذين يضحون بالتهديدات الخارجية ويضغطون على القيادة السياسية من أجل زيادة نفقات الدفاع والشروع في تملك ترسانة نووية رادعة لتلك التهديدات؛ مثال: السياسة الهندية المتمثلة في (أنديرا غاندي) رئيسة الوزراء سابقاً التي خضعت لضغوط الفاعلين المحليين من أجل أن تصبح الهند دولة نووية⁽³⁾

1 - مجلة المستقبل العربي , سلامة , غسان ، التحولات في النظام الدولي وأبعادها العربية، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، عدد 288 فبراير 2003م.ص33

2 - مجلة المستقبل العربي , فؤاد , محمد نبيل ، الأسلحة النووية وأولويات الأمن القومي في ضوء إمكانات بناء قوة نووية عربية، ، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد 27، 2001م، ص 103_105

3 - فؤاد , محمد نبيل ، الأسلحة النووية وأولويات الأمن القومي في ضوء إمكانات بناء قوة نووية عربية، مرجع سابق ص 67

المطلب الثاني: الدوافع الخاصة لكل من إسرائيل وإيران

الفرع الأول: دوافع إسرائيل لإمتلاك البرنامج النووي

لطالما سعت إسرائيل لامتلاك قدرة نووية كبيرة في منطقة الشرق الأوسط، بحيث تكون هي الدولة الوحيدة المحتكرة⁽¹⁾، وكذلك الحرص على حرمان أي دولة في المنطقة من امتلاك القدرات النووية وهو هدف تمكنت من تحقيقه.* الدوافع الأمنية: أن مفهوم الأمن الإسرائيلي مقرون بشكل أساسي بالاستراتيجية العسكرية التي تعتمد على القوة في تثبيت كيائها الاستيطاني؛ وهذا يعني أن استخدام القوة واللجوء إليها في حالة تهديد أمن وسلامة إسرائيل، فقد وضعت القدرات النووية في حالة تأهب أثناء الاحتلال الأمريكي للعراق في 9 نيسان عام 2003م للرد على أي هجوم صاروخي عراقي محتمل، كما يجب أن لا ننسى التهديد الإسرائيلي لمصر بتدمير السد العالي من خلال القصف النووي⁽²⁾ كما إنه عندما تحتكر إسرائيل السلاح النووي وتستعمله كأداة للردع فإن هذا الوضع كفيل بأن يضغط على الدول العربية إلى الحد الذي يجعلها تتنازل كلياً عن خطتها في المواجهة العسكرية، ويرغمها على الدخول في اتفاقيات سلام معها، ويحقق لإسرائيل مكاسب سياسية كبيرة من خلال قدرتها على التحكم في عملية السلام داخلياً وخارجياً⁽³⁾ والدوافع العسكرية: قد حركت هذه الدوافع الرغبة في التفوق والحماية المطلقة أمام محدودية المعطيات الديموغرافية والجغرافية وهو ما دفع إسرائيل لتمسكها بامتلاك الأسلحة النووية كعنصر للردع في ظل الطبيعة المتغيرة لحروب المستقبل وتدابيرها الخطيرة لاسيما وأن هنالك محاولات لدول في منطقة الشرق الأوسط بامتلاك صواريخ بالستية قادرة على حمل رؤوس غير تقليدية كما أنه عندما تملك هذا السلاح قد يؤدي ذلك إلى سباق تسلح نووي محتمل في الشرق الأوسط، وحتى لو تمكنت إحدى الدول العربية بامتلاكه فإن ذلك سيخلق نوع من توازن الرعب النووي، وهذا ما سيبعد احتمال نشوب حرب تقليدية بداعي الخوف من تطورها إلى حرب نووية إلى جانب الدوافع الاستراتيجية: حيث يعد غياب العمق الاستراتيجي لدولة إسرائيل من التحديات الرئيسية للنظرية الأمنية الإسرائيلية إذ لم يعد العمق الاستراتيجي الذي حققته إسرائيل باحتلال أراض عربية محاولة كافية لمنع وصول التهديدات إلى مواقعها الحيوية بعد وصول صواريخ حزب الله التي طالت مدن ومدنسات إسرائيلية، إضافة إلى تمسك القيادة الإسرائيلية بضرورة المحافظة على الأراضي التي حصلت عليها بعد حرب 1967⁽⁴⁾

1 - القايد، عبد الوهاب، مؤتمر الوكالة الذرية يناقش بند القدرات النووية الإسرائيلية ومخاطرها، وكالة الأنباء الكويتية (كونا)، تاريخ النشر 21-9-2007م، ص23

33- Dervais, C. Imtais H, Arms Rase and Nuclear Developments In South Asia, Islamabad Policy Research Institut,2004. p182

3 - هودي، أمين حامد، الصراع العربي الإسرائيلي بين الردع التقليدي والردع النووي، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت، 1987م، ص44

4 - الهمص، وائل العبد درويش، البرنامج النووي الإسرائيلي وتأثيره على الأمن القومي العربي 1991-2000م، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص78

وأهميتها الاستراتيجية والحاجة إلى تأمينها ضد أي هجوم عربي مفاجئ، كل هذه الظروف مجتمعة خلقت دافعا وسبباً غير مشروع لصناع القرار الإسرائيليين بامتلاك القدرة النووية⁽¹⁾

الفرع الثاني

دوافع إيران لإمتلاك البرنامج النووي

الدوافع العسكرية: هناك شبه إجماع على أن هناك دوافع عسكرية وراء البرنامج الإيراني⁽²⁾، استناداً إلى أن الفكر الاستراتيجي الإيراني ركز بشدة على الدروس المستفادة من الحرب العراقية الإيرانية والتهديدات الأمريكية الإسرائيلية لإيران، وأبرزها أن إيران تستعد لأية احتمالات في المستقبل. كما أن إيران استنتجت أنها لا يجب أن تعتمد كثيراً على القيود الذاتية التي قد يفرضها الخصوم على أنفسهم أو على تمسكهم بالالتزامات الدولية⁽³⁾ وكذلك الدوافع الاستراتيجية: تندرج عملية تطوير القدرات النووية الإيرانية في إطار تصور متكامل للسياسة الخارجية الإيرانية على الأصعدة الإقليمية والدولية، كما تندرج ضمن برنامج متكامل لإعادة بناء القوات المسلحة الإيرانية. وترتكز السياسة الخارجية الإيرانية على الاستحواذ على مكانة متميزة على الساحة الإقليمية، وتذهب بعض التقديرات إلى أن القيادة الإيرانية تعمل في إطار هذا التصور على القيام بأدوار متعددة تبدأ بالمشاركة في ترتيبات أمن الخليج⁽⁴⁾، وتحقيق الاستقرار في منطقة شمال غرب آسيا، وتصل الرؤى الرسمية الإيرانية إلى تصور إمكانية الاستفادة من التحولات الهيكلية الجارية في المنظومة الدولية، ولذلك فإن السلاح النووي يمكن أن يقدم لإيران أداة بالغة الأهمية لتعزيز مكانتها الإقليمية والدولية، وإلى جانب الدوافع الأمنية⁽⁵⁾: استمرار الضغط الأمريكي والغربي منذ الثورة الإسلامية، والأزمات المتتالية بين إيران والولايات المتحدة، وسعي هذه الأخيرة إلى تطبيق مذهب الاحتواء المزدوج مع مضاعفة عدد القواعد العسكرية في المنطقة، وغزو العراق، وتصنيف إيران ضمن دول محور الشر، وقيادة المجتمع الدولي إلى مؤامرات تهدف إلى عزل إيران خارجياً؛ كل هذا أقنع الإيرانيين بأن التهديد العسكري الأمريكي لبلادهم غير بعيد، ولا بد من

36-Editorial.. Nuclear Program Realities and Repercussions, Emirates Center for Strategic Studies and Research26, (1)04, Winter, 2009,p11

² - زايدى، وردية، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزى وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012م، ص99

3 - محمود، احمد إبراهيم، البرنامج النووي الإيراني: بين الدوافع العسكرية والتطبيقات السلمية، موقع البنية، تاريخ النشر 28 مارس 2017م متاح على <http://www.albainah.net/Index.aspx?function=Item&id=1429&lang>

⁴ - عطا، محمد زهرة، البرنامج النووي الإيراني، مركز الزيتونة للدراسات والاستثمارات، الطبعة الأولى، بيروت، 2015م، ص77

40- Editoria, B.. Nuclear Program Realities and Repercussions, Emirates Center for Strategic Studies and Research26, (1)04, Winter, 2009, P30

الاستعداد لذلك⁽¹⁾، وتواجد إيران في محيط نووي، إذ أنها محاطة بقوى نووية من ثلاث جهات: "روسيا وأوكرانيا وكازاخستان وروسيا البيضاء من الشمال، الهند وباكستان من الشرق، إسرائيل من الغرب" صرح الرئيس الأمريكي "ترامب" الاثنين الموافق 2019/6/24 بأن الولايات المتحدة الأمريكية لن ولم تسمح لدولة إيران بامتلاك السلاح النووي.

المبحث الخامس

إشكالية الموازنة بين القدرة والقوة النووية

يرى الباحث أنه في الموازنة والمقابلة بين القدرة والقوة يمكن تلمس حدود ونطاق الحق في امتلاك الطاقة النووية، أي من جهة أخرى المشروعية بشأن امتلاك الطاقة النووية للأغراض السلمية⁽²⁾، ومن جهة حظر الاستخدامات لأغراض عسكرية، فقد اصرت إيران مثلاً على حقها بموجب معاهدة حظر الأسلحة النووية لعام 1968 م بامتلاك دورة الوقود النووي⁽³⁾ وأن لا تبقى تحت إرادة الدول المصدرة للوقود النووي وقد كان من أبرز ما ورد بهذا الاتفاق الاعتراف بحقوق إيران النووية بموجب معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية مع تيسير تبادل المعلومات والتقنيات للاستخدام الإيراني السلمي للطاقة النووية⁽⁴⁾، ثم الطلب من إيران أن تلتزم بعدم تطوير دورة الوقود النووي وأن تبقى قدراتها بحدود الوقود الخفيف، وأن أوروبا تدعم تعاون إيران مع روسيا في مجال تطوير قدرتها النووية للأغراض السلمية، ثم أن عدم وجود ثقة بين المجتمع الدولي والدولة حول السعي من جانب إيران لامتلاك السلاح النووي وليس استخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية هو أساس لممارسة الحق المنصوص عليه في المادة الرابعة من الاتفاقية⁽⁵⁾، لأن القول بغير ذلك يمكن أن يجبر المجتمع الدولي على التعامل مع الدول المعنية بأنها تسلك سلوكاً يخل بالسلام والامن الدوليين⁽⁶⁾، وبالتالي إحالة ملفها إلى مجلس الامن والملف النووي الإيراني خير شاهد على ذلك، حيث قرر مجلس محافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية بضغوط من أميركا إحالة ملف إيران النووي إلى مجلس الأمن في 2006/2/11، لقد كانت معضلة الموازنة بين القدرة والقوة مدار بحث واهتمام دولي منذ ظهور نجم الطاقة النووية، وزاد الأمر عناءً حين بلغت تقنيات الطاقة النووية حد انتاج قنابل نووية أشد فتكاً من أي سلاح آخر، بل أن الحاجة لهذه الموازنة

1 - الداوي، مصطفى يوسف، القدرات النووية الإسرائيلية بين الغموض والإرهاب، دار الهادي، الطبعة الأولى، بيروت، 2007م، ص 66

2 - عرجون، شوقي، المشكلة النووية في الشرق الأوسط وانعكاساتها على استقرار المنطقة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام، عام 2006 - عام 2007م، ص 11

3 - تشوبين، شاهرام، طموحات إيران النووية، ترجمة: بسام شيحا، الدار العربية للعلوم، مكتبة مدبولي، 2007م، ص 88

4 - حسين، زكريا، الخيار النووي والخيارات العسكرية البديلة، محرر من كتاب الخيار النووي في الشرق الأوسط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2001م، ص 34

5 - محمد، السعيد عبد المؤمن، إيران ومشكلاتها النووية، مختارات إيرانية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، الأهرام، القاهرة، أغسطس 2003م، ص 11

بدأت أكثر إلحاحاً مع بزوغ سباق التسلح بين المعسكرين الشرقي والغربي مع بداية الحرب الباردة⁽¹⁾، الأمر الذي تطلب توافقاً دولياً يضبط انتقال تقنية الطاقة النووية، ويشكل حدوداً لا تقبل الاستثناءات لمنع انتشار السلاح النووي، مع بقاء التطبيقات السلمية لهذه الطاقة متاحة ولكن ضمن شروط وقيود وضوابط لازمة، تلك الضوابط والقيود والشروط هي ما تشكل معيار قبول القدرة من جهة، واعتبار القوة والسعي إليها من المحظورات الدولية التي ينتهها وشكل أسسها الأولى معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية والبروتوكول الإضافي الملحق بها. وللحديث في ذلك كله كان لا بد من البحث في الحق في امتلاك الطاقة النووية، وذلك من خلال بيان مفهوم الحق ومدلوله، والاساس القانوني له، ثم كان لا بد من الحديث في محور لازمة لتحليل القوة والقدرة وبيان كيف تعملان معاً، هذا المحور جاء لبسط نطاق وإطار الحق في امتلاك الطاقة النووية، وذلك لتأطير مضامين القدرة أي القدرة على امتلاك الطاقة النووية للاغراض السلمية⁽²⁾، والابتعاد عن وسائل القوة بحيث لا يقبل أبداً سعي الدول الى امتلاك الطاقة النووية للاغراض العسكرية.

وقد كان في ذلك مجال مناسب للحديث عن مضامين حق إمتلاك تكنولوجيا الطاقة النووية وجدلية العلاقة بين القدرة والقوة، مع تفصيل لطبيعة الحق في امتلاك الطاقة النووية ومظاهره. وبعد فقد كانت العلاقة بين القدرة والقوة علاقة بين ما هو مسموح ومشروع من تطبيقات الطاقة النووية، وبين ما هو غير مسموح أو غير مشروع، علاقة بين سلمية الممارسة لا عسكريتها، علاقة بين الحاجة للطاقة النووية في التنمية واعتبارها محظوراً حال استعمالها لانتاج السلاح النووي⁽³⁾

الخاتمة

مع انتهاء الحرب الباردة بما اتسمت به من وضوح لأطراف الصراع، وحل محلها عالم ملئ بالغموض والرغبة يهدد فيه الأمن العالمي من قبل انهيار الأنظمة الحاكمة، والإرهاب النووي، والدول الحائزة حديثاً على الأسلحة النووية، والتوجه نحو امتلاك قدرات لتصنيع الأسلحة النووية من خلال امتلاك الدورة الكاملة للوقود النووي، ولاتزال الأسلحة النووية تمثل التهديد الأكبر الذي يواجه البشرية في القرن الحادي والعشرين.

47- Chen, K. Nuclear Decision Making In IRAN, Crown Center of Middle East Studies, May no5, 2015. pp22-23

²- رزقين، عبد القادر، تنفيذ الجهود الدولية للحد من انتشار الأسلحة النووية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقاى بتلمساني، 2015م. ص122

³- رانيا، ظاهر، سياسات الانتشار النووي، دراسة في المحددات السياسية والأطر القانونية، تاريخ النشر 6 يوليو عام 2015. ص211

أولاً: نتائج الدراسة:

1- الحق في امتلاك الطاقة النووية يعني الاستئثار بتقنيات الطاقة النووية من حيث البناء والتشيد للمفاعلات النووية، ثم التمتع بما تتيحه الطاقة النووية من تطبيقات مختلفة لها، ثم قدرة على التصرف في المخلفات النووية المشعة.

2- من حيث مضامين الحق فقد بدت في الاستعمال والاستغلال، ولم تتضح مضامين لهذا الحق لجانب المنظمات الدولية باعتبارها أشخاص من اشخاص القانون الدولي العام، بل بقي الأمر متاح للدول المالكة للشروط اللازمة للتمتع بمزايا الطاقة النووية من خلال ممارستها لحقها في الامتلاك.

3- بان لنا أن طبيعة الحق في امتلاك تكنولوجيا القدرة النووية أنه حق ثابت للدول، وأنه حق غير قابل للتصرف، وأنه مقيد بضوابط لا بد منها. وذلك في مقابل عدم التحول من القدرة المشروعة بموجب القانون الدولي الى القوة النووية والمحظورة بموجب القانون والمعاهدات الدولية.

4- إن ممارسة الدولة لحقها في الطاقة النووية ينحصر في ممارسة هذا الحق في حدود التطبيقات السلمية لهذه الطاقة دون تطبيقاتها العسكرية، وأن ذلك مجال لتأصيل فكرة القوة المحظورة، والقدرة المتاحة في كل ما يتعلق بالطاقة النووية تقنية وتطبيقات.

5- سعت هذه الدراسة لبحث واحد من أهم الموضوعات المطروحة على الساحتين الإقليمية والدولية، وهو البرنامج الإيراني والإسرائيلي من حيث دوافعهم ونشأتهم وتطورهم، ومحاولة الدول في الشرق الأوسط إلى امتلاك القدرة النووية، ومعرفة المحددات الدولية والإقليمية، والدور الوظيفي لإسرائيل وإيران في الشرق الأوسط.

7- اتبعت إسرائيل عدة مراحل من خلال تبني سياسة الغموض النووي وهي: مرحلة التحضير والإعداد، مرحلة بناء القاعدة المتكاملة للقدرة النووية، مرحلة اتخاذ القرار وصنع القنبلة الذرية.

8- هناك مخاوف وقلق دولي من وصول الأسلحة النووية إلى الجماعات والتنظيمات الإرهابية.

9- أثبتت أزمة الانتشار النووي على ان المعاهدات الدولية كمعاهدة حظر الانتشار النووي لم تكن لها أهمية ولم تمنع وصول الأسلحة النووية إلى الدول التي لم توقع على المعاهدة مثل كوريا الشمالية وباكستان وإسرائيل.

ثانياً: توصيات الدراسة:

1- إعادة صياغة المادة الرابعة من معاهدة منع انتشار الاسلحة النووية لعام 1968 بحيث توسع الأحكام الواردة فيها لجهة تكريس الحق في امتلاك الطاقة النووية وتبين شروط ونطاق وقيود ممارسته وصاحب الحق فيه.

- 2- إن إتاحة تطبيقات الطاقة النووية السلمية على مستوى الدول خاصة النامية منها. يجب أن يسير وفقاً لخطة منهجية تهدف الى بناء القدرات والتي تبدأ من امتلاك القرار السياسي الخاص بذلك ثم إعداد الجدوى الاقتصادية التي تبرر المضي في إمتلاك القدرة النووية، ثم القدرة المالية اللازمة لتشديد المفاعلات النووية ثم القدرة على التشغيل والضبط والتصرف في النفايات المشعة بطرق ومعايير دولية.
- 3- وجوب تكريس المعايير التي تفرق بين القدرة والقوة في مجال تطبيقات الطاقة النووية نصوصاً قانونية وطنية تبني مؤسسة وطنية مشرفة ونصوصاً أخرى تبين القيود والشروط والآليات اللازمة لممارسة الحق في امتلاك الطاقة النووية السلمية .
- 4- وجوب تحديد أطر قانونية وطنية تستقي أحكامها من الأطر القانونية الدولية كمعاهدة منع انتشار الاسلحة النووية لعام 1968 وذلك لبقاء تطبيقات الطاقة النووية بعد امتلاك الحق بها وممارسته من قبل الدولة في نطاقه السلمي أي في إطار القدرة وأن لا يتحول الى القوة في أي مرحلة منه.
- 5- اعتماد اتفاقيات دولية ثنائية مساعدة تتيح للدولة الحصول على حقها في انتاج الطاقة النووية السلمية من حيث الدعم الفني والتقني والمالي على حد سواء، وأن تأتي تلك الاتفاقيات لضبط الحق وبقائه في إطار القدرة وعدم تجاوزه للقوة
- 6- على المجتمع الدولي ان يقوم بالضغط على إسرائيل حتى تقوم بالتوقيع على معاهدة حظر الانتشار النووي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

- 1- تشوبين، شاهرام، طموحات إيران النووية، ترجمة: بسام شيحا، الدار العربية للعلوم، مكتبة مدبولي، 2007م.
- 2- جامع، نبيل، العرب وإسرائيل والقنبلة الذرية: ماذا نحن فاعلون؟، الإسكندرية: منشأة المعارف، عام 2001م.
- 3- الجندي، غسان، الوضعية القانونية للأسلحة النووية، الأردن: دار وائل للنشر، عام 2000م.
- 4- حسين، زكريا، الخيار النووي والخيارات العسكرية البديلة، محرر من كتاب الخيار النووي في الشرق الاوسط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2001م.

- 5- رانيا، ظاهر، سياسات الانتشار النووي، دراسة في المحددات السياسية والأطر القانونية، تاريخ النشر 6 يوليو عام 2015 م.
- 6- رياض، الراوي، البرنامج النووي الإيراني وأثره على منطقة الشرق الأوسط، الأوائل للنشر والتوزيع، دمشق، 2006م
- 7- عبد الحميد، محمد سامي، قانون الحرب، دار المطبوعات الجامعية 2004
- 8- اللداوي، مصطفى يوسف، القدرات النووية الإسرائيلية بين الغموض والإرهاب، دار الهادي، الطبعة الأولى، بيروت، 2007م.
- 9- محمد، السعيد عبد المؤمن، إيران ومشكلاتها النووية، مختارات إيرانية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، الأهرام، القاهرة، أغسطس 2003م.
- 10- محمود، احمد إبراهيم، البرنامج النووي الإيراني: بين الدوافع العسكرية والتطبيقات السلمية، موقع البنية، تاريخ النشر 28 مارس 2017م

ب- الرسائل العلمية:

- 1- رائد، حسين عبد الهادي، البرنامج النووي الإيراني وانعكاساته علي الامن القومي الإسرائيلي 1979-2010م، رسالة ماجستير، كلية الآداب والعلوم السياسية، جامعة الأزهر، غزة، 2011م.
- 2- رزقين، عبد القادر، تنفيذ الجهود الدولية للحد من انتشار الأسلحة النووية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقاوي بتلمساني، 2015م.
- 3- زايدى، وردية، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012م.
- 4- عرجون، شوقي، المشكلة النووية في الشرق الأوسط وانعكاساتها على استقرار المنطقة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام، عام 2006 – 2007م.
- 5- الهمص، وائل العبد درويش، البرنامج النووي الإسرائيلي وتأثيره على الأمن القومي العربي 1991-2000م، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الأزهر، غزة، 2010م.

ج- المجالات والدوريات:

- 1- جياكومو، لوشيان، المسألة النووية في الشرق الأوسط، دور الطاقة النووية في التقدم الاقتصادي لدول الخليج، مركز الدراسات الدولية والإقليمية، كلية الشؤون الدولية، جامعة جورج تان، قطر، 2013م

- 2- راغب، السرجاني، معاهدة الحد من انتشار الأسلحة النووية، مجلة قصة الإسلام، تاريخ النشر 20-10-2009م.
- 3- رانيا، ظاهر، سياسات الانتشار النووي، دراسة في المحددات السياسية والأطر القانونية، تاريخ النشر 6 يوليو عام 2015 م.
- 4- عطا، محمد زهرة، البرنامج النووي الإيراني، مركز الزيتونة للدراسات والاستثمارات، الطبعة الأولى، بيروت، 2015م.
- 5- فليز، كوهين، المسألة النووية في الشرق الأوسط: إسرائيل وابتكار التعتيم النووي، مركز الدراسات الدولية والإقليمية، كلية الشؤون الدولية، جامعة جورجيتان، قطر، 2013م.
- 6- القايد، عبد الوهاب، مؤتمر الوكالة الذرية يناقش بند القدرات النووية الإسرائيلية ومخاطرها، وكالة الأنباء الكويتية (كونا)، تاريخ النشر 21-9-2007م.
- 7- المرهون، عبد الجليل زيد، حول معاهدة حظر الانتشار النووي، مقالة، صادرة عن جريدة الرياض، العدد 15292، تاريخ النشر 7 مايو عام 2010م.

د- شبكة المعلومات الدولية:

- 1- www.sawaleif.com
- 2- جمال الدين هبة، إسرائيل والدور الإيراني بعد الاتفاق النووي، مجلة السياسة الدولية، العدد 202، متاح علي WWW.SIYASSA.ORG.EG.
- 3- الغامدي، رياض، مفهوم الردع النووي، منتديات الحوار الجامعية السياسية، تاريخ النشر 23-7-2012م. <http://ahmedwahban.com>

هـ- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

- 1- الاتفاقية الشاملة حول البرنامج النووي الإيراني 2015م.
- 2- معاهدة حظر الانتشار النووي عام 1968م.

و- الوثائق الدولية:

- 1- وثيقة الأمم المتحدة رقم (NPT/CONF.2015/WP.1)
- 2- وثيقة الامم المتحدة رقم (NPT/CONF.2015/WP.2)
- 3- وثيقة الامم المتحدة رقم (NPT/CONF.2015/WP.3)

6- وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/50/245 بتاريخ 10/9/1994.

7- قرار مجلس الامن رقم 1696 لعام 2006

8- قرار مجلس الامن رقم ، 2011/1984،

9- قرار مجلس الامن رقم ، 2010/1929،

10- قرار مجلس الامن رقم 1737 1747/2007.

ثانيا:المراجع باللغة الاجنبية:

1- Chen, K. Nuclear Decision Making In IRAN, Crown Center of Middle East Studies, May, no 5.2015

2- IAEA Safely series no 50- SG-G9, Regulations and guides of nuclear power plants,

3- David, H. Stalin and the Bomb, The Soviet Union and Atomic Energy, 1939-1956, New Haven, Yale University Press,1994

4- Editorial,. Nuclear Program Realities and Repercussions, Emirates Center for Strategic Studies and Research 26, (1)04, Winter, 2009

5- Qasaymeh, K, The Effectiveness of South Africas Legislative Framework Governing Cybersecurity Dirasat, Sharia and Law Sciences,V43,supplement 2, 2016, Nuclear Facilities,

6- Dervais, C. Imtais H, Arms Rase and Nuclear Developments In South Asia, Islamabad Policy Research Institut, 2004

وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني كبديل للحبس قصير المدة

د. محمد شتيه، استاذ القانون الجنائي المساعد، كلية القانون. جامعة الاستقلال - فلسطين

Suspension of implementation in the Palestinian legislation as an alternative to short-term imprisonment

Dr. Mohammad abd el fattah shtayah, al istiqlal university - jericho - Palestine

Abstract

The Palestinian criminal legislation, like the other Arab criminal legislations, sought to combat the criminal phenomenon in accordance with the policy of consanguinity, by following the principle of stopping the execution of the penalty according to certain conditions defined by the law, including what is related to the crime, to the penalty, to the offender himself. This is considered the best means of judicial indiscriminability that allows the judge to exclude the material element of the punishment if it is found that the perpetrator is not dangerous to the security of the community.

This research was divided into two sections. The first dealt with the nature of implementation suspension in the Palestinian legislation and its compatibility with contemporary penal policy. The second dealt with the legal consequences of execution suspension.

Key words: Penalty science - Suspension of execution Alternative to penalties for liberty deprivation - Penal policy.

ملخص

سعت التشريعات الجنائية الفلسطينية كغيرها من التشريعات الجنائية العربية إلى مكافحة الظاهرة الإجرامية وفقا لسياسة الترغيب، وذلك من خلال الأخذ بمبدأ وقف تنفيذ العقوبة وفق شروط معينة حددها القانون، منها ما هو متعلق بالجريمة ومنها ما هو متعلق بالعقوبة ومنها ما هو متعلق بشخص الجاني.

ويعد هذا النظام من أفضل وسائل التفريد القضائي للعقوبة، والذي يجيز للقاضي تعليق استبعاد العنصر المادي للعقوبة؛ إذا تبين له أن شخصية مرتكب الجريمة غير خطيرة على أمن المجتمع.

وقد قسمت هذا البحث إلى مبحثين حيث تناولت في المبحث الأول ماهية وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني ومدى انسجامه مع السياسة العقابية المعاصرة، أما المبحث الثاني تناولت فيه الآثار القانونية المترتبة على وقف التنفيذ.

الكلمات المفتاحية: علم العقاب، وقف التنفيذ، بدائل العقوبات السالبة للحرية، السياسة العقابية.

المقدمة

يترتب على وقوع السلوك الإجرامي حق للدولة في معاقبة الجاني، ويثبت هذا الحق بصدور حكم قضائي بات بتوقيع العقوبة عليه؛ لردعه عن العودة لهذه الجريمة أو ارتكاب من الجرائم وردع غيره عن القيام بمثل هذا السلوك الإجرامي، لكن الهدف من هذه العقوبة وفقا للسياسة العقابية المعاصرة والتي نادى بها مدرسة الدفاع الإجتماعي، ليس إيلاء الجاني بدنيا أو معنويا وإنما جعل شخصيته محلا للإهتمام والدراسة لإصلاحه وتأهيله؛ وذلك ليعود إلى مجتمعه إنسان صالح يخلو من الخطورة الإجرامية.

ولذا إتجهت السياسة العقابية المعاصرة إلى البحث عن وسائل تحقيق هذه الغاية، فكان وقف التنفيذ إحدى هذه الوسائل الحديثة، والتي أخذت بها غالبية التشريعات الجنائية العالمية، وكان منها النظام التشريعي الفلسطيني، وذلك بإستبدال الحبس قصير المدة بوقف التنفيذ وفقا للشروط التي تحدد نجاعة هذا الأسلوب في المعاملة العقابية.

وقد أصبح هذا النوع من المعاملة العقابية إحدى الضرورات الملحة لما يحققه من تجنب المحكوم عليه سلبات الحبس قصير المدة، ويحفظ الإستقرار الأسري للمحكوم عليه، ويحفظ النسيج الإجتماعي للمجتمع كله.

• أهمية البحث:

يُعد وقف تنفيذ العقوبة من أهم أساليب المعاملة العقابية والتفريد العقابي بما يتناسب مع شخصية المحكوم عليه وظروفه التي تدل على انعدام الخطورة الإجرامية لديه، وتكمن أهمية هذه الدراسة في أهمية الموضوع من الناحية العملية، حيث أن وقف التنفيذ يساعد على تجنب المجرم لأول مرة مثالب العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة والتي تمثل الخطوة الأولى نحو انتقال عدوى الإجرام عند اختلاط المحكوم عليه مع النزلاء في مراكز الإصلاح والتأهيل.

• مشكلة البحث:

إن العقوبات السالبة للحرية من أكثر أنواع العقوبات تعقيدا في تحقيق الإصلاح والتأهيل من حيث المدة والبرامج التي يمكن تطبيقها على المحكوم عليه، وبالتالي فإن التشريعات الجنائية اتجهت نحو البحث عن بدائل لهذه العقوبات ومنها التشريع الجنائي الفلسطيني، فقد أخذ بنظام وقف تنفيذ العقوبة، وبالتالي فإن هذا البحث سيجيب على ماهية وقف التنفيذ؟ شروط تطبيقه؟ والآثار المترتبة عليه؟

• هدف البحث:

نسعى من خلال هذا البحث إلى تسليط الضوء على نظام وقف تنفيذ العقوبة في التشريع الجنائي الفلسطيني، ومعرفة مدى انسجامه مع السياسة العقابية المعاصرة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تزويد المكتب القانونية بدراسة تحليلية لنظام وقف التنفيذ والإحاطة به من جميع الجوانب ما أمكن، وأيضا السعي نحو أن تكون هذه الدراسة بداية لدراسات أخرى تساهم في البحث عن بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.

• منهج البحث:

اتبعت المنهج الوصفي التحليلي، القائم على جمع المعلومات التي تصف الموضوع وتحيط به من آراء فقه ونصوص قانونية، ثم تحليل هذه النصوص، والتمحيص في آراء الفقه.

• تقسيم البحث:

المبحث الأول: ماهية وقف التنفيذ.

المبحث الثاني: آثار وقف التنفيذ.

المبحث الأول

ماهية وقف التنفيذ

تمهيد وتقسيم:

إن التفكير في نظام وقف تنفيذ العقوبة بدأ في أواخر القرن التاسع عشر، بظهور أفكار المدرسة الوضعية التي دعت إلى جعل العقوبة ملائمة لحالة كل مجرم، إذ أخذ نظام وقف تنفيذ العقوبة سبيله إلى عدد كبير من التشريعات¹.

وقد اخذ المشرع الفلسطيني بوقف تنفيذ العقوبة كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدّة، حيث رأى أن وقف التنفيذ ذات أثر أكثر إيجابية في تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه من التنفيذ ليس بإعتباره إنكاراً لحق الدولة في العقاب، وإنما إحدى أساليب المعاملة العقابية المعاصرة².

وعند صدور الحكم القضائي تنشأ رابطة قانونية بين الدولة صاحبة الحق في العقاب وبين المحكوم عليه الذي يوجد في مركز خضوع أمام الدولة، فيلتزم المحكوم عليه بالخضوع لكافة الإجراءات التي تفرضها السلطة المختصة تنفيذاً للجزاء الجنائي موضوع الحكم القضائي، لتقويم سلوك المحكوم عليه وإصلاحه³، وبعبارة أخرى فإن هذا الحكم هو السند التنفيذي للعقوبة.

22.. وعليه نتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

¹ د. الفاضل محمد، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، 1965، ط 4، ص 666.

² د. أبو عفيفة طلال، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، 2011، بدون ط، ص 383، 384.

³ د. أنور علي يسر و د. عثمان أمال، علم العقاب، دار النهضة العربية القاهرة، 2009، الجزء الثاني، ص 214.

المطلب الأول : مفهوم وقف التنفيذ وطبيعته القانونية.

المطلب الثاني: شروط وقف التنفيذ.

المطلب الأول

مفهوم وقف التنفيذ وطبيعته القانونية

لم يرد في أي من التشريعات الجنائية تعريف محدد لنظام وقف التنفيذ كأحد أساليب المعاملة العقابية التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية، وبالتالي سنحاول تعريف هذا النظام وفقا للآراء الفقهية، وبيان طبيعته القانونية على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لوقف التنفيذ.

الفرع الأول

مفهوم وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني

ورد في التشريع الجنائي الفلسطيني أنه "يجوز للمحكمة عند الحكم في جنائية أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ، ويجوز أن يكون الإيقاف شاملا لأي عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجزائية المترتبة على الحكم"¹، يصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا²

ومن النص أعلاه نجد أن جوهر وقف التنفيذ يتمثل في مطالبة المحكوم عليه بأن لا يعود خلال المدة المحددة إلى ارتكاب جريمة جديدة إذا رغب في الإفلات نهائيا من العقوبة المحكوم بها عليه، وان يعتبر الحكم الصادر بها كأن لم يكن، وإلا نفذت عليه هذه العقوبة فضلا عما قد يحكم عليه من عقوبة جراء الجريمة الجديدة.

¹المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة2001.

²المادة 285 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة2001.

وبعبارة أخرى نرى أن وقف التنفيذ تهديد المحكوم عليه بالحكم الصادر بالعقوبة؛ وذلك من خلال استعمال القاضي لسلطته التقديرية بناء على ضوابط معينة في أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة التي يصدر بها حكمه مدة ثلاثة سنوات بحسب التشريع الفلسطيني تكون بمثابة فترة للتجربة.

أي أن هذا النظام يفترض صدور حكم بالإدانة على الجاني وعدم القيام بإجراءات تنفيذ العقوبة بحيث يترك القاضي المحكوم عليه حراً طليقاً طالما لم يتحقق الشرط الموقوف خلال الفترة التي حددها المشرع، أما إذا تحقق الشرط فإن العقوبة تنفذ بأكملها¹.

وقد عرفه جانب من الفقه² أنه الأمر بتعليق تنفيذ العقوبة التي صدر بها الحكم على شرط لمدة معينة ووضع المحكوم عليه تحت الإختبار خلال مدة الوقف، فإذا انقضت بنجاح دون أي يرتكب المحكوم عليه خلالها جريمة جديدة اعتبر الحكم كأن لم يكن، وتسقط كافة آثاره الجنائية، لكن أخفق المحكوم عليه بارتكاب جريمة جديدة خلال ثناء تلك المدة سقط وقف التنفيذ وتطبق العقوبة السابقة الحكم بها عليه، إضافة إلى عقوبة الجريمة الجديدة.

ويُعد هذا النظام كأحد تدابير الدفاع الاجتماعي الذي يطبق على طائفة من المجرمين يكفي بالنسبة لهم التهديد بتوقيع الجزاء حتى لا يعودوا إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى³، حيث يمكن أن يكون بديلاً مناسباً للعقوبة في تحقيق الردع وكذلك المنع⁴.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لوقف التنفيذ

يرى البعض أن نظام وقف التنفيذ ذو طبيعة مزدوجة يجمع بين نوعين من التفريد، هما التفريد القانوني لأن القانون لا يجيز تطبيقه إلا على فئة معينة من المجرمين المبتدئين، والقضائي لأنه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في مرحلة المحاكمة⁵.

¹مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، د. الكساسبة فهد، وسائل ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد العقابي، المجلد(42) العدد(1)، 2015، ص343.

²د. ربيع عماد وآخرون، أصول علم الإجرام والعقاب، دار وائل، عمان، 2010، ط1، ص 245، 246.

³مجلة البلاغ، د. الجبور محمد، وقف تنفيذ العقوبة في القانون الأردني، المجلد(5) العدد(2) 1998، ص39.

⁴د. عبد الكريم محمود سامي، الجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، بدون ط، ص352.

⁵معيزة رضا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2006، ص 54، 55.

وفي الحقيقة يُعد نظام وقف التنفيذ في علم السياسة العقابية المعاصرة من أفضل وسائل التفريد القضائي، لا سيما أنه يجنب من أجرم لأول مرة من الآثار السلبية للعقوبات السالبة للحرية، التي تنتقل إليه من مخالطته للمسجونين، حيث منح القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من استبعاد تنفيذ العقوبة إذا تبين له أن المحكوم عليه ليس من ذوي الخطورة الإجرامية التي تقتضي تنفيذ العقوبة¹.

فإذا التزم المحكوم عليه بعدم ارتكاب أي جريمة فإن ذلك مدعاة لوقف تنفيذ العقوبة المعلقة وفي نفس الوقت انهاء لأثار الحكم السابق، واعتباره كأن لم يكن ، أما إذا لم يلتزم بالشروط التي حددها القانون وقام بارتكاب جريمة في فترة الاختبار فإن ذلك يدل دلالة قاطعة على وجود خطورة اجرامية متأصلية في شخصية المحكوم عليه ، مما يقتضي تنفيذ العقوبة عليه دون إبطأ.

ولا يجوز بأي حال من الأحوال تكييف وقف التنفيذ على أنه مكافأة للمجرم وإنما هو صورة عقابية أخرى وذلك لأنه لا يعطي بدون شروط وصوابط ووضع التزامات معينة كشرط لوقف التنفيذ².

المطلب الثاني

شروط وقف التنفيذ

أخذ المشرع الفلسطيني بنظام وقف التنفيذ كباقي التشريعات الجنائية، لتفريد نوعا من المعاملة العقابية لفئة من المحكوم عليهم تشير ظروفهم ونوع الجريمة المرتكبة أنهم لن يعودوا الى الإجرام، وهم فئة المجرمين المبتدئين؛ كي يتم اصلاحهم وتأهيلهم من جهة، بحيث يصبح لدى المحكوم عليه فرصة لإثبات حسن سلوكه وعدم العودة الى الاجرام على امل الافلات من العقوبة الصادرة بحقه، ومن جهة اخرى تحصين هذا المجرم من خطر إنتقال عدوى الاجرام التي قد تنتقل إليه بمخالطة النزلاء داخل السجون³.

وقد وردت شروط أعمال هذا النظام من المعاملة العقابية في المادة(284) من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم(3) لسنة 2001، فمنها ما يتعلق بالجريمة المرتكبة، ومنها ما يتعلق بالعقوبة المحكوم بها، والبعض الآخر خاص بحالة المجرم، نتناولها في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالجريمة والعقوبة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالمجرم.

1. ربيع عماد وآخرون، مرجع سابق، ص246.

2. عماد ربيع وآخرون، مرجع سابق، ص246.

3. أبو عفيفة طلال ، المرجع السابق، ص384.

الفرع الأول

الشروط الخاصة بالجريمة والعقوبة

أولاً - الشروط الخاصة بالجريمة:

تجيز المادة (284) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة الأمر بإيقاف التنفيذ عند الحكم في جناية أو جنحة أو غرامة، ولذا لا يجوز إيقاف التنفيذ في المخالفات؛ لأن صحيفة الحالة الجنائية لا تحتوي عادة على ذكر الأحكام الصادرة في مواد المخالفات، فلا يوجد ثمة طريقة لحصر المخالفات ومعرفة ما إذا كانت المخالفة المرتكبة هي أول مخالفة أم لا فضلاً عن هذا فإن الحكم بغرامة وتحصيلها في حال المخالفة يكون أولى من الحبس وتعليق تنفيذه على شرط¹، ونحن نؤيد هذا الرأي.

غير أن جانب من الفقه يرى أن استبعاد المخالفات من نطاق وقف التنفيذ ليس مقنعاً، لأن عدم تسجيل الأحكام الصادرة في المخالفات في صحيفة الحالة الجنائية لا يؤثر على تطبيق نظام وقف التنفيذ، حيث أن المشرع لم يعلق إيقاف التنفيذ على كون الجاني غير عائد².

وقد استقر في أحكام محكمة النقض المصرية أنه "لما كانت المحكمة ترى أن الطرف الذي ارتكبت فيه الجريمة يبعث على الاعتقاد بأن المحكوم عليه لن يعود إلى مخالفة القانون فإن على المحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة المقضي بها لمدة ثلاثة سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً عملاً بأحكام المادتين 55، 65 من قانون العقوبات وذلك دون حاجة لتحديد جلسة لنظر الموضوع باعتبار أن الطعن للمرة الثانية مادام أن الحكم المطعون فيه قد خلا من ثمة عوار اثر فيه يؤدي الى بطلانه أو بطلان في الإجراءات مما كان يقتضي التعرض للموضوع الدعوى³.

بينما ترك القضاء الفلسطيني تطبيق وقف التنفيذ لقاضي الموضوع وفقاً لما جاء في المادة 284 من قانون الإجراءات الجنائية، حيث جاء في قرار محكمة لا يعتبر وقف العقوبة سبباً تخفيفياً لأن الأسباب المخففة التقديرية هي ظروف تقدرها محكمة الموضوع، بينما يعتبر وقف التنفيذ تديراً متفرعاً عن تقدير العقوبة ويدخل في إختصاص قاضي الموضوع⁴.

¹د. نجيب حسني محمود، شرح قانون العقوبات. القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ط6، ص862.

²د. الوليد ساهر، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، بدون دار نشر، فلسطين غزة، 2010، الجزء الأول، ص188.

³طعن رقم 6353 لسنة 66 ق جلسة 3 ابريل 2005.

⁴حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الجزائية رقم 21 لسنة 2010.

ثانيا - الشروط الخاصة بالعقوبة:

وأما فيما يتعلق بالعقوبة المحكوم بها فإن المادة (284) لا تجيز الأمر بإيقاف التنفيذ إلا في حالة الحكم بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد على سنة، وتجيز كذلك وقف تنفيذ أي عقوبة تبعية وحينئذ يشترط للأمر بإيقاف التنفيذ أن تكون العقوبة المقضي بها والتي ينصب عليها الإيقاف هي الحبس الذي لا تزيد مدته عن سنة أو الغرامة أيًا كان مقدارها.

ولا شك أن الهدف من وقف تنفيذ الغرامة تحقيق المساواة أمام القانون تبعًا لتساوي المراكز القانونية، ذلك أنه ليس من الإنصاف إذا حكم في قضية واحدة على أحد المتهمين بالغرامة وعلى الآخر بالحبس أن يستفيد المحكوم عليه بالحبس من إيقاف التنفيذ دون المحكوم عليه بالغرامة خاصة أن الأول لديه من الخطورة الإجرامية أكبر من الثاني الذي لم يحكم عليه إلا بالغرامة وبالرغم من ذلك فقد يحكم على أحدهم بالحبس والغرامة معًا فيتم توقيف العقوبة باعتبار إن هذه العقوبة هي التي حكمت بها المحكمة¹.

فمن الجائز وقف تنفيذ الحبس مع الغرامة؛ لأنه لا يجوز وقف تنفيذ جزء من العقوبة دون الجزء الآخر، فإما أن يقدر القاضي أن هناك وجهًا لتطبيقه فيأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة بتمامها وأما أن يقدر عكس ذلك فلا يأمر بالإيقاف أصلاً بالنسبة لكلا العقوبتين².

وفيما عدا الحبس والغرامة يجوز جعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية أخرى، على أنه **يجب أن** يضمن القاضي قراره بوقف التنفيذ شموله لمثل هذه العقوبات وإلا انصرف الإيقاف الذي يأمر به القاضي إلى العقوبة الأصلية (الحبس والغرامة) دون غيرها.

وفيما عدا الحبس الذي لا تزيد مدته عن سنة والغرامة والعقوبات التبعية وهي تشمل العقوبات التكميلية كذلك فإنه لا يمكن أن ينصب الإيقاف على غير ذلك مما يحكم به القاضي؛ فلا يجوز الأمر بإيقاف تنفيذ الحبس الذي تزيد مدته عن سنة كما لا يجوز أن يشمل الإيقاف ما يحكم به القاضي من الرد أو التعويضات³.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالمجرم

حصرت غالبية التشريعات الجنائية، ومنها الأردني والمصري نظام وقف التنفيذ بفئة معينة من المجرمين، وهم المجرمين المبتدئين الذين ارتكبوا الجريمة لأول مرة أو على الأقل من ليست لهم سوابق قضائية على جانب من الخطورة.

لكن المشرع الفلسطيني لم يسير على ذات المنوال، بل أجاز تطبيق هذا النظام على المجرم حتى لو لم تتوافر له صفة المجرم المبتدئ، حيث ترك الأمر للقاضي في حدود سلطته التقديرية ليقرر من ما يتوافر لديه من

1. نجيب حسني محمود، المرجع السابق، ص 681.

2. د. المجالي نظام، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، عمان، 2005، بدون ط، ص 443.

3. نجيب حسني محمود، المرجع السابق، ص 683.

معلومات عن اخلاق المحكوم عليه وماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة؛ بأن هذا المجرم منعدم الخطورة الإجرامية، وأنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى.
فالأخلاق والماضي هما عاملان يجب أن تقف عندهما المحكمة سواء بيض الصحائف ام معلومة سابقة بالإضافة إلى سنه والظروف المحيطة للتأكد من انتفاء الخطورة الإجرامية للجاني، وأنه لم يعد قادرا على تهديد الأمن الاجتماعي بمخالفته للقانون وهذا الأمر برمته متروك إلى سلطة المحكمة التقديرية حسب كل حالة على حده¹.

ولا شك أن هذا التوجه للمشرع الفلسطيني ينسجم مع مقتضيات نظرية تفريد العقاب، إذ أن بعض المجرمين قد تبعث ظروفهم على الاعتقاد بعدم خطورتهم، وبأنهم لن يعودوا إلى الإجرام فيكون من الخطأ أن تقف صحيفة الحالة الجنائية حائلا دون محاولة إصلاحهم عن طريق إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليهم، وعلى العكس من ذلك ففي بعض الأحوال فإن المجرمين المبتدئين قد تنم حالتهم وظروفهم عن عدم جدوى معاملتهم معاملة ممتازة بتطبيق نظام إيقاف التنفيذ عليهم، ومن ثم يكون الرأي من قبل ومن بعد للقاضي وما يقدره بحسب ما يتبين له من ظروف كل محكوم عليه وحالته.

المبحث الثاني

آثار وقف التنفيذ

تمهيد وتقسيم:

متى قررت المحكمة إيقاف تنفيذ العقوبة فإن المحكوم عليه الخاضع لهذا النظام يمر بأوضاع مختلفة يطبعها الخوف والقلق خلال فترة الإيقاف ثم تستقر بمجرد إنهاء فترة الإيقاف بنجاح دون ارتكابه لجريمة جديدة، غير أنه يمكن أن تنقطع فترة الإيقاف إذا ما فشل المحكوم عليه أثناء فترة الإيقاف وارتكب جريمة جديدة، ويكون بذلك قد نقض ما أوجبه القانون عليه وأنتهك الثقة التي وضعتها المحكمة فيه، مما يؤدي إلى إلغاء الحكم بوقف التنفيذ وإجباره على تنفيذ العقوبة من جديد².

وعليه نتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: انقضاء وقف التنفيذ دون إلغاء.

المطلب الثاني: إلغاء وقف التنفيذ.

¹د. فتحي سرور أحمد ، الوسيط في شرح قانون العقوبات "القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ط6، ص 630.

²غراب نوال ، وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر-بسكرة ، الجزائر/2015/2016، ص61.

المطلب الثالث: آلية تنفيذ أمر وقف التنفيذ.

المطلب الأول

انقضاء وقف التنفيذ دون إلغاء

يترتب على أمر وقف التنفيذ منع تنفيذ العقوبة، فلا يتخذ بحق المحكوم عليه أي إجراء من إجراءات التنفيذ لحين التحقق من مسلك المحكوم عليه، وتقدير زوال خطورته الإجرامية؛ فإذا انقضت المدة المحددة دون إرتكاب جريمة جديدة، تزول العقوبة المحكوم بها¹.

أي أن وضع المحكوم عليه يتحدد بانتهاء المدة القانونية للتجربة وتنفيذه الإلتزامات المفروضة عليه، وذلك من خلال نجاحه في فترة التجربة باحترام القانون وعدم ارتكابه أي جريمة جديدة وأنه قام بإصلاح نفسه وأصبح بعيداً عن مرحلة عدم الاستقرار وعن إمكانية إلغاء وقف تنفيذ العقوبة وخضوعه لتنفيذها عليه من جديد².

فإذا انقضت مدة الثلاث سنوات على الحكم النهائي الموقوف تنفيذه دون إلغاء يسقط الحكم المحكوم به ويعتبر كأن لم يكن فتزول أثاره الجنائية ولا يذكر هذا الحكم في صحيفة السوابق للمتهم.

وهذا ما أكدته كل من المشرع الأردني في المادة (54) مكرر من قانون العقوبات والمشرع المصري في المادة (59) من قانون العقوبات ، أما مشرع فلسطيني لم يبين في قانون الإجراءات المركز القانون للمحكوم عليه بوقف التنفيذ في حال انقضاء مدة الإيقاف دون أن يتم إلغاء وقف التنفيذ، وإنما اقتصر على بيان الضوابط التي يسترشد بها القاضي لوقف التنفيذ والأحوال التي يجوز فيها إلغاء وقف التنفيذ وإجراءات الإلغاء وأثاره .

وعليه فإن انقضاء مدة الإيقاف يترتب عليه عدم تنفيذ العقوبة نهائياً ضد المحكوم عليه، واعتبار الحكم الصادر ضد المتهم المحكوم عليه كأنه لم يكن³.

وهنا نجد أن وضع المحكوم عليه في التشريع الفلسطيني ينص على سقوط العقوبة المحكوم بها واعتبارها كأن لم تكن دون تدخل من القضاء لرد اعتبارها.

¹د. عبد المنعم سليمان، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، بدون ط، ص 812.

²د. صبحي نجم محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، بدون ط، ص 185.

³د. المجالي نظام، المرجع السابق، ص 445.

المطلب الثاني

الغاء وقف التنفيذ

يُقصد بإلغاء وقف التنفيذ إبطال الأمر به ووقف آثاره¹، فإذا كان الهدف من الأمر بوقف التنفيذ للمحكوم عليه أن الدلائل تشير إلى أنه منعدم الخطورة الإجرامية، وأن إجرامه كان صدفة وأنه ندم على ما صدر منه وابتعد عن العودة إلى ارتكاب الجرائم مرة أخرى، فإن ارتكابه خلال فترة التجربة جريمة أخرى يثبت عدم تنفيذ العقوبة الأولى لم يكن في محله وأنه يستحق تنفيذ العقوبة بحقه، وأنه لم يصمم على تقويم سلوكه².

واستناداً للمادة (285) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001 فإن إلغاء وقف التنفيذ يكون في حالتين:

الحالة الأولى: إذا صدر ضد المحكوم عليه في خلال مدة الوقف حكم بالحبس لمدة تزيد على شهر واحد عن فعل ارتكبه قبل الأمر بإيقاف التنفيذ أو بعده، والعبء هنا بوقت صدور الحكم وبالعقوبة التي قضى بها، فإذا كان الحكم قد صدر بعد انتهاء مدة الإيقاف أو صدر خلالها بالحبس لمدة شهر أو أقل أو بالغرامة فإنه لا يعد سبباً للإلغاء، ولا يشترط المشرع أن يكون الحكم الصادر حكماً قطعياً وبتاً، حيث أنه لو اشترط أن يكون هذا الإلغاء قطعياً لكان ذلك من الناحية العملية والواقعية تعطيلاً لجواز الإلغاء، وذلك لما تستغرقه الأحكام من مدد طويلة حتى تصبح قطعياً، مما يؤدي إلى استغراق فترة التجربة دون اكتساب الحكم الثاني الذي على أساسه يجوز الإلغاء الدرجة القطعية³.

وفي دولة فلسطين يصدر عن وزارة الداخلية شهادة عدم محكومية، تبين إذا ما كان الشخص محكوماً بعقوبة جنائية أو جنحة، وذلك للحصول على وظيفة حكومية أو السفر خارج البلاد أو الحصول على تراخيص العمل؛ وترتبط هذه الشهادة بعمل المحاكم في دولة فلسطين، ويتم تطبيق قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 في فلسطين (الضفة الغربية) وقانون العقوبات البريطاني رقم 74 لسنة 1936 المطبق في فلسطين (قطاع غزة)، وكلاهما يأخذ بالعود ظرف مشدد للعقوبة.

الحالة الثانية: صدور حكم سابق على المحكوم عليه كالحكم المنصوص عليه في الحالة الأولى ولم تكن المحكمة قد علمت به، أي يصدر حكم بالحبس لمدة أكثر من شهر قبل أن يصدر الحكم بالعقوبة الموقوف تنفيذها،

¹ غراب نوال، مرجع سابق، ص 63

² الجبور محمد، المرجع السابق، ص 114.

³ أنظر: الفقرة (1) من المادة (285) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، وأنظر: وقف تنفيذ العقوبة في قانون العقوبات

الأردني، منتديات شبكة قانوني الأردني، من خلال: <http://www.lawjo.net/?q=node/206> تاريخ زيارة الموقع: 22 يناير 2019

ثم لم يصدر في صحيفة الحالة الجنائية للمتهم ولم يذكر للمحكمة، فلو علمت المحكمة بأمر ذلك الحكم قبل إصدارها لقرار وقف تنفيذ العقوبة فإن موقفها قد يتغير وقد لا تمنح المحكوم عليه إيقاف التنفيذ لعدم جدارته¹.

ويتم إلغاء وقف التنفيذ بحكم من المحكمة التي أمرت بوقف التنفيذ بناء على طلب النيابة العامة بعد تبليغ المتهم المحكوم عليه بالحضور، وفي حالة كون العقوبة التي استند إليها الإلغاء قد حكم بها بعد إيقاف التنفيذ، فإنه يجوز أن يصدر الحكم بالإلغاء من المحكمة التي قضت بهذه العقوبة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة².

المطلب الثالث

آلية تنفيذ أمر وقف التنفيذ

وفقا للمادة (284) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني فإن الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة يكون في نفس الحكم الذي تصدره المحكمة في الدعوى الموجودة أمامها، وهي محكمة الموضوع، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية "إن تقدير توافر شروط وقف التنفيذ من عدمها من شأن قاضي الموضوع³، دون أن يكون لمحكمة النقض أي دور في الأمر بوقف التنفيذ؛ كونها محكمة قانون ليس لها مناقشة الوقائع أو الفصل فيها⁴.

وهذا فإن المحكمة المختصة في نظر وقف التنفيذ هي محكمة الصلح أو محكمة البداية، كذلك يمكن لمحكمة الإستئناف نظر وقف التنفيذ كونها محكمة موضوع، فإذا لم يصدر عن محكمة الدرجة الأولى أمر بوقف التنفيذ ثم تم استئناف الحكم من المتهم؛ فإنه يمكن لمحكمة الإستئناف نظر الطلب المطروح أمامها، سواء بفسخ الحكم المستأنف أم تصديقه من حيث العقوبة المقضي بها.

وتجدر الإشارة إلى أن قرار وقف التنفيذ لا يمكن اتخاذه إلا بعد الإدانة والحكم أو بعد تأييد الحكم من حيث العقوبة في المرحلة الإستئنافية، كما وأن عدم طلب املحكوم عليه من محكمة البداية وقف تنفيذ العقوبة وإصراره على طلب البراءة لا يحرمه من حقه في طلب وقف التنفيذ استئنافا؛ لأن محكمة الاستئناف كما سبق القول هي محكمة موضوع ومن حقها ان تبحث موضوع وقف التنفيذ إذا ما تم إثارته أمامها.

¹ أنظر: الفقرة (2) من المادة (285) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، وأنظر: وقف تنفيذ العقوبة في قانون العقوبات

الأردني، منتديات شبكة قانوني الأردني، من خلال: <http://www.lawjo.net/?q=node/206> بتاريخ زيارة الموقع: 22 يناير 2019

² أنظر المادة: 286 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

³ أنظر: حكم محكمة النقض الفلسطينية المنقعدة في رام الله بتاريخ 2010/12/5، حكم رقم 105 لسنة 2010.

⁴ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 940.

ويخضع وقف التنفيذ لسلطة القاضي التقديرية ، وذلك بمراجعة ظروف الجريمة ومرتكبها، فسلطة القاضي في تقرير وقف التنفيذ هي أحد أوجه سلطته في تقرير العقوبة، حيث أن تقدير العقوبة لا يقتصر على مجرد اختيار القاضي لنوعها أو كمها، بل أن عملية التقدير تشمل أيضا تنفيذ العقوبة أو عدم تنفيذها¹، وله أن يحكم بوقف التنفيذ من عدمه.

وقد ألزم القانون القاضي أن يبين في حكمه القاضي بوقف التنفيذ أسباب وقف التنفيذ²، لكنه غير ملزم ببيان اسباب رفضه لوقف التنفيذ، حيث أن تقدير ملائمة وقف التنفيذ من عدمه يتوقف على تقدير وقائع كل حالة على حدة من قبل محكمة الموضوع دون أي رقابة لمحكمة النقض³.

ولا تقتصر سلطة القاضي على تقرير أو عدم تقرير وقف التنفيذ، بل تمتد إلى اختيار العقوبة المشمولة بالوقف، فحين تتعدد القوبات الأصلية التي تقبل الوقف، فالقاضي يقرر ما إذا كان وقف التنفيذ يشملها جميعها أم بعضها، كما له أن يقرر ما إذا كان وقف التنفيذ يقتصر على العقوبة الأصلية أم يشمل العقوبات التبعية، ومع هذا لا يجوز للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ جزئي للحبس أو الغرامة⁴

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث أخصص الخاتمة لأهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولا. أهم النتائج:

- يعد نظام وقف التنفيذ من أهم الوسائل البديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة.
- يُساهم نظام وقف التنفيذ بشكل فعال في الإصلاح والتأهيل .
- أخذ المشرع الفلسطيني بنظام وقف التنفيذ في قانون الإجراءات الجزائية بخلاف بعض التشريعات الجنائية العربية كالأردني والمصري اللذين أخذوا بهذا النظام في قانون العقوبات.
- وقف التنفيذ في التشريع الفلسطيني يخضع للسلطة التقديرية للقاضي دون أي رقيب عليه.
- يقتصر وقف التنفيذ على الجنايات والجناح دون المخالفات.

1. د. ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 191.

2. أنظر: المادة (284) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001.

3. د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 641.

4. د. ساهر الوليد، المرجع السابق، ص 193.

ثانياً. أهم التوصيات:

- دعوة المشرع الفلسطيني إلى جعل وقف التنفيذ مقترن بمتابعة سلوك المحكوم عليه وليس انتظاره للعود إلى الجريمة أو الوقوع في جريمة جديدة لألغاء وقف التنفيذ.
- دعوة المشرع الفلسطيني إلى جعل الإستعانة بدراسات علم الإجرام معيار يلتزم به القاضي لدراسة شخصية المحكوم عليه للتوصل إلى تقدير سليم للأمر بوقف التنفيذ من عدمه، وليس الإكتفاء بصحيفة السوابق.
- دعوة المشرع الفلسطيني إلى قرن فترة التجربة بالعمل للمنفعه العامة لتحقيق المساهمة الفعالة في اصلاح المحكوم عليه وتأهيل وليس الإكتفاء بمجرد تهديده بضرورة الإلتزام بالشروط لمنع توقيع العقوبة.
- دعوة المشرع الفلسطيني إلى تحديد المركز القانوني الجديد للمحكوم عليه الذي يتم إلغاء وقف التنفيذ بالنسبة له، حتى تتحقق المساواة أمام القانون تبعاً للمراكز القانونية، فمن غير السائغ ان يبقى المركز القانوني لمن أمضى مدة معينة من الإلتزام بشروط وقف تنفيذ العقوبة وعاد إلى الجريمة او وقع فيها لأسباب وظروف لا تدل على خطورة إجرامية.
- دعوة المشرع الفلسطيني إلى استحداث قاضي لتنفيذ العقوبات ليتابع كافة إشكالات التنفيذ والإستبدال والإبقاء أو الإلغاء لوقف التنفيذ، على غار قاضي التنفيذ في المعاملات المدنية والتجارية.

قائمة المراجع

1. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات "القسم العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
2. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
3. رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائي، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2006.
4. د. سامي عبد الكريم محمود، الجزء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
5. د. ساهر الوليد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الفلسطيني، الجزء الأول، بدون دار نشر، فلسطين غزة، 2010، ص 188.

6. د. سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات، بدون ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
7. د. طلال أبو عفيفة، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية، بدون ط، دار الثقافة، عمان، 2011.
8. د. عماد ربيع وآخرون، أصول علم الإجرام والعقاب، ط1، دار وائل، عمان، 2010، ص 245، 246.
9. د. فهد الكساسبة، وسائل ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد العقابي، مجلة علوم الشريعة والقانون المجلد(42) العدد(1)، 2015، الجامعة الأردنية.
10. د. محمد الجبور، وقف تنفيذ العقوبة في القانون الأردني، مجلة البلقاء المجلد(5) العدد(2) 1998.
11. د. محمد الفاضل ، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط 4، مطبعة جامعة دمشق، 1965.
12. د. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، بدون ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2012، ص 185.
13. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات . القسم العام . ط6، دار النهضة العربية، القاهرة 1989.
14. د. نظام المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، بدون ط، دار الثقافة، عمان، 2005.
15. نوال غراب، وقف تنفيذ لعقوبة في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر- بسكرة ، الجزائر 2015/2016، ص 61.
16. د. يسر أنور علي و د. أمال عثمان، علم العقاب، الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.
17. وقف تنفيذ العقوبة في قانون العقوبات الأردني، منتديات شبكة قانوني الأردني، من خلال: <http://www.lawjo.net/?q=node/206> تاريخ زيارة الموقع: 22 يناير 2019
18. وقف تنفيذ العقوبة في قانون العقوبات الأردني، منتديات شبكة قانوني الأردني، من خلال: <http://www.lawjo.net/?q=node/206> تاريخ زيارة الموقع: 22 يناير 2019

السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر

Autonomous administrative authorities in Algeria

سلطان عمار، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1 - الجزائر

Soltane Amar, Mentouri University – Constantine 1 - Algeria

ملخص:

منذ تبني النظام الجزائري للنهج الليبرالي و مبادئ اقتصاد السوق بإعتماد دستور 1989 و تبعاً لانسحاب الدولة من الاقتصاد نشهد حركة تكريس لمفاهيم قانونية جديدة تتعلق بالضبط الاقتصادي و أدواته التنفيذية (السلطات الإدارية المستقلة) المكلفة بضبط النشاط الاقتصادي في مختلف قطاعاته، و هي تعبر عن انفجار السلطة التنظيمية للدولة لصالح أشخاص عامة جديدة و متميزة تلعب دوراً مهماً في تنظيم السوق و ضبط منازعاته. يحاول هذا البحث التعريف بها و معرفة المبررات التي دفعت المشرع الجزائري لاعتمادها. الكلمات المفتاحية: السلطات الادارية المستقلة ؛ الضبط الاقتصادي؛ المنافسة؛ تنظيم السوق؛ الاستقلالية، اقتصاد السوق.

Abstract:

Since the adoption by the Algerian regime of the liberal approach and the principles of market economy by adopting the Constitution of 1989 and due the withdrawal of the state from the economy, we are witnessing a movement of dedicating new legal concepts related to the economic regulation and its executive means (Autonomous Administrative Authorities) in charge of regulating the economic activity in various sectors, which reflects the explosion of the regulatory authority of the state in favour of new public and distinct people playing an important role in the regulation of the market and control of disputes. This research attempts to identify and know the justifications that prompted the Algerian legislator to adopt it.

Key words: Autonomous administrative authorities; Economic regulation; Competition; Market regulating; Autonomy; Market economy.

مقدمة :

تبنى النظام السياسي الجزائري مباشرة بعد الاستقلال النهج الاشتراكي وهو ما يعني سياسيا هيمنة الحزب الواحد، واقتصاديا تبنى نظام الاقتصاد المخطط و سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج و مبدأ التسيير المركزي، و كان من أهم الشعارات الثورية المعلنة تحقيق العدالة الاجتماعية. لكن واقع الحال أثبت فشل النظام السياسي الجزائري في تحقيق الأهداف المعلنة، و كانت أحداث أكتوبر 1988 الدموية جرس إنذار نبه النظام الحاكم إلى واقع جديد يتمثل في مأساة جيل جديد يعاني من مشاكل اجتماعية اقتصادية و بيروقراطية الإدارة و هي نتاج خيارات السلطة الحاكمة، مما دفع النظام إلى تبنى تحولات سياسية و اقتصادية جذرية، تمثلت على الخصوص في تكريس مبادئ الديمقراطية و الليبرالية من تعددية حزبية و اقتصاد السوق و حرية الإعلام و حرية الانتماء النقابي بمقتضى دستور 89. و هكذا انتقلت الجزائر من نظام الاقتصاد الموجه إلى نظام الاقتصاد الليبرالي.

و تبعا لإنسحاب الدولة من الاقتصاد نشهد حركة تكريس لمؤسسات قانونية منقولة مباشرة عن التشريع الفرنسي، و هذا الانسحاب ليس معناه ترك عالم الاقتصاد بلا ضوابط فهذا أمر لا يتقبله عقل و لا منطق، بل يتطلب خلق آليات جديدة تتولى مهام السلطات العمومية في جزء منها، فكانت السلطات الإدارية المستقلة هي البديل الذي يقوم بهذا الدور في تنظيم السوق. و من ثم فهي تعبر عن انفجار السلطة التنظيمية للدولة لصالح أشخاص عامة جديدة و متميزة و من هنا تأتي أهميتها، و هي علاوة على ذلك مزودة بصلاحيات تنظيمية و أخرى قضائية، فهي تمارس دور المراقب و دور الحكم في نفس الوقت. بل نستطيع القول أن لها دور تشريعي إذ أنها كثيرا ما تستشار فيما يخص التشريعات المتعلقة بالقطاع الذي تشرف عليه. فما الذي يبرر تبنيها من قبل المشرع الجزائري؟

في البداية نسجل أن موقف المشرع الجزائري اتجاه هذه السلطات الجديدة كان يسوده الغموض فلم يسلم بمبدأ استقلاليتها بسهولة رغم نصحها على تمتعها بالاستقلال الإداري و المالي، إذ أنه لم يوفر الأدوات القانونية التي تؤكد ذلك، فلم تكن رؤيته واضحة اتجاه مفهوم السلطة الإدارية المستقلة، فالمصطلح يثير إشكالات قانونية عديدة و يحمل في طياته ما يشبه التناقض بين صفة السلطة الإدارية التي تتميز بالتبعية و تخضع إلى رقابة رئاسية أو وصائية و إلى رقابة القضاء الإداري و بين صفة الاستقلالية. و كمثال فقد انتهى المشرع الجزائري عبر القانون رقم 12.08 المتعلق بالمنافسة المعدل لسلفه الأمر رقم 03.03 المتعلق بالمنافسة¹، إلى الاعتراف صراحة بمجلس المنافسة كـ « سلطة إدارية مستقلة»، وهو ما يعني عدم خضوعه لإشراف أي من الوزارات القطاعية.

(1) - الجزائر، الأمر 03.03 المتعلق بالمنافسة الصادر في 19 يوليو 2003، المادة 23 و ما يلها.

لم تكن المؤسسات الجزائرية مؤهلة لتسيير هذا التحول وفق خطوات منطقية مدروسة، و نظرا لمعطيات التاريخ و بتأثير من ظاهرة العولمة و بضغط من الشركاء الاقتصاديين، و تحت ضغط الظروف الداخلية لجأ المشرع الجزائري إلى تبني القواعد القانونية الفرنسية ضمن المنظومة القانونية الوطنية. و هذه القواعد رأسمالية في جوهرها فرضت نفسها على أغلب دول العالم الثالث التي تسعى للدخول إلى نادي اقتصاد السوق، و عليه نشهد اليوم ما يشبه نظام " إرسال- استقبال"¹ للقواعد القانونية الليبرالية و ما تتطلبه من إجراءات لازمة لوضعها موضع التطبيق. و تعتبر " السلطات الإدارية المستقلة " ذات مفهوم جديد طارئ على المنظومة القانونية الجزائرية يحمل في طياته تناقضات و نقاط مهمة تتطلب تسليط الأضواء عليها، و لا يخلو المصطلح من إشكالات قانونية عديدة. و هي مكلفة بتسوية النزاعات المحتملة بين شركاء السوق إضافة إلى ضبط النشاط الاقتصادي في مختلف قطاعاته، و قد أراد لها المشرع أن تكون بديلا لجهاز قضائي بطيء لا يتلاءم مع الدينامكية السريعة لعالم الاقتصاد.

و إن كان يغلب على الظن أن لجوء المشرع الجزائري إلى اعتماد هذه الهيئات الجديدة كان بدافع التقليد فإن ذلك لا يمنع من الاستفادة منها و من أن يكون لها إيجابيات عديدة تبرر تبنيها ضمن المنظومة القانونية الوطنية. فما المقصود بالسلطات الإدارية المستقلة؟ و كيف نشأت في بيئتها الأصلية؟ ما مبررات اعتمادها في الجزائر؟ و ما هي أهم الوظائف المكلفة بها؟ سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة و غيرها من خلال هذا البحث المتواضع، و من ثم تقويم بعض النقائص الملزمة لها و الإشارة إلى بعض الثغرات التي قد تتضمنها القوانين التي صدرت من أجل تجسيدها ميدانيا، و في سبيل ذلك نستعمل منهج دراسة الحالة و المنهج المقارن. و منهجيا نتطرق إلى التأصيل المفاهيمي للسلطات الإدارية المستقلة (المبحث الأول)، قبل التطرق إلى اختصاصات السلطات الإدارية المستقلة (المبحث الثاني).

المبحث الأول :

التأصيل المفاهيمي للسلطات الإدارية المستقلة

من المبادئ الراسخة في نظام اقتصاد السوق الرأسمالي الغربي حرية المبادرة و المنافسة الحرة التي عبر عنها عالم الاقتصاد آدم سميث بقوله (دعه يعمل دعه يمر)، و بمقتضى ذلك لا تتدخل الدولة في مجال الاقتصاد إلا بقدر يسير. لكن الأزمات التي مر بها الاقتصاد الغربي على مر الزمن جعلت الدولة تتدخل كل مرة لتصحيح مسار السوق و معالجة الأزمات الطارئة. و بعد الاستقرار النسبي للاقتصاد الغربي في أواخر القرن العشرين بل و هيمنته على الاقتصاد العالمي انسحبت الدولة مجددا من مجال الاقتصاد كوظيفة تمارسها بشكل مباشر

(1) - ينظر :

ولكن الحقيقة أنها وكلت من ينوب عنها في مراقبة السوق ولم تنسحب تماما. ومن ثم نبحت في نشأة السلطات الادارية المستقلة في التجارب المقارنة (المطلب الأول) قبل التطرق إلى واقع السلطات الادارية المستقلة في الجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

نشأة السلطات الادارية المستقلة في التجارب المقارنة

وجدت هذه السلطات إذن في البيئة الغربية انطلاقا من حاجة ماسة إليها و لمعالجة مشكلات حقيقية مرتبطة بالنظام الاقتصادي الرأسمالي. و أما المشرع الجزائري و على غرار أغلب دول العالم الثالث فلم يعتمد عليها إلا من باب التقليد. و بما أن السبق في نشأة السلطات الإدارية المستقلة كان لأمريكا فإننا نتطرق بداية إلى مبررات المشرع الأمريكي (الفرع الأول)، قبل التطرق إلى مكانة السلطات الإدارية المستقلة في التشريع الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

السلطات الإدارية المستقلة في النظام الانجلوسكسوني

يرى أحد الفقهاء أن الهدف من هذه السلطات هو محاولة التحديد السياسي لإدارة أخذة في التضخم و الهيمنة و ترقية الخبرة المهنية و تفعيل دورها، و ضمان استقرار الهيئات الخاضعة لحماية الكونغرس "السلطة التشريعية"، و كذلك لإصباح العقلانية على نشاط الإدارة.¹ و قد برر بعض الفقهاء تأسيس هذه السلطات بتصحيح مسار انسحاب الدولة من ميدان الاقتصاد باسم المصلحة العامة، و هذا لكون هذا الانسحاب مترافقا مع نشوء وظائف جديدة لا تستطيع الإدارة العامة أداؤها. و على العموم فإن الانتقال إلى مفهوم الدولة الضابطة هو الذي تطلب في الأصل وضع آليات قانونية جديدة للضبط الاقتصادي بسبب أن المؤسسات الإدارية لم تعد ملائمة لموازنة الحاجة المستجدة للضبط الاقتصادي و ضرورة حماية الحريات.²

و من ثم فإن السلطات الإدارية المستقلة مستمدة من النظام السياسي و القانوني الغربي المبني على أساس السوق الحرة التنافسية، و على وجود اليد الخفية التي تضبط سير السوق و عدم تدخل الدولة فيه، و بالخصوص استبعاد السلطات السياسية عن ممارسة بعض النشاطات الاقتصادية تاركة مكانها لصالح الأعوان الاقتصاديين أنفسهم للمساهمة في إضفاء شرعية أكبر على نشاط الإدارة و لتدعيم مصداقيتها. و بهذا

ZOUAIMIA (R) ; Les autorités administratives indépendantes... Op.cit , p 58.

(1) - ينظر :

TEITGEN-COLLY (C) ; les instances de régulation et la constitution, Paris, RDP, 1990, p 37.

(2) - ينظر :

الصدد يقول أحد الفقهاء أن السلطات الإدارية المستقلة مرتبطة بتيار اجتماعي يدعو إلى تبني صنف طموح يلخص في تعويض مخطط إدارة عمودية بمخطط لإدارة أفقية، وهذا تحت ضغط من القوى الاقتصادية التي تسعى لوضع قانونها الخاص مكان قانون السلطة العامة. و عليه فإن استحداث سلطة إدارية مستقلة يمكن أن يساهم في معالجة التناقض الكامن في النظام الاقتصادي الرأسمالي، وهو ما تلخصه هذه العبارة: "الهيمنة الاقتصادية التي يهدف إليها التركيز يتطلب تدخل الإدارة في العلاقات الاقتصادية، ولكن هذه العلاقات تضبطها قاعدة الفصل النسبي بين القوى السياسية والقوى الاقتصادية"¹.

و معالجة هذا التناقض هو الذي دفع إلى إنشاء السلطات الإدارية المستقلة، والتي ينتظر منها تنفيذ سياسات عمومية مع أنها لا ترتبط في سيرها بالإدارة التقليدية و ليست موضوعة تحت إشراف وزاري. بمعنى أنها تمارس مهامها بتأثير مزدوج من الدولة و من قوى السوق. مما يجعلنا نقول أن السلطات الإدارية المستقلة خلقت في أمريكا من أجل التوفيق بين منطق السوق و منطق المرفق العمومي، أو بعبارة أخرى فإن هذه الهيئات "تتموقع بين القانون الخاص للقوى الاقتصادية و قانون السلطات العمومية المعبر عن رد الفعل اتجاه هذه القوى"² و من جهتها فقد ذهبت دراسة إلى القول بإلزامية وضع أهداف بعيدة المدى لمواجهة مسعى السلطات السياسية لمراعاة الأهداف قريبة المدى التي تحقق لها قبولا شعبيا مرتبطا بالفترات الانتخابية، ولأجل التحكم في أخطار نشوب تضارب في المصالح لما تكون الدولة مالكا لقيم مالية ومساهما في التعاملات الاقتصادية مما يصعب معه فرض النظام على الدولة كمتعامل اقتصادي، و تفادي أداء الدولة لوظيفتين متناقضتين هما وظيفة المتعامل الاقتصادي (دور المنتج أو الموزع) و وظيفة الضابط الاقتصادي (دور المراقب)³.

الفرع الثاني :

السلطات الإدارية المستقلة في النظام الفرنسي

أما في فرنسا فقد تم تجاوز هذا الإشكال عن طريق الإعتراف للسلطات الإدارية المستقلة بوضع قانوني خاص (هجين)، بتدخل من المجلس الدستوري الذي نص في قرار له أن إنشاء سلطات الضبط المستقلة و تحديد صلاحياتها و مجالاتها لا يتناقض مع المبادئ الدستورية، و هذا بخضوع هذه الهيئات إلى سلطة القانون وحده و حصر سلطاتها الضبطية و مجال نشاطها بشكل لا يمس بجوهر إمتيازات السلطة العامة و لا ينتقص

ZOUAÏMIA (R) ; Ibid, p 15.

(1) - ينظر :

BOY (L) ; Normes , www.credéco.unice.fr

(2) - ينظر الموقع الإلكتروني بتاريخ 28 أوت 20013 :

LOMBARD (M) ; Institution de régulation économique et démocratie politique, AJDA, Dalloz, Paris,

(3) - ينظر :

2005, p 533.

من السلطة التنظيمية العامة للحكومة.¹ و هكذا إستطاع أن يوفق بين الطبيعة الإدارية لهذه الهيئات و بين إستقلاليتها عن السلطة التنفيذية، لكن هذه النتيجة تكون بمراعاة شروط ثلاث هي : أولا : خضوع سلطة الضبط إلى سلطة القانون وحده ، فلا دخل للوائح التنظيمية في إنشاء أو تحديد إختصاصات هذه الهيئات بل يختص بذلك القانون وحده. ثانيا : حصر سلطاتها الضبطية و مجال نشاطها، فيجب أن يحدد القانون بدقة حدود صلاحيتها و مجال نشاطها حتى لا يحدث تداخل في الصلاحيات بين مختلف الهيئات الممارسة للضبط من جهة، و حتى لا تتوسع الصلاحيات و تتعاظم سلطة الضبط فتصبح في وضع مواز للحكومة من جهة أخرى. ثالثا : عدم الإنتقاص من السلطة التنظيمية للحكومة أو المساس بجوهر إمتيازات السلطة العامة أو كل الإمتيازات بل بعض منها فقط، إذ أن السلطة التنظيمية تحتفظ بمكانتها و مجالاتها.²

بمعنى أن السلطة التنفيذية يمكن لها عبر التنظيم أن تتدخل في مجالات نشاط هيئات الضبط و تطبيق التدابير العائدة لها. و لا يتصور أن تستولي أي من هيئات الضبط مهما كانت أهميتها على كل إمتيازات السلطة العامة و إلا لأصبحت حكومة قائمة بذاتها. فنلاحظ أنه وفق هذه الشروط تحتفظ الحكومة بإمتيازاتها، و تعطي بعض منها على سبيل التفويض لسلطة الضبط لتمارس صلاحيتها المحددة حصرا في مجال نشاطها المحدد أيضا، على أن تحتفظ الحكومة بسلطتها التنظيمية و السهر على تطبيق و تنفيذ النصوص القانونية، كما أن الحكومة تملك أن تسترد بعض إمتيازاتها التي فوضتها بطريق غير مباشر يمر عبر علاقتها بالهيئة التشريعية و حقها في إقتراح مشاريع القوانين.

المطلب الثاني :

السلطات الادارية المستقلة في الجزائر

أما في الجزائر و تبعا لانسحاب الدولة من الاقتصاد على إثر الانقلاب على المنهج الاشتراكي و تبني دستور سنة 1989 ذي التوجه الليبرالي، و في إطار انطلاق مرحلة إصلاحات واسعة على المنظومة الاقتصادية فإن السلطات العمومية تبنت آليات و مبادئ اقتصاد السوق مثل حرية الصناعة و التجارة، و حرية المنافسة و رفع احتكار التجارة الخارجية. كان أول قانون مهم صادر في ظل الدستور الجديد هو قانون 89-12 المؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار و الذي تبني لأول مرة مبدأ المنافسة الحرة فكان نقلة نوعية نحو تكريس مبادئ اقتصاد السوق، و بمقتضاه تم تحرير الأسعار من الرقابة التي كانت تخضع لها في ظل تشريع سنة 1975.³ كان هذا القانون عمليا هو نقطة التحول إلى نظام اقتصاد السوق و قد بدا متأثرا بالتشريعات الفرنسية، فتبني

(1) - ينظر: ZOUAÏMIA (R) ; les autorités indépendantes de régulation ... Op.cit, p (Décision CC /88 248. 80. du 17 jan 1989).

(2) - ينظر: TEITGEN-COLLY (C) ; Op.cit, p 23.

(3) - الجزائر، الأمر رقم 37.75 المتعلق بالأسعار والعقوبات الخاصة بمخالفة تنظيم الأسعار الصادر في 29 أفريل 1975.

أهم المبادئ التي كرسها المرسوم الرئاسي الفرنسي رقم 86-1243 المتعلق بالأسعار والمنافسة، ونخص بالذكر تجريم الممارسات التي تمس بمبدأ المنافسة وتسميتها: الاتفاقات غير المشروعة، استغلال وضعية الهيمنة، التجمعات الاقتصادية. و عليه نستعرض مبررات وظروف نشأة هذه السلطات (الفرع الأول) قبل إحصاء أهم النماذج المعتمدة في الجزائر (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

مبررات وظروف النشأة

إن التحول من مفهوم الدولة المتدخلة إلى مفهوم الدولة الضابطة أخذ في الانتشار في مختلف الأنظمة القانونية الدولية و هذا بتأثير من ظاهرة العولمة والحاجة إلى التبادل التجاري الدولي. و هذا التحول يأخذ أشكالاً جديدة باستحداث هيئات ذات طبيعة خاصة تشكل صنف قانوني جديد وتمارس وظيفة الضبط بدلا من الدولة دون أن تكون في تبعية مباشرة لها. تتميز هذه الهيئات بكونها سلطة بمفهوم السيادة والقدرة على إصدار القرار، فوحدة القرار وعدم تجزئته أي عدم الرجوع إلى سلطة أخرى لاتخاذها، هي في الأصل ميزة خاصة بالسلطة التنفيذية وقد فوضتها إلى السلطات الإدارية المستقلة بواسطة نصوص خاصة، و لكن بشكل جزئي وبشروط محددة و في نطاق اختصاص نوعي ضيق. و هي ليست هيئات استشارية حتى و لو خصها المشرع بوظيفة استشارية، فهي تشكل إضافة لها و جمع لوظائف عديدة بما في ذلك وظيفة قضائية. و من ثم فإن هذا الصنف القانوني الجديد مكلف بمهام ضبط مختلفة كانت في الأصل موزعة بين وزارات قطاعية عديدة، فهو يعبر عن "حركة انفجار السلطات العامة للدولة لصالح أشخاص خاصة"¹، بما يعني تنازل السلطة التنفيذية عن بعض المهام المتعلقة أساسا بضبط السوق لصالح هذه الهيئات، و عليه فلم تعد من اختصاص الوزارات والإدارات المرتبطة بها.

و في الجزائر و بضغط من القوى الاجتماعية و من تبعات الأزمة الاقتصادية الخانقة التي عرفتها المرحلة، عمد المشرع إلى نقل قواعد القانون الفرنسي بالخصوص في حركة تقليد أعمى لم تستثن الهيكل و لا حتى النظم الداخلية لهذه الهيكل. حدث هذا بالتوازي مع خصخصة القطاع العام و فتحه على المنافسة، و بهذا الصدد يقول أحد الفقهاء أن تحرير الاقتصاد و اعتماد سلطات الضبط المستقلة إجراءين يسيران بالتوازي.² إذ أن تنظيم النشاطات الاقتصادية أمر ضروري و هام يتطلب الموازنة بين السياسات العمومية في بعدها الاقتصادي و الاجتماعي والمصالح الخاصة للأفراد و الجماعات العاملة في الميدان (الأعوان الاقتصاديين)، و

TEITGEN - COLLY (C) ; Histoire d'une institution : Les autorités administratives

(1) - ينظر:

indépendantes PUF, Paris, 1988, p 37.

STIRN (A) ; les autorités administratives indépendantes, www. Lexinter. Net/

(2) - ينظر:

هو أمر لا يمكن أن توفق فيه السلطات العمومية لوحدها نظرا لكثرة انشغالاتها و تعدد مهامها و مركزية التسيير فيها و ببطء إجراءاتها، و بالمقابل يعرف على عالم الاقتصاد تميزه بالحركية السريعة.

لم يعتن المشرع الجزائري بتعريف لمفهوم هذا الصنف القانوني الجديد رغم تكريسه في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي، و هذا قد يعود إلى التباين الكبير بين مختلف الهيئات الممارسة للممارسة للضبط، و اختلاف الوسائل القانونية و المادية التي منحها المشرع. و بإستثناء ذلك فإن السلطات الإدارية المستقلة تبرز نقاط مشتركة كثيرة تسمح بضمها ضمن صنف قانوني جديد، وهذا برغم التسميات المختلفة التي استعملها المشرع: هيئة مستقلة، سلطة ضبط مستقلة، لجنة مراقبة مستقلة، سلطة تتمتع بالاستقلال الإداري و المالي ... الخ. و أما الفقه فقد أهتم بتعريف مفهوم الضبط الاقتصادي، فيعرفه الفقيه دي ماري بالصيغة التالية: "إنها الوظيفة التي تهدف إلى تحقيق بعض التوازن بين المنافسة من جهة و متطلبات المصلحة العامة من جهة أخرى، و هذا التوازن هو هدف لا يمكن للسوق لوحده تحقيقه"¹ و هذا التعريف يفترض التواجد في إطار سوق تنافسية و لكن مع مراعاة انشغالات أخرى اجتماعية و بيئية و غيرها مما يعتبر من صميم أهداف العمل السياسي. كما ينطلق هذا التعريف من مقارنة تفترض أن المنافسة تعني الأشخاص الخاصة، أما الضبط فتختص به الأشخاص العامة، و هذا الأمر أصبح من الماضي، إذ أن الاتجاهات الحديثة تجاوزته.

و لما كان قانون المنافسة على سبيل المثال يهدف إلى ضمان احترام قواعد اللعب التنافسية، بحيث يعمل على "إعادة إلى النظام المعتاد لقانون العرض و الطلب التصرفات التي تنحرف عنه"² فكثيرا ما تكتسي نشاطات مجلس المنافسة صبغة علاجية بحيث يسعى إلى تفادي هيمنة متعامل واحد على السوق، و يعمل على بسط قدرة تنافسية ممكنة بين المتعاملين الاقتصاديين مهما كانت العراقيل التي قد تعيق دخول متعامل جديد و قدرته على المنافسة لمتعامل يحتكر فعليا السوق. و عليه و من حيث الهدف، فإن عملية الضبط بفضل التدابير المسبقة للرقابة تسعى إلى التنبؤ بالانحراف أو التعسف في السوق قبل وقوعه، أما قانون المنافسة فهو من حيث المبدأ يمارس سلطة رقابة بعدية تركز أهداف السلطات العمومية التي يتعين على الأعوان مراعاتها "لضمان الشفافية، التوازن و المساواة بين الأعوان في مختلف مجالات النشاط الاقتصادي"³.

و على العموم فإن المشرع الجزائري منح سلطات الضبط المعتمدة صلاحيات اتخاذ القرارات بكل سيادة و فوضها بعض من امتيازات السلطات العمومية بشكل جزئي في نطاق اختصاص نوعي محدود. و تجدر الإشارة إلى أن هذا التفويض كان في نطاق القانون الفرنسي بموافقة المجلس الدستوري و هو الأمر الذي تفتقد إليه التجربة الجزائرية. و يهدف هذا التفويض إلى تفادي بعض عيوب الإدارة و بيروقراطيتها و التخفيف من أعبائها الكثيرة المتزايدة، إذ تتميز هذه المؤسسات الجديدة بالسرعة و الفعالية نظرا لقرهها من الميدان و تخصصها

DU MARAIS (B) ; Droit public de la régulation économique. Paris, Dalloz, 2004, p 3.

(1) - ينظر:

FRISON ROCHE (AM); Droit de la régulation, Dalloz, Paris, 2004. P 28.

(2) - ينظر:

ZOUAIMIA (R) ; Les autorités administratives indépendantes... Op.cit. p 12.

(3) - ينظر:

في مجال معين وتركيبها التي تسعى إلى التوفيق بين أهمية التمثيل المهني فيها وضرورة ضمان استقلاليتها بحيث تكون بمنأى عن ضغوط وتأثيرات المقاولات الخاضعة لرقابتها. وهذا يجعل منها خيار ممكن يتماشى ودينامكية الاقتصاد وأحسن حل ليبروقراطية الإدارة. وهذا الخصوص يقول أحد الفقهاء: "أكثر قربا لكن بدون هيمنة، هذه هي المعادلة التي تتطلب قواعد متينة للتدخل و انتباه دائم من طرف سلطات الضبط".¹

و في الحقيقة إن الصبغة الإدارية لهذه الهيئات لا غبار عليها فقد اعترف بها المشرع صراحة عبر مختلف النصوص القانونية التي كرست اعتماد هذا الصنف القانوني الجديد. و من ثم فإن القرارات الصادرة عنها هي بدون شك قرارات إدارية تختلف من حيث الشكل عن القرارات القضائية التي تصدر في صبغة خاصة. و أما من حيث الرقابة القضائية التي تخضع لها السلطات الإدارية المستقلة، فهي رقابة مشروعية يختص بها مجلس الدولة (المحكمة الإدارية العليا في الجزائر). إذ أن مقرراتها تخضع للطعن أمام القاضي الإداري، وهو الأمر المكرس بالنسبة لكل السلطات الإدارية المستقلة المعتمدة في الجزائر، يستثنى من هذه القاعدة مجلس المنافسة الذي يخضع لرقابة القاضي العادي في جزء من نشاطه يتعلق بالممارسات المنافسة للمنافسة،² و الذي كان من باب تقليد المشرع الفرنسي ليس إلا.

الفرع الثاني :

نماذج من السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر

عرفت فترة التسعينيات إنشاء مجموعة من السلطات الإدارية المستقلة المكلفة بضبط النشاط الاقتصادي. و أهم القطاعات التي خصها المشرع بسلطات للضبط هي على الخصوص تلك التي يرجى منها جلب الاستثمار الأجنبي، فأراد أن يخلق فيها جو من الفعالية و اختصار للإجراءات، و هو الأمر الذي عجزت عنه الإدارات التقليدية التي تعشعش فيها البيروقراطية و الفساد. و كانت أول سلطة إدارية مستقلة عرفت النور هي المجلس الأعلى للإعلام (C.S.I) الذي تأسس بموجب القانون 90-07 الصادر في 03 أبريل 1990، و الذي بفضلته رفعت الدولة احتكارها لمجال الإعلام. و في نفس السنة (1990) تأسس مجلس القرض و النقد (CMC) و كذا اللجنة البنكية (CB)،³ تلاها هيئة تسيير و مراقبة عمليات البورصة (COSOB) في سنة 1993.

و في سنة 1995 صدر التشريع المنشأ لمجلس المنافسة (C.C). ثم تأسست تباعا سلطة ضبط البريد و الاتصالات (ARPT)، و الوكالة الوطنية للثروة المنجمية (ANPM)، و الوكالة الوطنية للجيولوجيا و مراقبة

(1) - ينظر: ZOUAÏMIA (R) ; le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, Revue Idara n° 36,

Alger, CDRA, 2008, p 22.

(2) - الجزائر، المادة 63 من الأمر 03.03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بالمادة 31 من القانون 12.08 المتعلق بالمنافسة.

(3) - الجزائر، القانون رقم 90-10 المتعلق بالقرض و النقد الصادر في 14 أبريل 1990.

المناجم (ANGCM) و هيئة ضبط الكهرباء و الغاز (CREG)، بالإضافة إلى لجنة مراقبة التأمينات (CSA).¹ و بموجب قانون المالية لسنة 2003 أنشأ المشرع سلطة ضبط النقل،² و في سنة 2005 أنشأت سلطة ضبط المياه³ و الوكالة الوطنية لمراقبة نشاطات المحروقات.⁴ كانت هذه هي مجمل مجالات النشاط الاقتصادي و المالي التي شملها المشرع بسلطات إدارية مستقلة لضبط سيرها و منازعاتها. و إلى جانب هذه السلطات أنشأ المشرع سنة 2006 الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته،⁵ و في سنة 2008 أنشأت الهيئة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.⁶ ثم بعد ذلك أستحدثت سلطات أخرى للضبط في مجال الاعلام، إذ في سنة 2012 أنشأت سلطة ضبط الصحافة المكتوبة و سلطة ضبط السمعي البصري بموجب القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالاعلام.

جاء هذا الأمر إذن بعد تعمق مسار الخصخصة و تقدم الإصلاحات الاقتصادية و تفتح المشرع الجزائري على التجارب الأجنبية. و إذا كانت هذه السلطات المستقلة قد اكتسبت شرعيتها في القانون المقارن بموافقة القاضي الدستوري، فإن المجلس الدستوري الجزائري لم يتدخل في هذه المسألة، و رغم هذا فان المشرع الجزائري تبنى هذه السلطات في مختلف القوانين المتعلقة بقطاعات النشاط الاقتصادي، بل و منحها اختصاص الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأعوان الاقتصاديين و جعل قراراتها قابلة للطعن القضائي.

المبحث الثاني :

اختصاصات السلطات الادارية المستقلة

غني عن القول أن أي مجلس غير مستقل يخضع لرقابة رئاسية عضوية و وظيفية في آن واحد و هو أمر غير محبذ، فتكون مقرراته قابلة للتعديل، الإلغاء أو السحب من طرف الوصاية، و يمكن أن تكون عرضة لتدخلات أصحاب النفوذ في الإدارة، و يكون المجلس حينها متخوفا من الحل من طرف الوصاية، و هو الأمر الذي يمس بمصداقيته فيكون متغيرا بحسب الأهواء السياسية مما يؤدي إلى عدم استقراره. كما يولد هذا الأمر نوعا من الإتكال على السلطة الرئاسية الأعلى، وأخيرا فإن الموضوع كله يتهدم لأننا نكون حينها بصدد دراسة إدارة من الإدارات الكلاسيكية. و حيث أن أهم ما يميز هذه الهيئات الجديدة هي صفة الاستقلالية فإنه

(1) - الجزائر، القانون رقم 04.06 المتعلق بالتأمينات الصادر في 20.02.2006 المعدل للأمر 07.95 المتعلق بالتأمينات.

(2) - الجزائر، القانون رقم 02 - 11 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002.

(3) - الجزائر، القانون رقم 05 - 12 المتعلق بالمياه المؤرخ في 4 أوت 2005.

(4) - الجزائر، القانون رقم 05 - 07 المتعلق بالمحروقات المؤرخ في 28 أبريل 2005.

(5) - الجزائر، القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المؤرخ في 20 فيفري 2006.

(6) - الجزائر، القانون رقم 08 - 13 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المؤرخ في 20 جويلية 2008 المتمم و المعدل للقانون رقم 85 - 05 ل 16 فيفري

1985.

من الأهمية بمكان قياس مدى استقلاليتها أثناء ممارستها لاختصاصاتها (المطلب الأول) قبل التعرض إلى وظائف السلطات الادارية المستقلة و طبيعتها القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الاول:

مدى استقلالية السلطات الادارية المستقلة في ممارسة اختصاصاتها

إن صفة الاستقلالية هي الميزة الخاصة لسلطات الضبط وعمادها، و بإنتفاء هذه الصفة ينتفي هذا الصنف القانوني، و بالعكس بقدر تجسيد مبادئ الاستقلالية بقدر ما نؤسس له. إذ أن عدم تبعيتها هو ما يميزها ويصنفها ضمن نظام قانوني جديد. و في هذا الصدد تقول الفقيهة الفرنسية (Guedon) أن القواعد القانونية المتعلقة بالاستقلالية هي عماد النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة، لأن عدم التبعية هي التي تعطي لها الأصالة و التفرد في جهاز الدولة.¹ لكن في الحالة الجزائرية فإن قاعدة الاستقلالية يشوبها الكثير من الشك، فواقع الحال يكذب النصوص القانونية، فهل تملك هذه الهيئات حقا مقومات الاستقلالية ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تجرنا إلى قياس درجة الاستقلالية من الجانب العضوي (الفرع الأول) قبل دراسة درجة الاستقلالية من الجانب الوظيفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

قياس درجة الاستقلالية عضويا

من الجانب العضوي، و إذا أخذنا مجلس المنافسة أنموذجا و بإعتبار عضو مجلس المنافسة ليس بالموظف العام الذي يمارس وظيفة دائمة، فهو أقرب إلى المنتخب لعهدة محددة المدة و المهام في مجلس محلي أو وطني. غير أن إكتساب العضوية لا يتأتى عن طريق الإنتخاب وفقا لأحكام تشريع المنافسة الجزائري.² هذا و قد ضمن المشرع وضعية خاصة لأعضاء المجلس و عدم قابليتهم للإقالة أو إنهاء المهام أثناء العهدة العضوية. و بذلك فإن مجلس المنافسة يشكل سلطة حقيقية ذات سيادة وبقدرتها على إصدار القرار. و كان المشرع قد نص على مبدأ الاستقلال المالي إضافة إلى الاستقلال الإداري في كل من التشريع القديم الملغى و كذا ضمن تدابير الأمر 03.03 (المادة 23) و هذا بشكل مقتضب لا يبين أدنى وسيلة وفرها المشرع لتكريس هذا المبدأ. فكيف يتم التعيين في المجلس؟ و من هم الأشخاص المؤهلون لذلك؟ و ما مدة و طبيعة عهدة الأعضاء؟

(1) - ينظر: GUEDON (M.); les autorités administratives indépendantes, Paris, LGDJ, 1991, p 62.

(2) - ينظر لمزيد من التفاصيل: سلطان عمار، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2012.

بعد التعديلات التي أدخلت على الأمر 03.03 الخاص بالمنافسة بمقتضى القانون رقم 12.08 الصادر في 25 جوان 2008 ولاسيما المادة 10 التي عدلت أحكام المادة 24، أصبح عدد أعضاء المجلس 12 من جديد. قسم المشرع الجزائري الأعضاء إلى ثلاث فئات، تضم الفئة الأولى 6 أعضاء من ذوي الشهادات الجامعية مع خبرة 8 سنوات مهنية في مجال القانون أو الاقتصاد وبالخصوص في مجال المنافسة، التوزيع والاستهلاك و في مجال الملكية الفكرية. أما الفئة الثانية فتضم 4 أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الذين مارسوا أو يمارسون نشاطات ذات مسؤولية مع خبرة 5 سنوات وشهادة جامعية و هذا في مجالات الإنتاج، التوزيع و الحرف و الخدمات و المهن الحرة، و فئة ثالثة بعضوين مؤهلين يمثلان جمعيات حماية المستهلكين، و لم يعطنا أدنى فكرة عن الجهة التي تختار و لا كيف تختار.

و أهم الملاحظات التي يمكن إبدائها بهذا الشأن هي: أولا اشتراط المشرع للمؤهل العلمي مع الخبرة المهنية وهو أمر يخدم و لا شك المجلس و يرفع من مستوى أدائه، ثانيا تبني مفهوم الملكية الفكرية كمجال من مجالات المنافسة بما يرد الاعتبار لقيمة الفكر و البحث العلمي والعمل الأدبي، و ثالثا توسيع مجال العضوية في المجلس و انفتاحه على المجتمع المدني في فئة المستهلكين على الأقل. و حسن فعل المشرع لأنه في الحقيقة فإن كل تدابير المنافسة تهدف إلى حماية مصلحة المستهلكين وهم عامة الجمهور إن لم نقل كله مما يجعل منه مصلحة عامة جديدة بالحماية و التبجيل. و رابعا نسجل غياب أي تمثيل للقضاة في تشكيلة المجلس، فبعد تقليص عددهم من خمسة في ظل الأمر 06.95 المنشأ لمجلس المنافسة و الملغى إلى اثنين بموجب الأمر 03.03، ثم أصبح عددهم صفرا بمقتضى قانون 12.08 المتعلق بالمنافسة.

و للمقارنة فإن القضاء لم يبق ممثلا في سلطات الضبط إلا بقاضيين في كل من اللجنة البنكية و لجنة رقابة التأمينات و قاض واحد في سلطة ضبط بورصة القيم المنقولة.¹ و هكذا فبعد أن كنا نعيب على المشرع تغييب السلطة التشريعية عن أي دور لها في تشكيلة السلطات الإدارية المستقلة و حرمانها من حق التعيين في بعض المناصب النوعية في الدولة، ها هو يقصي بكل بساطة السلطة القضائية أيضا لتستحوذ السلطة التنفيذية على المجلس اقتراحا و تعيينا. و بالمقارنة مع تشكيلة مجلس المنافسة الفرنسي في ظل مرسوم 1986، نلاحظ تواجد 16 عضو منهم 7 قضاة، 4 أعضاء يعينون بمرسوم بناء على تقرير من الوزير المكلف بالاقتصاد انطلاقا من قائمة من 8 أسماء تقترحهم السلطة القضائية، و 5 أعضاء يمثلون القطاع المهني.² و لا حاجة للتعليق على الاختلاف الجلي بين التشكيلتين.

ZOUAIMIA (R); le conseil de la concurrence et la régulation... op cit, p 25.

(1) - ينظر:

COLSON (J.P); Droit public économique, Paris, LGDJ, 1995, p 393.

(2) - ينظر:

ولما كانت عهدة أعضاء المجلس هي 05 سنوات قابلة للتجديد،¹ فإن الطموح بتجديد العهدة هو أمر عادي لكنه غالبا ما لا يكون بلا بثمن، إذ يجعل العضو في مركز ضعف يقدم تنازلات و يخضع للضغوط أملا في تجديد العهدة. والنتيجة التي ننتهي إليها فيما يخص الجانب العضوي لمجلس المنافسة هي غياب مبدأ الانتخاب كأسلوب لاكتساب العضوية في المجلس على الأقل في فئة المجتمع المدني الممثلة بجمعيات المستهلكين و الذين يبقى تمثيلهم محدودا. كما أن المشرع لم يبين لنا من هي الجهة التي لها حق الاقتراح على اعتبار أن تعيين الأعضاء من قبل رئيس الجمهورية ليس معناه أن يختارهم الرئيس بنفسه لأن هذا الأمر صعب التحقيق عمليا. كل هذا يؤسس لهيئة إدارية عادية تهيمن عليها السلطة التنفيذية عضويا بشكل كامل و لقد تأكد هذا المنحى مع وضع مجلس المنافسة لدى الوزير المكلف بالتجارة حسب نص المادة 9 من القانون 08-12 بعد أن كان وضعه لدى مصالح رئاسة الحكومة. و هو ما يتناقض مع مبدأ الاستقلالية المنصوص عليه في قانون المنافسة. و بنفس الطريقة عمل المشرع على تشكيل سلطة ضبط البريد و الاتصالات و كذلك مجلس القرض و النقد. أما الطريقة الثانية فقد اعتمدها المشرع في باقي الهيئات الإدارية المستقلة ضمن نصوصها التأسيسية، فاللجنة البنكية مثلا تتشكل من محافظ البنك المركزي رئيسا بحكم منصبه و ثلاثة أعضاء يختارهم رئيس الجمهورية، و قاضيين يقترحهما رئيس المحكمة العليا بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء، و يصدر رئيس الجمهورية قرارا لتعيينهم جميعا.

و من جهتها فإن هيئة ضبط و تسيير عمليات البورصة يتم تعيين أعضائها بمرسوم تنفيذي لكن الاقتراح يكون من عدة جهات مختلفة: عضو يختاره وزير العدل (قاضي) وآخر من اختيار وزير المالية و ثالث يختاره وزير التعليم العالي من بين الأساتذة الجامعيين.² و في ميدان الكهرباء و الغاز يتم تعيين الأعضاء من قبل رئيس الجمهورية بإقتراح من وزير الطاقة. ولعل من الملاحظات المهمة التي تستوقفنا من الناحية العضوية غياب ممثلي الشعب عن لعب أي دور في اقتراح أعضاء في السلطات الإدارية المستقلة فضلا عن عدم تمتع البرلمان بسلطة التعيين في المناصب الحساسة على الأقل في الدولة. بل الأدهى من هذا أن عدم مشاركة البرلمان في تعيين أعضاء في هذه السلطات يتناقض حتى مع الأسلوب المتبع في إطار قانون الإعلام لسنة 1990،³ و الذي بموجبه يتقاسم البرلمان سلطة تعيين الأعضاء في المجلس الأعلى للإعلام مع السلطة التنفيذية، فمن مجموع 12 عضوا يعين رئيس الجمهورية 3 أعضاء بما فهم رئيس المجلس، و 3 آخرون يعينهم رئيس المجلس الشعبي الوطني فيما

(1) - الجزائر، القانون رقم 12.08 المتعلق بالمنافسة الصادر في 25 جوان 2008 المعدل و المتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، (أصبحت العهدة 4 سنوات).

(2) - الجزائر، القانون رقم 04.03 المتعلق ببورصة القيم المنقولة الصادر في 17 فيفري 2003.

(3) - الجزائر، القانون رقم 07.90 الخاص بالإعلام الصادر في 03 أفريل 1990.

ال6 أعضاء الآخرون ينتخبون بالأغلبية المطلقة من بين الصحافيين المحترفين الذين عملوا لمدة 15 سنة على الأقل في الصحافة، الإذاعة والصحافة المكتوبة.¹

ونشير إلى أن قانون الإعلام هذا مأخوذ طبعاً عن التجربة الفرنسية، لهذا فلا نستغرب نصه على مبدأ إنتخاب نصف أعضاء المجلس الأعلى للإعلام، وهو العامل المفقود في التجربة الجزائرية. وعليه فإننا لا نفهم سبب إقصاء البرلمان عن المشاركة في تعيين أعضاء مجلس المنافسة، أو بالأحرى لماذا أقصى البرلمان نفسه عن لعب هذا الدور، وقد كان بوسعنا أن يعدل نصوص القوانين المعروضة عليه أثناء المناقشة ويلغي ما يراه غير مناسباً، وهذا ما يجعلنا نقول بكل أسف أن البرلمان يفتقد إلى الإستقلالية هو نفسه، وهو أبعد بكثير عن كونه سلطة حقيقية تواجه و تراقب السلطة التنفيذية،² فلا يعقل و الحال هكذا أن يساهم في دعم مبدأ الاستقلالية.

الفرع الثاني:

قياس درجة الاستقلالية وظيفياً

بالإحتكام إلى المعيار الوظيفي فلا يمكن للقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة أن تكون محل إلغاء أو تعديل من طرف سلطة أعلى، وهي تخضع للطعن القضائي و لا تقبل الطعن الإداري فيها برغم من الطبيعة الإدارية التي أعترف بها المشرع لهذه السلطات. لكن واقع الحال ليس كذلك فتستطيع الحكومة أن تتدخل في اختصاصاتها بطرق عديدة عبر ثغرات في تشريعاتها المختلفة. و في مجال المنافسة مثلاً تنص المادة 21 من القانون 03-03: « يمكن أن ترخص الحكومة تلقائياً إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو بناء على طلب من الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، و ذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة و الوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع». فالمادة ترخص صراحة للحكومة بالقفز على قرار مجلس المنافسة السلبي اتجاه مشروع التجميع. كما أن المادة 32 من الأمر الساري المفعول أحالت إلى التنظيم أمر القانون الأساسي وأجور أعضاء مجلس المنافسة. أما المادة 31 فقد نصت على أن يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيوره بموجب مرسوم، وعليه نلاحظ أن مجلس المنافسة لا يملك القدرة على إعداد قانونه الداخلي بنفسه.

و مثل هذه النصوص تتعارض مع الامتيازات التي خصها تشريع المنافسة القديم، إذ تنص المادة 34 من الأمر 06-95 على أن يحدد النظام الداخلي للمجلس و يصدر بمرسوم بناء على اقتراح رئيس المجلس و مصادقة المجلس عليه، مما يعطي للمجلس امتيازات قد لا يحصل عليها إذا تدخلت في إعداد قانونه الداخلي

(1) - لباد (ناصر)، السلطات الإدارية المستقلة، مجلة الإدارة ع 1، 2001، CDRA؛ الجزائر، 2001، ص 9.

(2) - ينظر لمزيد من التفاصيل: خروع أحمد، دولة القانون في العالم العربي الإسلامي بين الأسطورة والخيال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

جهات أخرى. و إن شئنا المقارنة فان مجلس القرض و النقد يعد بنفسه نظامه الداخلي حسب المادة 60 من الأمر الخاص بالقرض و النقد،¹ و نفس الشيء بالنسبة لسلطة ضبط البريد و الاتصالات إذ تتضمن المادة 20 من القانون 03-00 الصادر في 05 أوت 2003 و المحدد للقواعد العامة الخاصة بالبريد و الاتصالات على أهلية سلطة الضبط في تحديد قواعد التنظيم الداخلي لمصالحها، قواعد سيرها و مركز مديرها العام و أعضاء مجلسها و طاقمها البشري العامل. و على نفس المنوال سار المشرع بالنسبة لسلطة ضبط الكهرباء والغاز،² وهيئة بورصة القيم المنقولة.³

و من جهة أخرى فإن الحكومة و بمبادرة من وزير المالية تملك سلطة الحلول مكان الهيئة المستقلة المكلفة بتنظيم عمليات البورصة في حالة وجود إخلال واضح بالمهام المكلفة بها، كما تستطيع توقيف عمليات المضاربة في البورصة لمدة 05 أيام في حالة الظروف القاهرة أو الاضطرابات الكبيرة التي تؤدي إلى عرقلة سيرها العادي، و هذا طبقاً لأحكام المادة 50 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالبورصة. و رغم أن المشرع جعل العملية استثنائية فإن السلطة التنفيذية تستطيع بما تمتلك من إمكانيات أن تجعل منها قاعدة تكرسها بصفة عادية. نفس الملاحظة نستطيع أن نبديها فيما يخص علاقة مجلس القرض و النقد بالجهاز التنفيذي، لكن مع اختلاف في الآليات فقط فقراراته غير نافذة منذ إعلانها إلا بعد تحويلها كمشروع لوزير المالية في مهلة يومين و الذي يملك مهلة 10 أيام ليطلب تعديلها، و في هذه الحالة يجتمع المجلس مجدداً في مهلة 5 أيام ليصدر قراراته التي تصبح واجبة النفاذ مهما كانت طبيعتها. و غني عن القول أن صمت الوزير في فترة العشرة أيام مكتملة يفسر كمصادقة على القرارات، و عليه تصبح نافذة بعد إصدارها،⁴ و هذه الطريقة ما هي إلا قراءة ثانية غير معلنة.

مما تقدم نستنتج أن الهيئات الإدارية المستقلة لا تخلو من عناصر و عوامل التبعية المعروفة على الصعيد الإداري سواء على المستوى العضوي أو الوظيفي برغم النصوص القانونية التي تركز استقلاليتها، فالسلطة التنفيذية تملك عدة طرق تستطيع من خلالها ممارسة نوع من الرقابة الوظيفية على مجمل الهيئات الإدارية المستقلة، و سواء كانت طرق مالية أم قانونية فإنها تؤثر سلبياً بدون شك على الأداء الوظيفي لسلطات الضبط الاقتصادي و تحد من مردودها، كما أنها تصيب الطبيعة القانونية لها في مقتل فلا يمكن أن تجتمع صفة التبعية المكرسة في واقع الحال مع صفة الاستقلالية المكرسة نظرياً.

(1) - الجزائر، الأمر رقم 03.11 المتعلق بالقرض والنقد الصادر في 26 أوت 2003 المعدل للقانون 90-10.

(2) - الجزائر، القانون رقم 02.01 الخاص بالكهرباء و توزيع الغاز بالأنايبب الصادر في 05.02.2002. (المادة 126)

(3) - الجزائر، المادة 26 من المرسوم الرئاسي 93-10 المتمم و المعدل الخاص ببورصة القيم المنقولة الصادر في 23.05.1993.

(4) - الجزائر، المادة 65 من الأمر 03.11 المتعلق بالقرض والنقد الصادر في 26 أوت 2003.

المطلب الثاني :

اختصاصات السلطات الإدارية المستقلة والطبيعة القانونية لقراراتها

ينتظر من سلطات الضبط المستقلة أن تؤدي بعض الوظائف الأصلية للدولة تبعاً لانسحاب الأخيرة من ميدان الإقتصاد، فقد زودها المشرع بأدوات قانونية معتبرة تمكنها من أداء وظائفها بنجاح، تتمثل خاصة في جمعها لمهام مختلفة بعضها يعود للإدارة العامة فيما بعضها الآخر يعود للقضاء. وبهذا الصدد يقول أحد الفقهاء: " إن تجميع عدة وظائف من قبل سلطات الضبط المستقلة يعطيها الوسائل الشاملة والواقعية التي تمكنها من المراقبة، وهذا التجميع للإختصاصات يعتبر ميزة خاصة بها".¹ لذلك فإن قراراتها تتنوع بحسب مجال النشاط و بحسب موضوعه و هو ما نتناوله في (الفرع الأول) قبل التعرض إلى الطبيعة القانونية لقراراتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

أهم وظائف الهيئات الادارية المستقلة

تجمع السلطات الإدارية المستقلة وظائف عديدة بهدف تمكينها من أداء دورها بفعالية، و لأجل مواكبة ديناميكية النشاط الإقتصادي إتماداً على مبدأ المنافسة الحرة، إذ أن " نجاح سلطة الضبط في أداء مهامها يتطلب منحها سلطات مختلفة ومتوازنة : مراقبة دائمة، قدرة على إجراء التحقيقات، تكييف فوري ممكن دائماً و إصدار القرارات الفردية أو الجماعية و حق النطق بالعقوبات".² و بما أن هذه الهيئات متعددة و مختلفة فإنه يصعب عملياً استعراض مهامها. لكن يمكن إجمالاً تقسيمها إلى وظائف عادية "غير قضائية" (أولاً)، و إلى وظائف قضائية (ثانياً)، على أن نتخذ من مجلس المنافسة أنموذجاً بإعتباره أهم سلطة إدارية مستقلة.

أولاً: الوظائف العادية لمجلس المنافسة

خص المشرع مجلس المنافسة بوظائف مختلفة لتمكينه من أداء مهامه بفعالية، فالمجلس هو "هيئة مستقلة مختصة في تحليل و ضبط سير المنافسة في السوق من أجل حماية النظام العام الإقتصادي".³ و منه فإن الوظائف العادية لمجلس المنافسة هي تلك المهام الدائمة التي يمارسها من تلقاء نفسه بهدف ترقية المنافسة و حمايتها بحسب النص المنشأ له، و هذا يتطلب فتح على المنافسة مجالات النشاط الإقتصادي التي ما زال يحتكرها متعامل تاريخي، و فرض رقابة على السوق و حق التدخل لفرض النظام التنافسي فيه. و بصيغة

(1) - ينظر: jurisditionnalisation Brisson (J F) ; les pouvoirs de sanction des autorités de régulation : les voies d'une , WWW.gip-recherche-justice.fr

(2) - ينظر: FRISON-ROCHE (M A) ; op cit, p 612 .

(3) - ينظر: ZOUAÏMIA (R) ; le conseil de la concurrence et la régulation des marchés ... op cit, p 33.

أخرى معالجة الممارسات المنافسة للمنافسة. و مجلس المنافسة ليس المتدخل الوحيد في السوق بل هو حلقة في سلسلة مترابطة، لهذا فهو يحتاج إلى التعاون و التشاور مع بقية المتدخلين، و بناءا عليه خصه المشرع بوظيفة إستشارية نتعرض لها أولا قبل التفصيل في وظيفة ضبط السوق و مراقبته.

تنص المادة 19 من الأمر 06.95 المتعلق بالمنافسة (الملغى) على الإستشارة من قبل السلطة التشريعية فيما يخص إقتراح القوانين و مشاريع القوانين حول كل مسألة ترتبط بالمنافسة و هي ليست إجبارية إذ عبر عنها المشرع بعبارة "يمكن". و إقتراح القوانين لا يعني أن لمجلس المنافسة دور تشريعي بل هو من قبل قدرة السلطة التنفيذية على إقتراح مشاريع القوانين، و لا يفوتنا أن نلاحظ أن أغلب القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية مصدرها مشاريع قوانين تقترحها الحكومة. و عليه فلا نرى أي دور تشريعي لمجلس المنافسة وإنما تكون إستشارته من قبل الهيئة التشريعية بصدد طلب الخبرة، بإعتباره مختصا و له من الدراية في مجال اختصاصه ما لا تملكه الهيئة التشريعية. كما حددت المادة 19 سالفه الذكر الأطراف المعنية باستشارة المجلس و هي الحكومة، الجماعات المحلية، المؤسسات الإقتصادية و المالية، و قد وردت نفس التدابير في نص المادة 35 من الأمر 03.03 الحالي مع ملاحظة إسقاط النص الذي يجيز للهيئة التشريعية طلب رأي المجلس.

و من جهتها تنص المادة 20 من الأمر 06.95 على الحالات التي تكون فيها إستشارة مجلس المنافسة وجوبا و هي حول كل مشروع تنظيمي له إرتباط بالمنافسة أو يهدف على الخصوص إلى : إخضاع ممارسة مهنة أو دخول السوق إلى قيود من ناحية الكم، وضع رسوم خاصة في بعض المناطق أو النشاطات، فرض شروط خاصة لمباشرة نشاطات الإنتاج التوزيع و الخدمات، تحديد ممارسات موحدة في ميدان البيع. و قد حافظ المشرع على كل هذه التدابير في نص المادة 36 من التشريع الجديد، مع ملاحظة إسقاط كلمة (وجوبا) التي تضمنتها المادة 20 من التشريع السابق، فهل نفهم من هذا أن الحكومة تستطيع ألا تستشير المجلس حول مشاريع النصوص التنظيمية ذات العلاقة بالمنافسة؟ و الإجابة تكون بنعم لأنه إذا لم تكن الإستشارة وجوبا فسوف تكون إختياريا. و هذا معناه أن المشرع قد ترك مكانا للغموض بشكل مقصود لصالح السلطة التنفيذية، خاصة و أن هذا الأمر مصدره مشروع قانون للحكومة صدر في شكل أمر رئاسي صادق عليه البرلمان بغرفتيه بدون تعديل أو إثراء بما يعتبر استقالة وظيفية للهيئة التشريعية ؟

و من جهة أخرى يعتبر مجلس المنافسة هو المكلف بمهمة عامة لضبط النشاطات الإقتصادية الإنتاجية و التوزيعية، أي إخضاع السوق للمبدأ الأساسي الذي يقوم عليه نظام إقتصاد السوق ألا و هو حرية المنافسة، فيقوم بمراقبة السلوكات التي تمس بهذا المبدأ مثل الإتفاقات و التعسف في وضعية الهيمنة، ويمكنه الموافقة على الإتفاقات التي يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى نمو إقتصادي أو تكنولوجي أو تساهم في إمتصاص البطالة أو التي تسمح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أن تضمن لها مكانة تنافسية في السوق، بموجب المادة 09 من الأمر 03.03، وهو ما يعطي للمجلس سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض هذه الاتفاقات. كما أن المجلس يختص بالنظر في مشاريع التجميع الإقتصادي خاصة إذا كانت تهدف إلى تعزيز وضعية هيمنة على السوق، و

له أن يمنع أو يقر هذه المشاريع، و في حالة الموافقة فإن له أن يقترح بل يفرض شروطا من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة وفق أحكام المادتين 17 و 19 من الأمر.

ولمجلس المنافسة إختصاص عام للقيام بتحقيقات تخص شروط تطبيق النصوص التشريعية أو التنظيمية ذات العلاقة بالمنافسة، و إذا أثبتت هذه التحقيقات أن تطبيق هذه النصوص ترتبت عليه قيود على المنافسة فإنه يباشر كل العمليات لوضع حد لهذه القيود حسب تدابير المادة 37 من الأمر 03.03. ومن جهته فإن آخر تعديل لقانون المنافسة¹ وسع من نطاق إختصاص المجلس إلى النشاطات الفلاحية الصيد و تربية المواشي الصناعات التقليدية و الخدمات و البيع بالجملة... و هذا مهما كانت الجهات الصادرة عنها. و لا يفوتنا أن نشير إلى مهمة أخرى يتكفل بها المجلس ألا و هي توطيد علاقات التعاون و التشاور على الصعيد الوطني مع سلطات الضبط الأخرى، وكذلك على الصعيد الدولي مع الهيئات الأجنبية المختصة في المنافسة وفق ما تنص عليه المادة 39 و ما يليها و التي تحدد شروط التعاون الدولي. و على العموم فإن هذه هي أهم الوظائف العادية لمجلس المنافسة و هي في مجملها مهام إدارية تدخل في إطار سلطات الضبط الإداري المعروفة في أبعديات النشاط الإداري.

ثانيا : الوظائف الجزائية

نص الأمر 06.95 في الفصل الثالث المعنون المخالفات و العقوبات على مختلف المخالفات التي تشكل أساسا للوظيفة الجزائية لمجلس المنافسة و هذا إبتداء من المادة 61 إلى المادة 94، وهي في عمومها نفس المخالفات بإختلاف بسيط في العقوبات المنصوص عليها في الأمر 03.03 ضمن تدابير المواد 56 إلى 62 في الفصل الرابع المعنون العقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة و التجميعات. هذا و تعتبر الوظيفة الجزائية ثورة على النظم الكلاسيكية و بمثابة إختراع قانون جزائي للأعمال، فهي أخطر وظيفة يمارسها مجلس المنافسة و هي وظيفة القاضي الجزائي في الأصل. فما الذي أعطى هذا الحق لمجلس المنافسة؟

إنتهى الإجتهد القضائي المتوج بمجلس الدولة في فرنسا إلى أهمية خلق قواعد إختصاص لبعض سلطات الضبط الإقتصادي المستقلة، و هذا تكريسا لمبدأ الإقتصاد الرأسمالي وضرورة نزع الدولة ليدها عن النشاط الإقتصادي، فلجأ المشرع الفرنسي إلى توزيع مختلف النشاطات الإقتصادية المهمة و كذا مجال حقوق الإنسان على هيئات إدارية مستقلة مع منحها تفويضا لصلاحيات هامة و مختلفة ورثتها من إمتيازات السلطات العمومية، يتم بمقتضاها تجميع هيكل قانوني متناسق يسمح لها بالتحري عن المخالفات من تلقاء نفسها أو بإخطار من جهات ذات علاقة بقطاع النشاط المعني و التحقيق في الجرائم و المعاقبة عليها بإتباع إجراءات معينة مع تقديم الضمانات اللازمة بدون اللجوء إلى جهات أجنبية سواء إدارية أو قضائية، و بناءا عليه منح المشرع الفرنسي صلاحيات مماثلة لمجلس المنافسة.

(1) - الجزائر، القانون رقم 05.10 المتعلق بالمنافسة الصادر في 15 أوت 2010 المعدل و المتمم للأمر 03.03.

و لم يزد المشرع الجزائري شيئا على تبني النصوص الفرنسية ضمن المنظومة القانونية الوطنية، و من هذا المنطلق تقرر لصالح مجلس المنافسة تسليط عقوبات غير سالبة للحرية على كل شخص طبيعي أو معنوي يقع تحت طائلة الممارسات المنافية للمنافسة وفق أحكام المواد 13 و 14 من أمر 06.95 الملغى و المادتين 82 و 83 منه و بالنسبة للأمر 03.03 فالمواد 58 إلى 62. و قبل النص على العقوبات فغني عن القول أن كلا من الأمرين المذكورين ينصان على الممارسات و الأفعال المنافية للمنافسة وهي بمثابة الجرائم المعاقب عليها بموجب قانون العقوبات. و لما كان أمر ضبط الجريمة الاقتصادية يشترك فيه عدة أطراف، فإن تكييفها و العقوبة المنجزة عنها هي أمور تختص بها سلطة الضبط المعنية بنوع النشاط و بمجلس المنافسة الذي يمكن أن يمتد إختصاصه و يتداخل مع بقية السلطات الأخرى بحسب طبيعة موضوعه، إذ أن مبدأ المنافسة مكرس في كل القطاعات، و من هنا يمكننا أن نقارن بين هذا الدور للمجلس و دور القاضي. و لكن السؤال المهم هو: ألا يعتبر منح صلاحيات عقابية لمجلس المنافسة تعديا على دور القاضي الجزائري؟

تصعب الإجابة على هذا السؤال في ظل التشريع الجزائري، و هذا نظرا لإتباع المشرع الجزائري أسلوب حرق المراحل و القفز على الخطوات المنطقية التي يفترض أن يسلكها القانون في تطوره، لأن القانون كغيره من العلوم الإجتماعية يتأثر بعوامل عديدة إجتماعية و سياسية و ثقافية، تلعب هذه العوامل دورا حاسما في توجيه تطوره و في صياغة قواعده و تكوين مؤسساته و أدواته التنفيذية. و هذا خلافا لما يحدث في البيئة الفرنسية مثلا أين تلعب المؤسسات أدوارها المقررة لها كل في مجال إختصاصه، فيتدخل النواب عند اللزوم و المجلس الدستوري و كذا مجلس الدولة، وكل هذا موازاة مع الجدل الفقهي المستمر و الذي يؤدي في نهاية الأمر إلى الوصول إلى إجتهادات فقهية و قضائية تجد طريقها إلى التجسيد عبر قواعد تشريعية.

و بهذا الصدد تدخل المجلس الدستوري الفرنسي في أكثر من مناسبة ليؤسس لصالح هيئات الضبط نظاما عقابيا لا يتعارض مع دور القاضي الجزائري و لا يتعدى على صلاحياته بقدر ما يكمله و يتعاون معه، فأكد في قرار له أن المبادئ الدستورية التي تأسس للإجراءات الجزائية يجب أن تمتد إلى أي إجراءات أو تدابير ذات طبيعة جزائية حتى مع إجازة المشرع لسلطة غير قضائية النطق بها.¹ لكن مع شروط حصرية هي: ألا تكون العقوبات المقررة سالبة للحرية، و لا تمنح لها صلاحيات جزائية إلا في نطاق ضيق بما يسمح لها بأداء دورها المقرر قانونا. و يجب أن يكون النطق بالعقوبات عبر إجراءات قانونية تضمن حماية الحقوق الأساسية و الحريات المكفولة دستوريا.²

ZOUAIMIA (R) ; Les autorités administratives indépendantes, Op.cit, p 80.

(décision CC-88/248.DC. du 17/01/1989)

ZOUAIMIA (R) ; Ibid, p 81.

(1) - ينظر :

(2) - ينظر:

وإذا أردنا مقارنة مجلس المنافسة باللجنة البنكية المستحدثة بموجب قانون سنة 1990¹، فإن الأخيرة تتمتع بإزدواج وظيفي بحيث أنها أثناء قيامها بمهام مراقبة البنوك و المؤسسات المالية فإنها تقوم بعمل إداري مثل توجيه الإنذار و إتخاذ تدابير احترازية، أما أثناء تطبيقها للقواعد و الإجراءات التأديبية فهي تمارس عملا قضائيا، و قد تبني المشرع الفرنسي هذا الأمر فاعتبر اللجنة البنكية هيئة قضاء إداري و هذا بمناسبة تطبيقها لتدابير المادة (L.613.21). و عليه فإن مجلس الدولة الفرنسي أخضع الإجراءات أمامها إلى المبادئ الأساسية التي تحكم الهيئات القضائية أي: إحترام حقوق الدفاع، وحدة و عدم تجزئة القرار.

ومن جهتها فإن سلطة ضبط البريد و الإتصالات تتجلى فيها بوضوح صفة الإزدواجية الوظيفية من خلال تدابير القانون المتعلق بها² خاصة منه المادة 13، لكن الصفة الإدارية جالية أكثر خاصة في جانبها الوظيفي، مثل النص على منح ترخيصات الإستغلال و السهر على وجود منافسة فعلية، تخطيط و تسيير و تخصيص و مراقبة إستعمال الدبذبات، المصادقة على عروض التوصيل البيني و إعداد مخطط وطني للترقيم و غيرها من المهام الإدارية المكلفة بها، فإذا استثنينا الفقرتين 8 و 9 من المادة المذكورة أعلاه و اللتان تخصان الفصل في المنازعات و التحكيم، فإن بقية المهام تعتبر إدارية. و تخضع سلطة ضبط البريد و الإتصالات لرقابة مجلس الدولة للطعن في قراراتها، و ليس للطعن أثر موقف بحسب نص المادة 17 من هذا القانون.

و مما تقدم فإن السلطات الإدارية المستقلة تتميز بإزدواج وظيفي، فهي تمارس عملا إداريا أثناء أدائها المهام ضبط السوق و النظر في مشاريع التركيز، وتؤدي كذلك عملا قضائيا أثناء ممارستها لسلطاتها التأديبية و نطقها بالعقوبات المقررة قانونا. و بهذا الصدد يضرب لنا مجموعة من الفقهاء مثلا يشبه حالة مجلس المنافسة، ألا و هو إنعقاد مجلس ذو صبغة مهنية حسب ما هو مقرر في برنامجه لدراسة السير العادي للمهنة فمقرراته تكون إدارية، أما تناول هذا المجلس لقضية تأديبية لأحد منتسبيه فقراره يعتبر ذو طبيعة قضائية³. و قريبا من ذلك إعتبر مجلس الدولة في قراراتين له أن المجلس الأعلى للقضاء هو سلطة إدارية مركزية، لكن هذا الرأي لا يصمد في حالة إنعقاد المجلس في جلسة تأديبية، ففي هذه الحالة تتوفر فيه كل الشروط التي تعطيه الصفة القضائية بحيث أن قراراته تقبل الإستئناف لا الطعن بالنقض، وهذا ما نص عليه القانون الأساسي للقضاة رقم 11.04 الصادر في 06 سبتمبر 2004، خلافا لما كان عليه الوضع في ظل القانون الأساسي القديم الذي ينص في المادة 99 أن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى في القضايا التأديبية لا تقبل أي طريقة من طرق الطعن فيها⁴.

(1) - الجزائر، القانون رقم 90-10 المتعلق بالقرض و النقد المعدل و المتمم الصادر في 14 افريل 1990.

(2) - الجزائر، القانون رقم 00-03 المحدد للقواعد العامة للبريد و الإتصالات الصادر في 05 أوت 2000.

(3) - ينظر: DUPUIS (G), GUEDON (M.J), CHRETIEN (P) ; Droit administratif, 9ème éd, A.colin, Paris, 2004, p 593,

(4) - ينظر: ZOUAIMIA (R); les autorités indépendantes de régulation dans le secteur financier en Algérie, Alger : Houma, 2005, p 77.

الفرع الثاني :

الطبيعة القانونية لقرارات الهيئات الادارية المستقلة

إن الميزة الأساسية للضبط تتمثل في تجميع عدة وظائف مختلفة بين يدي سلطة الضبط للسماح لها بالقيام بمهامها المختلفة، فهي لا تتحرك نحو المستوى الأدنى فقط للفصل في النزاعات بين الأعوان الاقتصاديين، لكنها تتحرك أيضا نحو مستوى أعلى نظري للمساهمة في إيجاد قواعد اللعب بين الأعوان و البحث عن التوازنات الضرورية بينهم من أجل تحقيق أهداف عليا للسياسات العمومية في جانبها الإقتصادي. و أمام تعدد المهام فإن القرارات الصادرة عن هذه الهيئات تختلف بحسب مجالها و الجهة المخاطبة بها، لذلك فهي تتراوح بين الرأي والتوجيهات بداية، ثم الإنذار و إصدار الأوامر و أخيرا القرارات العقابية. و إذا كان إبداء الرأي و توجيه الإنذار، الموافقة أو رفض إعطاء الترخيص تعتبر قرارات ذات صبغة إدارية فإن إصدار الأوامر و النطق بالعقوبات هي بدون شك قرارات ذات صبغة قضائية. يترتب عن ممارسة المهام الجزائية لهذه السلطات أي النطق بالعقوبة المالية أو إصدار الأوامر واجبة النفاذ كهيئات قضائية للفصل في المنازعات المعروضة عليها، إصدارها لقرارات ذات طبيعة قضائية في فحواها حتى و لو لم تصدر في الصيغة المعروفة « باسم الشعب الجزائري ».

1 - إصدار الأوامر :

بمقتضى تدابير المادة 45 من الأمر 03.03 المتعلق بالمنافسة و التي تنص على أن مجلس المنافسة يتخذ أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض و الملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر بها من إختصاصه، و تضيف المادة أنه يمكن للمجلس أن يقرر عقوبات مالية إما نافذة و إما في الأجل التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر، و يمكنه أيضا أن يأمر بنشر قراره أو مستخرج منه أو تعليقه أو توزيعه. فنلاحظ أن مثل هذا القرار يأتي في صيغة أمر فهو إلزامي و واجب النفاذ، و يترتب عن عدم تنفيذه عقوبات مالية ينطق بها المجلس، فمثل هذا القرار و لا شك ذو طبيعة قضائية و إن لم يصدر في الصيغة المعروفة، و يجوز للمجلس علاوة على ذلك نشره أو تعليقه، و هذا الأمر هو بمثابة عقوبة معنوية إضافية (تكميلية). ولما كانت هذه الأوامر ليست عقوبات في حد ذاتها فإن نشرها ضمن النشرة الرسمية للمنافسة التي نص عليها القانون 12.08 يمكن أن يترتب ضررا ماديا أو معنويا على المؤسسات المعنية بها. وعلى هذا الأساس فإن مجلس الدولة الفرنسي إعتبرها قرارات ذات قيمة قضائية و أخضعها إلى إختصاصه فيما يخص فحص مدى مشروعيتها.¹ أما في الجزائر فإن الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة تخضع لرقابة القاضي العادي مثلها مثل العقوبات المالية.

(1) - ينظر: Autin (L); Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes, JCP, Paris, 1987, p92.

و بإعتبار مجلس المنافسة مكلف بمهمة المحافظة على النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي،¹ فيمكنه التأثير في قرارات المؤسسات بواسطة سلطته في إصدار الأوامر، و يستطيع أن يتدخل في عمق العقود و يفرض تعديل البنود المخلة بمبدأ المنافسة الحرة. و مثال ذلك القرار رقم 01/99 الصادر في 23 جوان 1999 المتضمن أمر إلى مؤسسة (ENIE) لإنهاء ممارستها المخالفة لأحكام المادة 7 من الأمر 06.95 المتعلقة بإستغلال وضعية الهيمنة. ترتب عن هذا الأمر لجوء المؤسسة إلى معاودة المفاوضات مع شركائها لإبرام عقود جديدة لا تتنافى مع تدابير تشريع المنافسة.² و عليه فمجلس المنافسة يمكنه الدخول في صلب قرارات المؤسسات و لعب دور ضابط حقيقي، خلافا لدور القاضي الذي لا يملك إلا إلغاء العقد كليا أو جزئيا.

2 - إصدار القرار بالعقوبة المالية :

يصدر مجلس المنافسة عقوبات مالية تطبق مباشرة أو عند عدم تطبيق الأوامر التي يكون قد أصدرها في الأجل المحددة، و هذا في حق المؤسسات التي تنتهك القوانين التي تضبط المنافسة و بالخصوص الإتفاقات غير المشروعة، إستغلال وضعية الهيمنة، الإستغلال المفرط لحالة التبعية و التجميعات الممنوعة. و قد إعتد المشرع في تحديد قيمة العقوبة على أساس نسبة مئوية من رقم الأعمال المحقق في آخر سنة و هي 7 % بمقتضى المادة 61 من الأمر 03.03 قبل أن تصبح 12% كحد أقصى تبعا للتعديل الوارد في المادة 56 من قانون 12.08. و في حالة عدم إمكانية تحديد رقم أعمال للمعني بالغرامة المالية فإن المشرع حدد الغرامة المالية ب 6 ملايين دج كحد أقصى. كما ترك المشرع سلطة تقديرية واسعة لمجلس المنافسة لتقدير الغرامة، فنص على بعض ظروف تشديد العقوبة مثل مدى خطورة الممارسة و الضرر الذي يلحق بالاقتصاد الوطني و قيمة الربح المحقق من طرف المخالف، و كذلك ظروف تخفيف العقوبة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية و تتعاون و تتعهد بعدم إرتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر (المادة 62 من الأمر 03.03). كما قرر المشرع لصالح المجلس النطق بالغرامة التهديدية المقدرة ب 150 ألف دج عن كل يوم تأخير، إذا لم تنفذ الأوامر و الإجراءات المؤقتة الواردة في المادتين 45 و 46 ، وفقا لأحكام المادة 58 من الأمر 03.03.

3 - العقوبة التكميلية :

و هي كما أشرنا قيام المجلس بنشر القرارات الصادرة عنه و عن مجلس قضاء الجزائر و عن المحكمة العليا و عن مجلس الدولة المتعلقة بالمنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة. كما يمكن نشر مستخرجات من قراراته و كل المعلومات الأخرى بواسطة أي وسيلة إعلامية، وفقا لنص المادة 23 من قانون 12.08 المعدلة لنص المادة

(1) - ينظر الموقع الإلكتروني: (Rapport annuel du conseil de la concurrence 2005, p 95). www.conseil-concurrence. Fr/;

(2) - ينظر: ZOUAIMIA (R) ; le conseil de la concurrence et la regulation ...Op.cit, p 40.

49 من الأمر 03.03. و هذا الأمر يمس بالسمعة التجارية للمؤسسات و يصيبها بأضرار مادية، و هو ما يعتبر رادعا لها و داعيا لإحترام أحكام تشريع المنافسة.

الخاتمة:

لم يتم تنصيب مجلس المنافسة المنشأ سنة 2003 إلا في سنة 2013 و هذا بعد وعود عديدة أطلقها وزير التجارة خاصة بعد أحداث جانفي 2011 المواقبة لثورات الربيع العربي، كل هذا يجعلنا نوافق الرأي الذي ذهب إليه دراسة بقولها: " أثبت مجلس المنافسة عدم فعاليته منذ تأسيسه في سنة 1995 و أنه عبارة عن ديكور ليس إلا،"¹ مما يثير أكثر من تساءل حول دور مجلس المنافسة و أهميته بالنسبة للاقتصاد الجزائري. نفس التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة لكل من مجلس القرض و النقد و اللجنة البنكية أمام الفضائح المالية التي يعرفها قطاع المالية. و لا أظني في حاجة للتذكير بفضائح بنك بدر و خليفة بنك و البنك التجاري و الصناعي و أنه قد تم تصفية المؤسستين الأخيرتين، و هو ما يكاد يجعل من البنوك التي لم تتعرض للاختلاس استثناء إن دل على شيء فإنما يدل على غياب ليس فقط سلطتي الضبط و مجلس المحاسبة بل الوصاية أيضا بكل أجهزة الرقابة التي تملكها و مفتشياتها العامة و الخاصة، و أيضا السلطة القضائية.

أما بقية السلطات الإدارية المستقلة فتلعب أدوارا لا بأس بها و نخص بالذكر سلطة ضبط البريد و الاتصالات و التي تدخلت في أكثر من مناسبة للفصل في منازعات متعاملي الهاتف النقال فأقرت اختصاصها في النزاع الذي جمع متعامل الهاتف النقال جيزي (OTA) ضد المتعامل الآخر (AT) رغم أن موضوعه يتعلق بممارسة منافية للمنافسة، و فسرت ذلك بأن التسعيرة المعتمدة فيما بين شبكات المتعاملين يمكن أن تكون محل تحديد من طرف سلطة الضبط و أن هدف هذا التحديد هو تطور المنافسة في السوق. و في نزاع آخر جمع نفس المتعاملين في موضوع اعتماد سعر مدعم لخدمة تنافسية أو بيع بالخسارة حكمت السلطة لصالح المتعامل الأول ضد الثاني، بل و أصدرت له أمرا لسحب العرض زيادة على تعويض يدفعه للمتعامل المتضرر.²

كما أن سلطة ضبط البريد و الاتصالات دخلت في نزاع مع الوزارة الوصية انتهى بمغادرة الوزير لمنصبه و تعويضه بالسيدة التي كانت تشغل منصب مديرة سلطة ضبط البريد و الاتصالات في التعديل الوزاري لسنة 2013، مما يبين المكانة المرموقة التي أصبحت تتبوأها السلطات الإدارية المستقلة. و هذه المكانة جاءت بالعمل و المثابرة و التدخل في السوق كلما كان ذلك ضروريا و استغلال الصلاحيات الممنوحة لها أحسن استغلال و الاستفادة من النصوص القانونية التي تضمنتها مختلف تشريعاتها لأقصى درجة و هذا حتى توقف عند حده كل من أراد أن يقفز عليها و يتخطاها سواء كان الأمر من المتعاملين أو من الوصاية أو من أية جهة أخرى.

(1) - ينظر: LAGHOUATI (S), FASSIER (F) et MEBROUKINE (A); le droit algérien de la

concurrency à la croisée des chemins, RDAI n°5, 2006, p 691, (une structure décorative)

(2) - أنظر موقع سلطة البريد و الاتصالات (17 ماي 2014) : www.ARPT.Dz/ (Décision n°11/sp.PC/ARPT du 12 mars 2007)

و عليه تعتبر السلطات الإدارية المستقلة شكلا جديدا من أشكال ممارسة صلاحيات السلطات العامة من قبل هيئات ذات بنية مجلسية خاصة و متميزة و تتمتع بإستقلالية نسبية عن السلطة التنفيذية. و رغم أن هذه السلطات مقتبسة من التجارب الغربية و الفرنسية بالخصوص فقد أصبحت اليوم جزء لا يتجزأ من المنظومة القانونية التي تمارس الدولة من خلالها الوظائف الجديدة التي أنيطت بها في إطار التحول نحو اقتصاد السوق. و نظرا لتشكيلتها المتأتمية على العموم من أعضاء ذوي خبرة و ممارسة في عالم المال و الاقتصاد و لتمييزها بالتخصص في مجال محدد بما يؤدي إلى تراكم الخبرة مع الزمن و من ثم التدخل بسرعة و فعالية كلما كان ذلك ضروريا من أجل ضبط السوق و مراقبته، فقد غدت بديلا فعالا لإدارة بيروقراطية و كثيرة الانشغالات و نتيجة حتمية للدينامكية التي تميز عالم الاقتصاد.

و من جهة أخرى تتمتع السلطات الإدارية المستقلة ببعض صلاحيات القاضي الجزائري و لها القدرة على معاقبة بعض الممارسات المخلة بمبادئ اقتصاد السوق في نطاق اختصاصها النوعي، و قد أصبحت تعتبر مظهرا من مظاهر إقصاء القاضي الجزائري عن الحقل الاقتصادي، نظرا لإجراءاته البطيئة. و هي وسيلة تضيي على أداء الإدارة المشروعية و الفعالية نتيجة مساهمة الأعوان الاقتصاديين في ضبط القطاع الذي يشتغلون فيه بأنفسهم، و كما يقال فإن أهل مكة أدرى بشعابها. و علاوة على ذلك تحقق هذه السلطات المرونة في العمل و تضمن بعض التوازن بين المصلحة العامة للمجتمع و المصلحة الخاصة للأفراد في مسعاهم إلى تحقيق الثروة و النمو لرأسمالهم، و بالتالي مواكبة التطورات الاقتصادية و المساهمة في تطور البلاد.

لكن ما طبع التجربة الجزائرية في هذا المجال ذلك التناقض بين محتوى النصوص القانونية و بين الممارسات العملية، إذ أن سلطات الضبط المعتمدة إلى اليوم تنحو إلى التبعية الإدارية أكثر مما تنحو إلى الاستقلالية. و تملك الإدارة الكثير من الوسائل للتأثير على السلطات الإدارية المستقلة سواء في الجانب العضوي أو الجانب الوظيفي مما يبين أن الاستقلالية في مفهوم النظام السياسي غير مرحب بها برغم النصوص القانونية التي تكرسها. و للتذكير فإن السلطة القضائية في الواقع تعاني في حد ذاتها من هيمنة السلطة التنفيذية و يبقى أمر استقلاليتها نسبي و نظري أكثر مما هو واقعي.¹ و نفس الملاحظة تصلح اتجاه السلطة التشريعية مما يجعلنا ننادي بضرورة تكريس المبادئ الأساسية لدولة القانون قبل الانتقال إلى مثل هذه التفاصيل.²

وأخيرا و من أجل تفعيل أداء السلطات الإدارية المستقلة فإنني اقترح اعتماد الانتخاب كوسيلة أساسية لنيل العضوية في هذه الهيئات على أن تحدد الهيئة الناخبة من بين الفاعلين المتخصصين في مجال النشاط، و أن تمارس العضوية لعهد واحد غير قابلة للتجديد. كما أرى ضرورة تدعيم مبادئ الاستقلالية وظيفيا بما

(1) - ينظر لمزيد من التفاصيل : بن عبيدة (عبد الحفيظ)، استقلالية القضاء و سيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري و الممارسات، منشورات البغدادي، الجزائر، 2008.

(2) - ينظر لمزيد من التفاصيل : سلطان عمار، الثنائية المجلسية للسلطة التشريعية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2018.

يضمن عدم تأثير السلطة على قراراتها و لا المقاولات، وأن تتخذ القرارات بأغلبية مشروطة قانونا و أن تخضع للطعن القضائي الموحد لدى مجلس الدولة لا غير. كما أكد على ضرورة ضبط صلاحياتها بشكل حصري حتى لا تتداخل فيما بينها بل تتكامل و تتعاون من أجل هدف أسمى يخدم الاقتصاد الوطني و يحفز عملية جلب الاستثمار الأجنبي و بالتالي المساهمة في تحريك التنمية بمفهومها الشامل.

قائمة المراجع :

1- المراجع باللغة العربية :

- بن عبيدة (عبد الحفيظ)، استقلالية القضاء و سيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري

والممارسات، منشورات البغدادي، الجزائر، 2008.

- خروع أحمد، دولة القانون في العالم العربي الإسلامي بين الأسطورة والخيال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

- سلطان عمار، الثنائية المجلسية للسلطة التشريعية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2018.

- سلطان عمار، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2012.

- لباد (ناصر)، السلطات الإدارية المستقلة، مجلة الإدارة ع 1، 2001، CDRA ; الجزائر، 2001.

2- المراجع باللغة الفرنسية :

- AUTIN (L); Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes, JCP, Paris, 1987.,

- COLSON (J.P) ; Droit public économique, Paris, LGDJ, 1995.

- DU MARAIS (B) ; Droit public de la régulation économique. Paris, Dalloz, 2004.

- DUPUIS (G), GUEDON (M.), CHRETIEN (p) ; Droit administratif, A.colin, 9ème éd, Paris, 2004 ,

- FRISON ROCHE (AM); Droit de la régulation, Dalloz, Paris, 2004.

- GUEDON (M.); les autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris, 1991.

- LAGHOUATI (S), FASSIER (F) et MEBROUKINE (A); le droit algérien de la concurrence à la croisée des chemins, RDAI n°5, 2006.

- LOMBARD (M) ; Institution de régulation économique et démocratie politique, AJDA, Dalloz, Paris, 2005.
- TEITGEN-COLLY (C) ; les instances de régulation et la constitution, Paris, RDP, 1990 .
- TEITGEN-COLLY (C); Histoire d'une institution: Les autorités administratives indépendantes, PUF, Paris, 1988.
- ZOUAIMIA (R) ; les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Houma, Alger, 2005.
- ZOUAIMIA (R) ; le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien, Revue Idara
n° 36, Alger, CDRA, 2008.
- ZOUAIMIA (R); les autorités indépendantes de régulation dans le secteur financier en Algérie, Alger, Houma , 2005.

3 - النصوص القانونية :

- الأمر 03.03 المتعلق بالمنافسة الصادر في 19 يوليو 2003،
- الأمر رقم 37.75 المتعلق بالأسعار والعقوبات الخاصة بمخالفة تنظيم الأسعار الصادر في 29 أبريل 1975.
- (1) - الجزائر، المادة 63 من الأمر 03.03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بالمادة 31 من القانون 12.08 المتعلق بالمنافسة.
- (1) - الجزائر، القانون رقم 10-90 المتعلق بالقرض و النقد الصادر في 14 أبريل 1990.
- (1) - الجزائر، القانون رقم 04.06 المتعلق بالتأمينات الصادر في 20.02.2006 المعدل للأمر 07.95 المتعلق بالتأمينات.
- (1) - الجزائر، القانون رقم 02 - 11 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002.
- (1) - الجزائر، القانون رقم 05 - 12 المتعلق بالمياه المؤرخ في 4 أوت 2005.
- (1) - الجزائر، القانون رقم 05 - 07 المتعلق بالمحروقات المؤرخ في 28 أبريل 2005.
- (1) - الجزائر، القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20 فيفري 2006.

(1) - الجزائر، القانون رقم 08 - 13 المتعلق بحماية الصحة و ترقيةها المؤرخ في 20 جويلية 2008 المتمم و المعدل للقانون رقم 85 - 05 ل 16 فيفري 1985.

- الجزائر، القانون رقم 05.10 المتعلق بالمنافسة الصادر في 15 أوت 2010 المعدل و المتمم للأمر 03.03.

- الجزائر، القانون رقم 90-10 المتعلق بالقرض و النقد المعدل و المتمم الصادر في 14 افريل 1990.

- أنظر القانون رقم 00-03 الصادر في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة للبريد و الإتصالات.

4 - المراجع الالكترونية :

- الموقع الالكتروني لمجلس المنافسة في الجزائر: www.conseil-concurrence.Dz/

موقع سلطة البريد و الاتصالات: www.ARPT.Dz/

; les pouvoirs de sanction des autorités de régulation : les voies d'une juridictionnalisation ,

)J F(Brisson WWW.gip-recherche-justice.fr

(L) ; Normes , www.credeco.unice.fr BOY

STIRN (A) ; les autorités administratives indépendantes, www.Lexinter.Net

تسليم البضائع في عقد النقل البحري

Delivery of goods in the contract of Maritime Transport

شهاب عينونة، طالبة في سلك الدكتوراه في القانون البحري والنشاطات المينائية
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، الجزائر.

Chiheb ainouna, university oran 2 mohamed ben ahmed, Algeria.

الملخص:

تسليم البضائع عملية مهمة في سلسلة النقل البحري وعلى أساسه ينقضي عقد النقل ويتحلل الناقل من مسؤوليته في حالة ما إذا وصلت البضائع سليمة إلى المرسل إليه بعد التحقق منها، أما إذا أصيبت البضائع بهلاك أو تلف وحتى التأخير في تسليمها فإن الناقل يصبح ملزماً بتعويض المرسل إليه وفقاً لإجراءات الإخطار المحددة.

الكلمات المفتاحية: عقد النقل البحري، البضائع، تسليم، الناقل، المرسل إليه، هلاك، تلف، تأخير، مسؤولية.

Abstract :

Delivery of goods is an important process in the shipping chain, on the basis of which the contract of carriage terminates and the carrier degrades its liability in the event that the goods arrive intact to the consignee after verification, If the goods are damaged and even delayed delivery, the carrier becomes obliged to compensate the consignee in accordance with the specified notification procedures.

Keywords : Contract of Maritime Transport, the goods, Delivery, the carrier, consigner, destruction, damage, delay, liability.

مقدمة

عقد النقل هو العقد الذي يتعهد فيه الناقل بأن ينقل بحرا بضاعة للشاحن في الميناء المقصود لقاء أجر معلوم، و في ظل هذا العقد يترتب على الناقل تسليم البضائع بحالة سليمة إلى المرسل إليه، ويعد الناقل مسؤولاً عند حدوث هلاك أو تلف، إلا إذا توفر لديه سبب من الأسباب التي تبيح له دفع المسؤولية عن كاهله والإعفاء منها، وعلى أساسه تطرح الإشكالية التالية: كيف يتم تسليم البضائع في ظل عقد النقل البحري؟

المبحث الأول: الإطار العام لعملية تسليم البضائع:

تسليم البضائع عمل قانوني يتحقق به تنفيذ الناقل لالتزاماته ويترتب عليه انقضاء عقد النقل البحري، فلا تنتهي مسؤولية الناقل عن البضاعة إلا بتسليمها للمرسل إليه أو نائبه تسليماً فعلياً بحيث تنتقل إليه حيازتها ويتمكن من فحصها والتحقق من حالتها أو مقدارها، ولا يغنى عن ذلك التسليم وصول البضاعة إلى الجهة المقصودة، ولو أخطر المرسل إليه بوصولها وأعذر باستلامها طالما أنه لم يتسلمها فعلاً¹.

المطلب الأول: مفهوم تسليم البضائع:

النصوص الدولية من معاهدة بروكسل وقواعد هومبورغ وكدا اتفاقية روتردام لم تعط أية واحدة منها مفهوماً محدداً للتسليم، وقد عرف الأستاذ روديار التسليم كما يلي: يعد التسليم تصرفاً ينهي الالتزام الأساسي للناقل بوضع البضائع لحساب المرسل إليه، ويقبل هذا الأخير بأخذ البضائع المسلمة له بحضوره، ويفهم من هذا التعريف أن التسليم لا يكتمل إلا بواسطة مساعدة و مؤازرة إرادة الناقل و المرسل إليه، و منه يتم التسليم من الطرفين: الناقل عندما يلتزم بالتسليم والمرسل إليه بقبوله أخذ البضائع.

وقد أعطى القانون البحري الجزائري تعريفاً للتسليم ليس بالبعيد عن تعريف الأستاذ روديار و ذلك في المادة 739 فقرة 02 بنصها: "التسليم هو تصرف قانوني يلتزم الناقل بموجبه بتسليم البضاعة المنقولة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني، مع إبداء قبوله بها، ما لم ينص على خلاف ذلك في وثيقة الشحن"².

ويستنتج من هذه المادة أن التسليم يتم في الوقت الذي يأخذ المرسل إليه البضائع، على اعتبار أن عقد النقل البحري يبدأ من يوم تحمل الناقل عملية شحن البضائع وينتهي إلى غاية تسليمها للمرسل إليه أو لممثله

¹ كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003، الطبعة الثانية، ص 31.

² الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 47،

والمعدل والمتمم بالقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتضمن القانون البحري الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46.

القانوني، و من الواضح أن هذه المادة لم تحدد بصورة دقيقة الوقت الذي يعتبر فيه أن البضائع قد سلمت للمرسل إليه، وينتج عن التسليم انتقال عبء تحمل الخسائر والأخطار إلى المرسل إليه وكذا بداية سريان آجال الإخطارات، غير أن هذه القاعدة لها استثناء إذ أنه يمكن انتقال عبء تحمل الأخطار إلى المرسل إليه دون حدوث تسليم وذلك في حالة ما إذا بلغ الناقل المرسل إليه بالتسليم ولا يتقدم هذا الأخير للتسليم أو رفض أخذ البضائع.¹

ولا يعتبر تسليم البضاعة إلى مصلحة الجمارك تسليمًا فعلياً؛ لأن هذه المصلحة لا تعد نائبة عن المرسل إليه في استلام البضاعة وإنما تتسلمها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها هي تحصيل الرسوم الجمركية المستحقة عليها.

وقد نصت قواعد هومبورغ في مادتها 04 فقرة 02 بند - ب - على اعتبار أن البضائع قد تم تسليمها بمجرد تسليمها للمرسل إليه، أو بوضعها تحت تصرف المرسل إليه وفقاً للعقد أو القانون أو العرف المتبع في التجارة المعينة بميناء التفريغ، وذلك في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل، أو بتسليمها إلى سلطة أو طرف ثالث آخر توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء التفريغ تسليم البضائع له.

وتسبق عملية التسليم عملية التحقق من البضاعة وفحصها والتي تحصل على الرصيف بعد التفريغ، وهذه العملية تشمل التحقق من ذاتية البضاعة وكميتها عدداً وكيلاً أو مقاساً أو وزناً، و من حالتها إذا كان بها هلاك أو عجز أو تلف، وتستهدف هذه العملية أغراضاً ثلاثة:

1- إثبات أن كل البضاعة قد فرغت.

2- معرفة حالتها وإثبات ما بها من تلف.

3- حساب الأجرة إذا كان متفقاً على تحديد قدرها على أساس الكمية المفرغة.

والتحقق من البضاعة حق للمرسل إليه لا يتوقف على مكان التسليم أو طبيعة البضاعة أو الحالة الخارجية للطرود؛ فالتحقق يرد على الحالة الداخلية للطرود كما يرد على الحالة الخارجية، وهو تحقق يحصل دون شكلية معينة و دون أية مصاريف، ولكن كيف يمكن للمرسل إليه فحص البضاعة وهو لم يتسلمها بعد طالما أن عملية التحقق من البضاعة وفحصها تسبق عملية التسليم؟

الواقع أن التسليم المقصود الذي ينهى عقد النقل البحري هو التسليم بالمعنى القانوني وهو يتكون من عدة عمليات:

¹ Lekhmissammeri, la livraison de marchandises dans le contrat de transport maritime, centre de droit maritime et des transports Aix-en-provence, universite de droit d'economie et des sciences d'Aix-marseille, septembre 2001, page 12.

1-وضع البضاعة في حيازة المرسل إليه أو بعبارة أخرى التسليم المادي الذي يتم بوضع البضاعة في حيازة المرسل إليه.

2- هي العملية التي يتم بها التسليم القانوني وتكون بعد حصول ذلك التحقق من جانب المرسل إليه حيث يسلم هذا الأخير الناقل سند الشحن مؤشراً عليه بما يفيد التخالص أو أية مخالصة أخرى.

ويقوم المرسل إليه عند وصول البضائع بتسليم سند الشحن إلى شركة الملاحاة التي تسلمه في المقابل أمر التسليم "delivery order"، الذي يقدمه المرسل إليه إلى الربان ليتسلم بضاعته وأمر التسليم الموقع عليه من الناقل أو ممثله يخول المستفيد حقاً مباشراً قبل الربان، ويتمتع حامل أمر التسليم بكافة الحقوق والالتزامات والمزايا التي يتمتع بها حائز سند الشحن بالنسبة للبضاعة، وقد يكون أمر التسليم اسماً أو لحامله كما قد يتضمن شرط الأذن.¹

ويثار تساؤل حول ما إذا كان من الممكن أن يكون التفريغ ممزوجاً مع التسليم؟

فالتسليم لا يتم إلا في ميناء المرسل إليه مع الوضع في الحسبان الظروف الاستثنائية كالحرب و الإضراب أن يتم التسليم في ميناء قريب، فالتسليم لا يتم إلا مع نهاية التفريغ، ولا يمكن أن يحصل التسليم قبل نهاية التفريغ ولكن يمكن أن يكون ملازماً لنهاية التفريغ.

المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام بالتسليم:

يعد وقت التسليم أحد المواضيع الأكثر إشكالاً في مجال النقل البحري على أساس أن النصوص لم تقم بتوضيح نهايته، فبالنظر إلى معاهدة بروكسل لم تتناول توضيح تسليم البضائع في الأحكام العامة، أما قواعد هومبورغ فحسب الفصل المتعلق بالأحكام العامة يمتد وقت التسليم إلى غاية تنفيذ الناقل لعملية التسليم.

أما عن طرق التسليم التي يقصد بها نهاية تنفيذ عمليات التسليم؛ فهذه الطرق لا تحكمها أية قواعد محددة سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي، فالأطراف ي أحرار في الاتفاق على كيفية التسليم كشرط التسليم تحت الروافع.²

أولاً- قبول تسلم البضائع:

عند وصول البضائع إلى مقصده، يعلم الناقل أو أحد أعوانه المرسل إليه بوصول البضاعة، حينها يجب على المرسل إليه الذي يطالب بتسليم البضائع إليه بمقتضى عقد النقل أن يقبل تسلم البضائع في الزمان والمكان

¹ كمال حمدي، المرجع السابق، ص 32 – 34.

² Lekhmissimamneri, opcit, page 52,66.

المتفق عليهما في عقد النقل، وفي حال عدم وجود اتفاق على الزمان والمكان اللذين يمكن بصورة معقولة توقع التسليم فيهما تراعى العادات أو الأعراف أو الممارسات المتبعة في المهنة و ظروف النقل.¹

فقد أثارت المادة 43 من اتفاقية روتردام عدة نقاشات، وتوصل الفريق الإفريقي العامل على هذه الاتفاقية إلى أنه يجب التوضيح والتدقيق في توجيه الناقل للمرسل إليه إشعاراً بالوصول حتى يسمح له في أخذ الإجراءات الخاصة باستقبال البضائع.

فالمنطق يفرض أن يكون من له الحق في قبول التسليم على علم بأن "البضائع قد وصلت إلى مقصدها" كما يفهم من الجملة الأولى من المادة 43، وأخيراً أحكام المادة 43 لا تتناول سوى توضيح زمان التسليم ومكانه.

وزمان التسليم ومكانه لا يكون متفق عليهما مبدئياً إلا في وثائق النقل التي تعبر عن العلاقة التعاقدية، وإذا لم يحدد العقد زمان التسليم ومكانه، فيجب اللجوء إلى العادات أو الأعراف أو الممارسات المتبعة في المهنة وظروف النقل طبقاً للمادة 43 منها.²

ثانياً- الإقرار بتسليم البضائع:

عند التسليم يقر المرسل إليه، بناء على طلب الناقل أو الطرف المنفذ الذي يسلم البضائع، بتسليم البضائع من الناقل أو الطرف المنفذ على النحو المتعارف عليه في مكان التسليم، و يجوز للناقل أن يرفض التسليم إذا رفض المرسل إليه أن يقر بذلك التسليم.³

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية المتخذة عند حدوث إشكال في تنفيذ التسليم:

توجد بعض الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها في حالة حدوث إشكال في تنفيذ تسليم البضائع، وهي غاية في الأهمية لدرجة أنه كثيراً ما يؤدي عدم احترامها أو عدم الإلمام بها أو التكاثر والتباطؤ في القيام بها في مدة محددة إلى فقدان الحق بكامله.

المطلب الأول: الإمتناع عن إستلام البضائع:

إذا لم يتقدم المرسل إليه لاستلام البضاعة، أو رفض استلامها، وإذا كان غير معروف، يودع الناقل البضاعة في المستودع في مكان أمين على نفقة المرسل إليه ويقوم فوراً بإعلام الشاحن بذلك والمرسل إليه إذا كان معروفاً، ويحق للناقل التعويض المطابق للخسائر التي تلحق به من جراء التأخير غير المبرر في استلام البضائع من قبل المرسل إليه.

¹ اتفاقية روتردام، المسماة اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لسنة 2008، المبرمة في 11 كانون الأول/ديسمبر 2008، المادة 44.

² Ibrahima khalildiallo, obligations et resposabilite du chargeur dans les regle de rotterdam,colloque du 21 septembre 2009 à rotterdam, faculté de droit de dakar, porte parole du groupe africain, page 08.

³ اتفاقية روتردام، المادة 44.

وإذا لم تسحب البضائع التي وضعت المستودعات ولم تدفع جميع المبالغ المستحقة للناقل من طرف المرسل إليه عن نقل البضاعة خلال شهرين ابتداء من وصول السفينة إلى ميناء التفريغ، يجوز للناقل بيع البضاعة بموافقة السلطات القضائية المختصة، إلا إذا قدمت كفالة كافية من صاحب الحق في البضائع، وإذا كانت البضائع غير المطالب بها قابلة للتلف بسرعة أو كانت مصاريف إيداعها تزيد عن قيمتها فإنه يمكن بيعها قبل إيداعها في المستودع وقبل انقضاء شهرين، وإذا كان بيع البضائع لا يكفي لتغطية جميع ديون الناقل ومصاريفه المتعلقة بإيداع البضائع وكذلك مصاريف بيعها فيعد الشاحن مسؤولاً عن الباقي.¹

كما أجازت قواعد هومبورغ في المادة 04 فقرة 2 بند ب-2- تسليم البضاعة إلى أية سلطة مصرح لها بموجب القوانين والأنظمة في ميناء الوصول.

و قد اعتبرت قواعد روتردام أن البضاعة غير مسلمة إذا كانت قد وصلت لمقصدتها ولكن توجد إحدى الحالات الآتية:

- لم يقبل المرسل إليه تسليمها في الوقت والمكان المتفق عليهما أو المتوقع التسليم فيهما.
- تعذر العثور على الطرف المسيطر أو الشاحن أو الشاحن المستندي أو لم يوجه أي منهم إلى الناقل تعليمات وافية.
- أصبح للناقل الحق أو وجب عليه أن يرفض التسليم.
- لم يسمح للناقل بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه بمقتضى قانون أو لوائح المكان الذي يطلب تسليم البضاعة فيه.
- تعذر للناقل تسليم البضاعة لأسباب أخرى غير ما سبق ذكره.²
- وقد أعطت اتفاقية روتردام الحق في أن يتخذ على مسؤولية ونفقة أصحاب الحق في البضاعة ما تقتضيه الظروف من إجراءات مناسبة بما فيها:
- تخزين البضاعة في مكان مناسب.
- إذا كانت البضاعة داخل حاوية فيجدر بالناقل تفريغها منها والتصرف فيها بنقلها لمكان آخر أو العمل على إتلافها.
- بيع البضاعة وفقاً للأعراف المتبعة أو بمقتضى قانون أو لوائح المكان الذي توجد فيه البضاعة.

¹ حمدي الغنيبي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1983م، ص 92.

² انظر المادة 4 من قواعد هومبورغ، والمادة 48 من اتفاقية روتردام.

و لا يجوز للناقل ممارسة الحقوق السابقة إلا بعد توجيه إخطار بالتدابير التي يعترم اتخاذها للشخص الذي يتعين إبلاغه بوصول البضاعة أو إلى المرسل إليه أو الطرف المسيطر أو الشاحن أن كان معروفاً لدى الناقل.

كما تعطى المادة 50 من اتفاقية روتردام للناقل الحق في حبس البضاعة لاستيفاء المبالغ المستحقة له؛ حيث تنص على أنه "ليس في هذه الاتفاقية ما يمس بما يكون للناقل أو الطرف المسيطر من حق في الاحتفاظ بالبضاعة بمقتضى عقد النقل أو القانون المطبق ضمناً لسداد المبالغ المستحقة له".

وإذا بيعت البضاعة يجب على الناقل أن يحتفظ بعائدات البيع لمصلحة الشخص صاحب الحق في البضاعة بعد خصم كافة المصاريف التي تكبدها الناقل أو أي مبالغ أخرى مستحقة له.

ولا يسأل الناقل عما يحدث للبضاعة من تلف أو هلاك في أثناء الوقت الذي تبقي فيه غير مسلمة ما لم يثبت المطالب أن الهلاك أو التلف قد نجم عن عدم اتخاذ الناقل ما كان يعقل اتخاذه في الظروف القائمة من خطوات للحفاظ على البضاعة ، وأن الناقل كان على علم أو كان يجدر به أن يعلم أن عدم اتخاذ تلك الخطوات سيؤدي إلى هلاك البضاعة أو تلفها.¹

كما نص القانون البحري الجزائري في مادته 793 على أنه: "إذا لم يتقدم المرسل إليه لاستلام البضاعة أو رفض استلامها وإذا كان غير معروف، يودع الناقل البضاعة في المستودع في مكان أمين على نفقة المرسل إليه و يقوم فوراً بإعلام الشاحن بذلك و المرسل إليه إذا كان معروفاً".

و من ثم فإن إيداع البضائع في مستودع لا يعني تسليم البضائع إلى المرسل إليه، غير أن الناقل يبقى ملتزماً تجاه الشاحن بوضع البضائع لشخص المرسل إليه أو من ينوب عنه، كما أن إيداع البضائع في مستودع يعد ضمناً لتسديد أجرة النقل إذا كانت مستحقة على المرسل إليه.

و إذا مر على هذا الإيداع مدة شهرين أو لم تدفع المصاريف المستحقة على المرسل إليه، يمكن للناقل بيع البضائع بموجب حكم قضائي إلا إذا قدمت كفالة كافية من طرف أصحاب الحق في البضائع.²

المطلب الثاني: حالة حدوث ضرر بالبضائع.

لقد تضمنت الاتفاقيات الدولية ومعظم القوانين على حث الشاحنين المضرورين أو أصحاب الحق في المطالبة بالمرسل إليه باتخاذ إجراءات معينة في سبيل الرجوع على الناقل البحري بالتعويض من المسؤولية وذلك بإخطاره بحصول الضرر المتمثل في هلاك البضاعة أو تلفها.³

¹ Lekhmissi mammeri,op.cit,page 116.

² جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997، ص 369.

³ Lekhmissi mammeri,op.cit,page 116.

ويتعين علينا التعريف بطبيعة هذا الضرر سواء كان هلاكاً أو تلفاً أو تأخيراً في التسليم.

أولاً: المقصود بالهلاك والتلف والتأخير:

هلاك البضائع قد يكون كلياً أو جزئياً، والهلاك الجزئي يأخذ حكم التلف.

أما تلف البضاعة فيعني وصولها كاملة من حيث مقدارها ولكنها تالفة كأجهزة تحطمت أو مرايا تهشمت، أو عطب جزء من البضاعة مع صلاحية الباقي؛ إذ يستوي أن يشمل العيب البضاعة كلها أو جزء منها.

ولكن ما هو الحكم لو تلف جزء من البضاعة بحيث لا يصلح استعمال الباقي فيما أعد له؟

يذهب رأي إلى أنه في هذه الحالة يعد هلاكاً كلياً للبضاعة، إلا أن هذا الرأي عيب عليه على أساس أن فيصل التفرقة بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي هو حصول تسليم من عدمه، فإذا كانت البضاعة قد سلمت إلى المرسل إليه ومهما كان قدر التلف الذي لحق بجزء منها والذي يؤدي إلى عدم صلاحية الجزء الباقي للاستعمال فيما أعد له، فإن الأمر لا يرقى إلى حصول هلاك كلي.

إذ الفرض في الهلاك الكلي أنه ليس ثمة تسليم للبضاعة أو جزء منها، أما إذا حصل تسليم ولو كان التلف شاملاً للبضاعة كلها فإننا نكون بصدد حالة تلف كلي وليس هلاكاً كلياً.

ويأخذ الهلاك الجزئي حكم التلف، وصورة الهلاك الجزئي أن يصل جانب من البضاعة فقط؛ أي أن يلحق البضاعة نقصان في الوزن أو الحجم أو المقاس أو العدد، مثال ذلك: أن تكون البضاعة عشرة طرود ولا يسلم منه عند الوصول غير سبعة طرود، غير أنه لا يعد نقصاً في البضاعة يسأل عنه الناقل البحري النقص العادي الذي يصيب البضاعة في أثناء نقلها بسبب طبيعتها أو بسبب عملية النقل وهو ما يعرف بعجز الطريق.

وتحديد وجود مقدار الهلاك الجزئي يكون بمقارنة ما هو وارد بسند الشحن من بيانات تتعلق بوزن أو قياس أو حجم أو عدد الطرود التي تكون مجموع البضائع بوزن أو مقاس أو حجم أو عدد الطرود التي يسلمها الناقل لصاحب الحق في البضاعة عند

الوصول.

وإذا تضمن سند الشحن تحفظاً يتعلق بالبيانات الواردة به، الخاصة بالوزن أو المقاس أو الحجم أو عدد الطرود، فإنه يقع على عاتق المدعى بغية إثبات الهلاك الجزئي إثبات حقيقة المقدار المشحون من البضاعة، وإذا كان سند الشحن نظيفاً أي خالياً من التحفظات، فإن ذلك يفترض معه أن الناقل قد تسلم البضاعة في حالة جيدة، و من تم يسأل عن كل ما يصيب البضاعة من هلاك أو تلف.

أما المقصود بالتأخير فيعني أن يكون ثمة تأخير من جانب الناقل في تسليم البضائع إذا لم يسلمها لصاحب الحق فيها في الميعاد المتفق عليه، أما إذا لم يكن ثمة ميعاد متفق عليه للتسليم فإن الناقل يتعين عليه أن يسلم البضائع في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في ظروف النقل المماثلة.

وفي حالة التأخير يفترض أن البضاعة وصلت سليمة، والتأخير على عكس الهلاك أو التلف ليس ضرراً بذاته، وإنما يكون الضرر في النتائج التي تترتب عليه، والذي يكون بالضرورة ضرراً اقتصادياً يتمثل في فوات الكسب أو وقوع خسارة، وهذا الضرر قد يقع على البضاعة كما إذا كانت فاكهة وفسدت. ويسأل الناقل عن مثل هذا الضرر بوصفه تلفاً.

وقد يقع الضرر على الشاحن أو على منشأته كما إذا فوت عليه التأخير صفقة مربحة أو ألحق به خسارة نشأت عن تعطيل العمل في المنشأة بسبب تأخر وصول الآلات المطلوبة، فإثبات التأخير لا يثير أية صعوبة؛ لأن مجرد حلول ذلك الميعاد دون حصول تسليم يكون بذاته خطأ عقدياً، ومن ثم لا يحتاج المدعى بعد ذلك إلا إثبات الضرر بوجود علاقة سببية مفروضة بين الخطأ والضرر.¹

ثانياً: الإخطار عن حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير:

الحكمة من وراء عمل الإخطار هو إثبات الحالة التي عليها البضاعة في مواجهة الناقل تمهيداً لرفع الدعوى عليه، أو لتمكينه من مواجهة الموقف إذا كانت لديه أسباب تعفيه من المسؤولية، أو لإعطائه الفرصة لمحاولة التوصل إلى حل ومصالحة مع الشاحن بتعويضه أو لتقديم المنازعة إلى محكمين يتفق عليهم الأطراف.²

1- الإخطار في حالة الهلاك أو التلف:

لقد نصت المادة 03 فقرة 06 من معاهدة بروكسل على أنه: "إذا لم يحصل إخطار كتابي بالهلاك أو التلف، وبماهية هذا الهلاك أو التلف للناقل أو وكيله في ميناء التفريغ قبل وقت تسليم البضاعة أو في أثناء التسليم، ووضعها في عهدة الشخص الذي يكون له الحق في استلامها طبقاً لعقد النقل، فإن هذا التسليم يعد قرينة على أن الناقل قد سلم البضائع بالكيفية الموصوفة بها في سند الشحن، إلى أن يثبت العكس، وإذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر فيجب أن يحصل الإخطار في مدى ثلاثة أيام من التسليم، ولا يترتب على هذه الإخطارات المكتوبة أي أثر، إذا كانت معاينة البضاعة من التسليم قد حصلت.

وفي جميع الأحوال ترتفع عن الناقل والسفينة كل مسؤولية ناشئة عن الهلاك أو التلف إذا لم ترفع الدعوى في خلال سنة من تسليم البضاعة أو من التاريخ الذي كان ينبغي تسليمها فيه، وعلى الناقل ومستلم البضائع في حالة الهلاك أو التلف المحقق أو المدعى حدوثه أن يتبادلا تقديم التسهيلات المستطاعة للتفتيش على البضاعة والتحقق من عدد الطرود.

وبلاحظ أن البند الثالث الخاص بحالة إجراء المعاينة قد ترجم خطأ وترجمته الصحيحة هي أنه: "لا تكون هناك حاجة للإخطار الكتابي إذا كانت حالة البضائع وقت تسليمها محلاً لمعاينة مشتركة أو تفتيش".

¹ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص 369.

² كمال حمدي، المرجع السابق، ص 46، 47، 48، 49.

وقد استقر القضاء على أن المقصود بالإخطار أن يحاط الناقل علماً بالعجز أو العوار المدعي به، وبأن المرسل إليه لا يرتضيه ويتمسك بحقوقه الناشئة عنه؛ حتى يتمكن الناقل من إعداد أدلته استعداداً لدعوى المسؤولية.

وعليه فإن علم الناقل بالعجز عند التسليم لا يعفى المرسل إليه من توجيه الإخطار حتى يفصح عن موقفه في هذا العجز، كما يشترط في الإخطار، حتى يحفظ حق المرسل إليه قبل الناقل، في حالة التلف أو العجز أن يسلم للناقل أو وكيله أو يثبت امتناعه عن استلامه.

كما عدوا عدم توجيه الإخطار قرينة على أن الناقل قد سلم البضاعة بالكيفية الموصوفة بها في سند الشحن إلا أنه يجوز إثبات عكسها، ويجب أن يوضح الإخطار الضرر على وجه التحديد بعد استلام البضاعة وفحصها، أما الإخطار الذي يرسل قبل استلام البضاعة ويقتصر على تحفظ المرسل إليه على ما قد يظهر بالبضاعة من عجز أو تلف عند استلامها فإنه لا يعتد به.

و عليه فإن المرسل إليه ملزم بأن يوجه الإخطار الكتابي وقت التسليم في الفترة المحددة، ولا يترتب على عدم توجيه الإخطار سقوط دعوى المسؤولية أو عدم قبولها، وإنما كل ما يترتب على ذلك أن تقوم في حق المرسل إليه قرينة بأنه تسلم البضائع بالحالة الموصوفة بها في سند الشحن، وهذه القرينة هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

ولا يسقط حق المرسل إليه في إقامة دعوى المسؤولية إلا بالتقادم، وقد اشترطت معاهدة بروكسل تقديم الإخطار إلى الناقل أو وكيله في ميناء التفريغ ولا محل للإخطار بطبيعة الحال في حالة الهلاك الكلي؛ لأنه لا يكون هناك تسليم ما¹.

وقد تطرقت المادة 19 من قواعد هومبورغ للإخطار بالهلاك أو التلف أو التأخير فنصت على أنه: "ما لم يقم المرسل إليه بإخطار الناقل كتابة بالهلاك أو التلف مع تحديد الطبيعة العامة لهذا الهلاك أو التلف، وذلك في تاريخ لا يتجاوز يوم العمل الذي يلي مباشرة تسليم بضائع إلى المرسل إليه، اعتبر هذا التسليم قرينة ظاهرة على أن الناقل سلم البضائع كما هي موصوفة في وثيقة النقل، فإذا لم تكن هذه الوثيقة قد أصدرت اعتبر قرينة ظاهرة على أنها سلمت بحالة سليمة.

- إذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر، تسرى بالقدر نفسه أحكام الفقرة 01 من هذه المادة إذا لم يوجه الإخطار الكتابي خلال 15 يوماً متصلة تلي مباشرة يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه.

¹ جلال وفاء محمددين، المرجع السابق، ص 332.

- إذا كانت قد أجريت بصورة مشتركة من الطرفين عملية معاينة أو فحص لحالة البضائع وقت تسليمها إلى المرسل إليه انتفت الحاجة إلى توجيه الإخطار الكتابي عما يتم التحقق منه في أثناء المعاينة أو الفحص المذكورين من هلاك أو تلف.

- في حالة وجود أي هلاك أو تلف فعلي أو متصور، يجب على كل من الناقل والمرسل إليه أن يقدم إلى الآخر جميع التسهيلات المعقولة لفحص البضائع وجردها.

- لا يستحق أي تعويض عن أية خسارة تنتج عن التأخير في التسليم ما لم يوجه إخطار كتابي إلى الناقل خلال 60 يوماً متصلة تلي يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه مباشرة.

- إذا قام ناقل فعلي بتسليم البضائع، فأى إخطار يوجه بمقتضى هذه المادة إلى الناقل الفعلي يكون له نفس الأثر كما لو كان قد وجه إلى الناقل، كما يكون لأي إخطار يوجه إلى الناقل نفس الأثر كما لو كان قد وجه إلى هذا الناقل الفعلي.

- ما لم يقيم الناقل أو الناقل الفعلي بتوجيه إخطار كتابي عن الخسارة أو الضرر إلى الشاحن يحدد الطبيعة العامة لهذه الخسارة أو الضرر، و ذلك في موعد لا يتجاوز 90 يوماً متصلة تلي وقوع الخسارة أو الضرر أو تسليم البضائع مباشرة، وفقاً للفقرة 02 من المادة 04، أيهما أبعد، فإن عدم توجيه مثل هذا الإخطار يكون قرينة ظاهرة على أنه لم تلحق بالناقل أو الناقل الفعلي أية خسارة أو ضرر يرجع إلى خطأ أو إهمال من جانب الشاحن أو مستخدميه أو وكلائه.

- لأغراض هذه المادة، يعد كل إخطار يوجه إلى شخص يتصرف نيابة عن الناقل أو الناقل الفعلي بما في ذلك ريان السفينة أو الضابط المسؤول عنها، أو إلى شخص يتصرف نيابة عن الشاحن، كأنه قد وجه إلى الناقل، أو الناقل الفعلي، أو الشاحن حسب الحالة.¹

ومن ثم فالإخطار واجب في حالي الهلاك الجزئي والتلف دون الهلاك الكلي؛ وفقاً للفقرات الأربعة من المادة 19 من قواعد هومبورغ، فثمة تسليم ومعاينة وفحص وجرّد للبضائع، وكلها أمور تنتفي في حالة الهلاك الكلي.

فالالتزام بالإخطار يقع على عاتق المرسل إليه، وهو يقوم به بنفسه أو بواسطة نائب عنه، وكذلك فإن الإخطار قد يوجه إلى الناقل أو إلى نائبه كالربان أو وكيل الشحن أو الضابط المسؤول عن السفينة، على اعتبار أن هذا الأخير يتصرف نيابة عن الناقل وهذا ما أتت به الفقرتان 06 و 08 من نص المادة 19.²

أما عن طبيعة الإخطار في قواعد هومبورغ فيجب أن يكون كتابياً ومبيناً لطبيعة الهلاك أو التلف، فاشترطت الكتابة لتفادي النزاع بشأن حصول الإخطار، ولا يلزم الإخطار في حالة إجراء معاينة مشتركة بين

¹ قواعد هومبورغ، المادة 19.

² أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هومبورغ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص 192.

الطرفين وقت تسليم البضائع، إذ مثل هذه المعاينة تمكنهما من التحقق معاً مما لحق البضائع من هلاك أو تلف.¹

وبالرجوع إلى اتفاقية روتردام فقد تطرقت المادة 23 للإخطار عن الهلاك أو التلف بنفس الطريقة التي تناولتها المادة 19 من قواعد هومبورغ؛ إذ تنص هذه المادة بأنه: "يفترض أن يكون الناقل، في غياب ما يثبت العكس، قد سلم البضائع وفقاً لوصفها الوارد في تفاصيل العقد، ما لم يكن قد وجه إشعاراً بحدوث هلاك أو تلف للبضائع، يبين الطبيعة العامة لذلك الهلاك أو التلف، إلى الناقل أو الطرف المنفذ الذي سلم البضائع، قبل وقت التسليم أو عنده، أو في غضون سبعة أيام عمل في مكان التسليم بعد تسليم البضائع إذا لم يكن الهلاك أو التلف ظاهراً".

غير أن غياب توجيه هذا الإخطار لا يحدث أية نتيجة مؤسفة من شأنها ضياع حق طالب التعويض، وفقاً لنص الفقرة 02 من المادة 23 من اتفاقية روتردام التي تنص على أنه: "لا يجوز أن يفضي عدم توجيه الإشعار إلى الناقل أو الطرف المنفذ إلى المساس بالحقوق في المطالبة بالتعويض عن هلاك البضائع أو تلفها، ولا إلى المساس بعبء الإثبات".

إلا أنه عملياً، في هذه الحالة الأخيرة، يكون من الصعب إثبات أن الخسارة حدثت في أثناء تواجد البضائع بين أيدي الناقل.²

ويختلف ميعاد الإخطار حسب ما إذا كان الهلاك أو التلف ظاهراً أو غير ظاهر.

تنص معاهدة بروكسل طبقاً لمادتها 03 فقرة 06 على أنه في حالة الهلاك أو التلف الظاهر يتم توجيه الإخطار "قبل تسليم البضاعة أو في أثناء التسليم"، وقد تغير هذا الميعاد في قواعد هومبورغ بموجب الفقرة 01 من المادة 19 إلى "في تاريخ لا يتجاوز يوم العمل الذي يلي مباشرة تسليم البضائع إلى المرسل إليه"³، ويعني ذلك أن للمرسل إليه يوم كامل لعمل الإخطار الذي يلي يوم التسليم، بالإضافة إلى يوم التسليم ذاته، وبشرط أن يكون ذلك اليوم الذي يلي يوم التسليم يوم عمل، فإذا كان يوم عطلة امتد العمل إلى يوم العمل الذي يليه.⁴

أما إذا كان الهلاك أو التلف غير ظاهر، فطبقاً لمعاهدة بروكسل يجب أن يحصل الإخطار في مدة ثلاثة أيام من التسليم، إلا أن الفقرة 02 من المادة 19 من قواعد هومبورغ تطلبت أن يوجه الإخطار الكتابي خلال 15 يوماً متصلة تلي يوم تسليم البضائع إلى المرسل إليه مباشرة.⁵

¹ كمال حمدي، المرجع السابق، ص 162.

² أحمد محمود حسني، المرجع السابق، ص 194.

³ Ibrahima khalildiallo,op.cit,page09.

⁴ أحمد محمود حسني، المرجع السابق، ص 194.

⁵ كمال حمدي، المرجع السابق، ص 163.

و قد أحدثت اتفاقية روتردام تغييراً بخصوص مدة الإخطار على خلاف المعاهدتين السابقتين، إذ اشترطت أن يكون الإخطار قبل وقت التسليم أو عنده، أو في غضون سبعة أيام عمل في مكان التسليم بعد تسليم البضائع إذا لم يكن الهلاك أو التلف ظاهراً.¹

ويدخل في حساب المدة المتصلة أيام العطلات التي تتخللها، إلا أنه إذا كان اليوم الأخير من الميعاد عطلة رسمية امتد الميعاد إلى يوم العمل التالي.

ونستنتج من المادة 19 من قواعد هومبورغ أن الإعفاء من توجيه الإخطار الكتابي من جانب المرسل إليه قاصر على ما تم التحقق منه من ضرر في أثناء المعاينة المشتركة فقط، فإذا ما ثبت وجود أضرار أخرى بعد عملية المعاينة المشتركة وجب على المرسل إليه إخطار الناقل بشأنها في المواعيد القانونية.

و مثال ذلك: إذا تمت معاينة مشتركة بين الناقل أو المرسل إليه للهلاك أو التلف الظاهر فإن هذه المعاينة لا تغن المرسل إليه من عمل إخطار للناقل خلال 15 يوماً من الاستلام إذا ما اكتشف عند فتح الطرود أو الحاويات هلاكاً أو تلفاً غير ظاهر.

كما توجب الفقرة 04 من المادة 19 على الطرفين أن يتبادلا التسهيلات المعقولة لفحص البضائع والكشف عن الهلاك أو التلف والتعرف على مداه.²

أما بالرجوع للقانون البحري الجزائري فقد حددت المادة 790 منه وقت تقديم التحفظات بنصها "إذا حصلت خسائر أو أضرار للبضاعة، يقوم المرسل إليه أو من يمثله بتبليغ الناقل أو ممثله كتابياً في ميناء التجميل، قبل وقت تسليم البضاعة أو عند التسليم، وإذا لم يتم ذلك، تعد البضائع مستلمة حسبما تم وصفها في وثيقة الشحن إلى أن يثبت العكس.

وإذا لم تكن الخسائر والأضرار ظاهرة، يبلغ عنها خلال ثلاثة أيام عمل، بداية من استلام البضائع.

ولا جدوى من التبليغ الكتابي إذا كانت حالة البضائع محققاً فيها حضورياً عند استلامها.

وتعد باطلة كل الشروط التعاقدية الناصة على تكاليف زائدة بالنسبة لمن أرسلت إليه البضائع عن الشروط المبينة أعلاه.

ويفهم من نص هذه المادة أنه يتعين على المرسل إليه أو ممثله في حالة اكتشاف خسائر أو أضرار أن يقوم بتبليغ الناقل أو ممثله كتابياً في ميناء التجميل قبل وقت تسليم البضاعة أو في وقت التسليم، وإذا لم يتم ذلك تعد البضاعة مستلمة حسبما تم وصفها في وثيقة الشحن إلى أن يثبت العكس.

¹ اتفاقية روتردام، المادة 23 فقرة 01.

² أحمد محمود حسنى، المرجع السابق، ص 194.

أما إذا لم تكن الأضرار والخسائر ظاهرة لمتسلم البضائع، فقد منحه المشرع ثلاثة أيام عمل ابتداء من استلام البضاعة، إذا كانت مسؤولية الناقل لا تنقضي إلا بتسليمه البضاعة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني، فهذا يعني أن عملية تفريغ البضاعة يقع على عاتقه ويتحمل بالتالي الأضرار والخسائر التي تلحق بالبضاعة في أثناء التفريغ¹، و عليه لا يتمكن المرسل إليه من إثارة دعوى المسؤولية ضد الناقل إلا إذا أثبت بأن البضائع تم تسليمها متضررة وقد لحقتها خسائر².

ويترتب على الإخطار في الميعاد القانوني قيام قرينة قانونية لمصلحة المرسل إليه على أن الناقل لم يسلم البضاعة كما هي مبينة في سند الشحن، ويجوز للناقل في هذه الحالة إثبات العكس بكافة الطرق، فللناقل أن يثبت أن الأخطار لا محل له؛ لأن البضاعة سلمت فعلا بأكملها أو بحالة جيدة.

أما إذا لم يحصل الإخطار في الميعاد القانوني فلا يترتب على ذلك سقوط دعوى المسؤولية أو عدم قبولها، بل تقوم قرينة قانونية لمصلحة الناقل على أنه سلم البضاعة كما هي مبينة في سند الشحن، وهذه القرينة بسيطة يجوز للمرسل إليه إثبات عكسها بكافة الطرق، كأن يثبت حدوث الهلاك أو التلف في أثناء عملية النقل.

2- الإخطار في حالة التأخير:

يعد الناقل قد تأخر في التسليم إذا لم يسلم البضائع في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد الذي يسلمها فيه الناقل العادي في الظروف المماثلة إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق³.

وحسب رأي الأستاذ R ACHARD من الصعب السماح للناقل بحفظ حق تسليم البضائع متى يشاء هو بعيداً عن جميع الأجال المقررة لكل ناقل حريص، فالمبدأ هو أن يتم تسليم جميع البضائع في الأجال المتفق عليها، أما في حالة تسليمها في آجال غير متفق عليها فإنه يعد بمثابة تأخر في التسليم⁴.

وكما سبق تبيانه فإن نصوص معاهدة بوركسل لم تنطرق إلى حالة الإخطار بالتأخير، على عكس قواعد هومبورغ، فوفقاً للفقرة 02 من المادة 05 من قواعد هومبورغ: "يقع التأخير في التسليم إذا لم تسلم البضائع في ميناء التفريغ المنصوص عليه في عقد النقل في حدود المهلة المتفق عليها صراحة أو في حالة عدم وجود هذا الاتفاق في حدود المهلة التي يكون من المعقول تطلب إتمام التسليم من ناقل يقظ، مع مراعاة ظروف الحالة".

كما تفرض الفقرة 05 من المادة 19 من قواعد هومبورغ على المرسل إليه الالتزام بعمل إخطار كتابي للناقل في حالة التأخير في تسليم البضائع، وذلك خلال 60 يوماً متصلة التالية لتلك التسليم، ويبدأ سريانها في اليوم

¹ بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري، دار الغرب للنشر و التوزيع، 2002م، ص 125.

² كمال حمدي، المرجع السابق، ص 163.

³ أحمد محمود حسني، المرجع السابق، ص 196.

⁴ Lekhmissi mammeri, op.cit, page 114.

التالي لليوم الذي تم فيه تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، و أثر عدم القيام بالإخطار الكتابي في حالة التأخير عن التسليم يختلف أثره عند عدم القيام به في حالة الهلاك أو التلف الذي يعتري البضاعة. فعدم قيام المرسل إليه بالإخطار الكتابي في الحالة الأخيرة يقيم مجرد قرينة بسيطة على تسلم البضاعة بحالتها المذكورة في سند الشحن.

أما في التأخير في التسليم فإن عدم توجيه الإخطار الكتابي في الميعاد يؤدي إلى سقوط حق المرسل إليه في مطالبة الناقل بالتعويض، ومنه لا يتم مساءلة الناقل، وفي كل الأحوال إذا قام الناقل الفعلي بتسليم البضائع إلى المرسل إليه فإن أي إخطار كتابي يوجه إلى الناقل الفعلي يكون له نفس الأثر كما لو تم توجيهه إلى الناقل، كما يكون لأي إخطار كتابي يوجه إلى الناقل نفس الأثر كما لو كان قد وجه إلى هذا الناقل الفعلي¹.

خاتمة:

التسليم يعني وضع البضاعة تحت تصرف الشاحن أو المرسل إليه (أي تسليم فعلي) كاملة وسليمة بحالتها التي تمت عند الشحن، ويسلم الربان البضاعة عند وصولها إلى الحامل الشرعي لسند الشحن أو من ينوب عنه في تسلمها، ومنه نستخلص النتائج التالية:

- تسليم البضائع هو العملية القانونية التي ينتهي بها تنفيذ عقد النقل، وبذلك يتميز عن التفريغ الذي يعد مجرد عملية مادية.

- يقع الالتزام بالتسليم على عاتق الناقل وحده أو من ينوب عنه.

- العبرة من التسليم هو التسليم الفعلي الذي يتم بعد فحص البضاعة ومعاينتها للتحقق من عددها ووزنها وحالتها.

- يتعين على الناقل أو من يمثله تسليم البضائع في المكان المتفق عليه للمرسل إليه القانوني أو من يمثله والذي يطالب باستلامها بناء على نسخة من وثيقة الشحن وفي حالة عدم إصدار أية وثيقة فيكون بناء على وثيقة صحيحة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تعلق الأمر بسند شحن اسمي يتوجب تسليم البضاعة لمن كان اسمه واردا فيه، أو لمن انتقل إليه بطريق حوالة الحق (أي لمن انتقل إليه هذا السند بموجب إجراءات حوالة حق). - إذا كان سند الشحن لأمر فتسلم البضاعة لمن صدر السند باسمه، مقترنا بشرط الأمر أو إلى المظهر إليه.

- إذا كان سند الشحن لحامله فتسلم البضاعة لمن بيده سند الشحن عند الوصول.

ولكن في حالة تعدد حملة سند الشحن، فمن له حق تسلم البضاعة؟

¹ جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص 333 و 334.

- إذا تقدم عدة أشخاص يحملون نسخا من سند الشحن القابل للتداول بطلب تسلم البضاعة، وجب تفضيل حامل النسخة التي يكون أول تظهير فيها سابقا على تظهيرات النسخ الأخرى.
- إذا تسلم البضائع حامل حسن النية لإحدى النسخ، كانت له الأفضلية على حامل النسخ الأخرى، ولو كانت تظهيراتها أسبق تاريخيا.
- ويعد تسليم البضائع من بين أهم المسائل التي تثير العديد من النزاعات، وعند الإخلال به ينتج حدوث أضرار تلحق بالبضائع المنقولة بحرا.

قائمة المراجع:

المؤلفات:

- أحمد محمود حسنى، التعليق على نصوص اتفاقية هومبورغ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998.
- بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، الطبعة 2002.
- جلال وفاء محمددين، قانون التجارة البحرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997.
- حمدى الغنيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1983.
- كمال حمدى، مسؤولية الناقل البحري للبضائع، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 2003.

المعاهدات الدولية:

- قواعد هومبورغ المسماة اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع، المؤرخة في 31 مارس 1978.
- اتفاقية روتردام المسماة اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا لسنة 2008، المبرمة في 11 كانون الأول/ديسمبر 2008.

القوانين:

- الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون 98-05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 47، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتضمن القانون البحري الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46.

المراجع الفرنسية:

الملتقيات:

- Ibrahima khalildiallo, obligations et resposabilite du chargeur dans les regle de rotterdam, colloque du 21 septembre 2009 à rotterdam, faculté de droit de dakar, porte parole du groupe africain.

المنذرات:

- Lekhmissi mammeri, la livraison de marchandises dans le contrat de transport maritime, centre de droit maritime et des transports Aix-en-provence, universite de droit d'economie et des sciences d'Aix-marseille, septembre 2001.

عقود العمل محددة المدة على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري

Fixed-Terms Labour Contracts in the Light of Algérien jurisprudence

الدكتور بلعبدون عواد، أستاذ محاضر "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر

Dr. Belabdoune Aoued, Faculty of Law and Political Science

University of Abdel Hamid Ben Badis Mostaganem Alegria

Abstract :

The origin of the labor relations in accordance with the labor legislation in the frame work of non-term employment contracts to ensure the stability of employment and social and economic workers, but the Algerian legislator and in response to the principle of flexibility in the conclusion of labor relations and encourage institutions used to resort to such contracts and cover the needs of The labor force allowed the latter to exclude long-term employment contracts in line with economic changes imposed by new types of employment, in order to reduce pressure on the labor market and contribute to the absorption of unemployment. The fact that many of the excesses were recorded when resorting to the conclusion of fixed-term labour contracts either as a result of the exploitation of the institutions used for this mechanism at the expense of workers, or the vagueness of the texts and the legal provisions governing this type of contracts. This has led the Supreme Court in many cases to intervene either to explain the ambiguity of texts and either to fill the great legislative vacuum in this area.

Key words: Fixed-terms Labour contracts, Qualification Law suit, Judicial control.

ملخص:

الأصل أن تبرم علاقات العمل وفقا لتشريع العمل في إطار عقود العمل غير محددة المدة ضمانا للاستقرار الوظيفي والاجتماعي والاقتصادي للعمال، غير ان المشرع الجزائري و استجابة منه لمبدأ المرونة في ابرام علاقات العمل و تشجيعا للمؤسسات المستخدمة للجوء الى مثل هذه العقود و تغطية حاجياتها من اليد العاملة، أجاز لهذه الاخيرة استثناء ابرام عقود عمل محددة المدة تماشيا و ما فرضته التحولات الاقتصادية من أنماط جديدة للتشغيل، و هذا بهدف تخفيف الضغط على سوق العمل و المساهمة في امتصاص البطالة. وإن كان الواقع اثبت تسجيل الكثير من التجاوزات عند اللجوء الى ابرام عقود العمل محددة المدة اما نتيجة استغلال المؤسسات المستخدمة لهذه الالية على حساب العمال واما لغموض النصوص و الاحكام القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود. وهذا ما دفع المحكمة العليا في الكثير من الأحيان الى التدخل اما لتفسير ما يكتنف النصوص من غموض و اما لسد الفراغ التشريعي الكبير في هذا المجال.

الكلمات الافتتاحية: عقود العمل محددة المدة، دعوى التكييف، الرقابة القضائية، المستخدم .

المقدمة :

من بين المبادئ المكرسة في مجال علاقات العمل ان تتسم هذه الاخيرة بالديمومة و الاستمرارية ضمانا لتحقيق الاستقرار الوظيفي و الاجتماعي و الاقتصادي للعمال من خلال اللجوء الى ابرام عقود عمل غير محددة المدة، ضمانا لمصلحة كل من العمال و الهيئة المستخدمة ، و ان كان الامر بالنسبة لهذه الاخيرة يثير بعض النقاش، سيما و ان المتطلبات الاقتصادية تفرض الخروج عن القاعدة في التشغيل و اللجوء الى ابرام عقود محددة المدة و هذا بسبب الاختلاف في المشاريع و ضرورة؛ اما الحفاظ على اليد العاملة لعدم القدرة على الاستغناء عنها كالاداريين و عمال التنفيذ و تقنيين و أعوان الحراسة ... و هذا في المشاريع التي عادة ما تتطلب عدة سنوات لانجازها كبناء السدود و المجمعات الصناعية و السكنية الضخمة او مشاريع بناء المدارس و المستشفيات . و اما استدعاء اليد العاملة فقط عند الطلب و هذا تنفيذا للمشاريع و التي بحكم طبيعتها تتطلب أشهرا فقط لانجازها كادخال نظام الاعلام الالي لمؤسسة معينة او القيام بدورات تكوينية لفائدة العمال .

على هذا الأساس تتأثر طبيعة ونوعية علاقة العمل بناء على عدة عوامل، منها ما يتعلق بطبيعة الأشغال و الأعمال المراد القيام بها و منها ما فرضته التحولات الاقتصادية. فكلما كانت طبيعة المنصب و العمل تتسم بالاستمرارية و الدوام تكون علاقة العمل غير محددة المدة، في حين تتسم هذه الأخيرة بالتأقوت كلما كانت طبيعة العمل تتعد عن الديمومة و الاستمرارية.

مع هذا الطرح ذهب المشرع الجزائري من خلال المادة 12 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل حيث حدد للمستخدم الحالات التي يمكنه من خلالها اللجوء الى ابرام عقود عمل غير محدودة المدة كاستثناء عن مبدأ الديمومة و الاستمرارية في مجال علاقات العمل حماية للعامل باعتباره الطرف الضعيف. و ان كان الواقع اثبت مخالفة اغلب المؤسسات الاقتصادية لمضمون المادة 12 حيث اصبحت غالبا ما تلجأ لعقود العمل المحدودة المدة انطلاقا من عدة اعتبارات، لعل أهمها ضرورات المنافسة في تحقيق أقصى ربح ممكن باقل تكلفة، في حين يعتبر التوظيف في اطار عقود العمل غير محدودة المدة تكاليف زائدة لما يترتب عنه من ضمانات في الاقدمية و الترقية و الزيادة في الاجر... كما كان للآثار الاقتصادية السلبية للسياسات الاقتصادية المعاصرة في انتشار البطالة و اضعاف قدرة المساومة على الاجور الفضل الكبير في الانتشار المكثف للتوظيف في اطار عقود العمل غير محدودة المدة، ليصبح هذا النموذج من الأنماط الجديدة للتشغيل بحجة الاستجابة لتداعيات المرونة و التنافسية من جهة وتخفيف الضغط على سوق العمل و المساهمة في امتصاص البطالة من جهة ثانية. هذا ما يثبت العدد الكبير من الدعاوى التي رفعت امام القضاء اما بسبب خرق المادة 12 و اما بسبب غموض النصوص القانونية، و هذا ما فتح الباب امام اجتهاد المحكمة العليا لسد الفراغ التشريعي المسجل في هذا المجال.

فالى أي مدى استطاعت المحكمة العليا المساهمة باجتهاداتها في سد الفراغ التشريعي الذي عرفته عقود العمل محددة المدة ؟

- أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذه الدراسة الى ابراز الفراغ التشريعي و القانوني في مجال عقود العمل محددة المدة و التركيز على دور الاجتهاد القضائي الجزائري من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ، هذه الأخيرة التي كان لها دور فعال في سد الفراغ و الثغرات التي عرفها قانون 11/90 .

اهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على عقود العمل محددة المدة و حالات اللجوء اليها و ما هي حدود سلطة المستخدم في ذلك . محاولين لفت انتباه المشرع الجزائري لتبني احكام قانونية اكثر وضوحا و ضمانا لحماية العمال.

- منهج الدراسة :

اعتمدنا على المنهج الوصفي و خاصة المنهج التحليلي الذي انصب على تحليل المادة 12 من قانون 11/90 المنظمة لعقود العمل محددة المدة . و في احيان أخرى اعتمدنا على المنهج المقارن محاكاة للتشريعات المقارنة لدول الجوار مثل تونس و المغرب و المشرع الفرنسي من جهة و سدا للنقص الذي عرفه المشرع الجزائري من جهة ثانية .

- العناصر الأساسية للدراسة :

تم تقسيم هذه الدراسة الى مبحثين المبحث الأول تضمن تحديد مفهوم عقود العمل محددة المدة و حالات ابرامها ، اما المبحث الثاني فخصصناه الى التكييف القضائي لعقود العمل محددة المدة .

المبحث الأول : عقود العمل محددة المدة المفهوم و حالات الابرام

قسمنا هذا المبحث الى مطلبين ، تعرضنا الى مفهوم عقود العمل محددة المدة في المطلب الأول اما المطلب الثاني فقد خصصناه الى حالات ابرامها .

المطلب الأول : مفهوم عقد العمل محددة المدة و خصائصه

اوردنا في هذا المطلب بعض التعريفات الفقهية و الى خصائص عقود العمل محددة المدة .

اولا : تعريف عقود العمل محددة المدة

لم يتعرض المشرع الجزائري مثلما هو الوضع بالنسبة لمعظم التشريعات الحديثة الى تعريف عقد العمل سواء اكان غير محدد المدة او محدد المدة ، مكتفيا بتحديد الحالات التي يجوز فيها اللجوء الى ابرام عقود العمل محددة المدة طبقا للمادة 12 من قانون 11/90¹ . في حين عرف أحد فقهاء القانون عقد العمل محددة المدة على ان انه " اتفاق يلتزم بموجبه أحد الأشخاص (العامل) بالعمل لحساب شخص آخر

¹ - المادة 12 من قانون 11/90 المؤرخ في 21 افريل 1990 المتضمن علاقات العمل ، ج ر رقم 86 المعدل و المتمم بالقانون 29/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ج ر رقم 68 و بالامر 21/96 المؤرخ في 09/07/1996 ، ج ر رقم 43 .

(صاحب العمل) تحت إشرافه و ادارته و توجيهه لمدة محددة، قد يكون مرتبط بأجله بواقعة مستقبلية مؤكدة ومحددة أو يكون في الغالب مرتبطاً بإنجاز عمل معين، مقابل أجر معين و محدد سلفاً¹.
و هناك من عرفه على أنه " عقد يلتزم العامل بموجبه بالعمل لحساب صاحب العمل تحت سلطته و اشرافه مقابل أجر لمدة محددة " ². في حين عرفه البعض الآخر على انه " ذلك العقد الذي تتحدد نهايته بواقعة مستقبلية ومحقة لا يتوقف وجودها على محض ارادة المتعاقدين، وقد تحدد المدة بالموسم أو إنجاز عمل عرضي مؤقت بطبيعته، و ينتهي عقد العمل محدد المدة تلقائياً أو بقوة القانون بانقضاء مدته أو الموسم أو العمل المؤقت"³.

ما يمكن ملاحظته من خلال التعاريف الفقهية السابقة هو التركيز على ضرورة تحديد مدة عقود العمل محددة المدة لانه هذه الاخيرة تشكل الاستثناء عن المبدأ العام القاضي بعدم تحديد مدة العقد على اساس استمرارية علاقة العمل و ديمومتها .

ثانيا : خصائص عقود العمل محددة المدة

تمتاز عقود العمل محددة المدة بمجموعة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي :

- لا يمكن اللجوء الى ابرام عقود العمل محددة المدة الا استثناءا⁴ و في حالات وردت على سبيل الحصر في المادة 12 من قانون 11/90 .
- يستلزم لانعقاد عقود العمل محددة المدة بالإضافة إلى تراضي الطرفين ان تكون مكتوبة. و تحدد فيها بداية و نهاية المدة مع ذكر سبب ابرامها و هذا ما اكدته المادة 11 من قانون 11/90 السابق الذكر " يعتبر العقد مبرما لمدة غير محدودة الا اذا نص على غير ذلك كتابة " و المادة 12 الفقرة الأخيرة من نفس القانون "... و يبين بدقة عقد العمل ، في جميع هذه الحالات ، مدة علاقة العمل و أسباب المدة المقررة " .
- تحول عقود العمل محددة المدة الى عقود عمل غير محددة المدة متى تم ابرامها خارج الحالات الخمسة التي وردت على سبيل الحصر في المادة 12 من قانون 11/90 .

¹ - احمية سليمان ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الثاني ، الجزائر سنة 2002 ص 15.

² - جلال مصطفى القريشي ، شرح قانون العمل الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الأول ، الجزائر 1984 ص 171 .

³ - حمدي باشا ، القضاء الاجتماعي ، منازعات العمل ، و التامينات الاجتماعية ، دار الهومة الجزائر ص 22 .

⁴ - سلامي امال ، عقد العمل المحدد المدة في ظل التحولات الاقتصادية في الجزائر ، ماجستير في القانون العام ، فرع التنظيم الاقتصادي ، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1 – 2013/2012 ص 03 .

- لا يمكن للمستخدم ان ينفرد بسلطة تعديل عقد العمل محدد المدة الا اذا توصل الى اتفاق¹ مع العامل طبقا للمبادئ العامة العقد شريعة المتعاقدين . عكس عقود العمل غير محددة المدة التي يمكن للمستخدم بارادته المنفردة² ان يعدل من عقود عماله .

المطلب الثاني : حالات ابرام عقود العمل محددة المدة

لم يفتح المشرع الجزائري المجال امام المستخدم للتشغيل بواسطة عقود عمل محددة المدة على مصراعيه بل قيده بحالات محددة وردت على سبيل الحصر في المادة 12 من القانون 11/90 الذي جاء بعد الإصلاحات³ و التي لا يمكنه الخروج عنها .

اولا : اذا تعلق الامر بعقود اشغال و خدمات غير متجددة او دورية ذات طابع متقطع

يمكن اللجوء الى ابرام عقود عمل محددة المدة اذا كان موضوعا متعلق بتقديم اشغال و خدمات غير متجددة او كانت غير مستمرة و ذات طابع متقطع .

1- عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة

يمكن ابرام عقود عمل محددة المدة اذا تعلق الامر بتنفيذ أعمال مرتبطة بعقود اشغال أو خدمات غير متجددة لا تدخل اصلا ضمن النشاطات العادية للمؤسسة المستخدمة ، الامر الذي يتطلب مزيدا من اليد العاملة المتخصصة كما هو الشأن بالنسبة لأشغال إدخال الإعلام الآلي ، دورات التكوين لفائدة مجموعة من العمال في مجال معين (كمجال الوقاية من الاخطار المهنية و حوادث العمل) أو أشغال البناء كمشاريع انجاز مجمعات سكنية او مؤسسات تعليمية كالجامعات و المعاهد و المدارس او صحية كالمستشفيات و العيادات ، أو النفعية كالطرق و الانفاق ... الخ . فالعقود المبرمة بين المؤسسات المستخدمة و العمال من أجل انجاز هذه الاشغال و الأعمال تتطلب أن تكون لمدة محدودة ، تمتد مدتها الى تاريخ نهاية انجاز تلك المشاريع .

لكن متى تعلق تلك الاشغال و الاعمال بالانشطة اليومية العادية و الدائمة للمؤسسة المستخدمة⁴ كما هو الشأن بالنسبة للكاتب (ة) و عون الامن و الحراسة فلا يحق للمستخدم ابرام عقود عمل محددة المدة في هذه الحالات . و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها بالتاكيد على أنه " .. و حيث يتبين من عقد العمل المبرم ما بين الطرفين ، أن المطعون ضدها قد وظفت كمكلفة بالدراسات العامة ، لأن المنصب كان شاغرا ، و

¹ - بلهور فاطمة الزهراء ، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل محدد المدة ، شهادة الماجستير في القانون الخاص ، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق سعد حمدين جامعة يوسف بن خدة اجزائر 1 ، 2016/2017 ص 11

² - بلهور فاطمة الزهراء ، نفس المرجع ص 11 .

³ - بن صاري ياسين ، عقد العمل محدد المدة ، دار الهومة الجزائر 2004 ص 45 .

⁴ - حرشايو علان ، عقد العمل محدد المدة بين النص و الممارسة ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، المجلد العاشر العدد الثالث ص 162 .

كانت خاضعة لفترة تجريبية مدتها أربعة أشهر ، قبل تثبيتها في المنصب حسب ما جاء في البند الأول و الثاني من العقد ، و حيث أنه يستنتج من ذلك أن الغرض الذي من أجله أرادت المؤسسة أن توظف المطعون ضدها لا يمكنه أن يكون ذو طابع محدود ، بل هو مرتبط بنشاط المؤسسة ، مما يجعل عقد العمل المبرم بين الطرفين مخالفا لأحكام المادة 12 من قانون 90 / 11 ، كما صرحت بذلك المحكمة الابتدائية على صواب¹ .

و سبق و ان اكدت المحكمة العليا ان صفة عون الامن و الحراسة لا تندرج ضمن الوظائف المؤقتة و بالتالي لا تبرم بصدها عقود عمل محددة المدة لانها وظيفة يومية و دائمة " ... ان صفة عون امن لا تدخل في اي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 12 من قانون 11/90 التي حددت على سبيل الحصر الحالات التي تسمح بإبرام عقود عمل محددة المدة ..."² . و هذا مخالف تماما للواقع، حيث ان اكثر الفئات توظيفا في اطار عقود عمل محدودة المدة هي فئة اعوان الامن والحراسة سيما في الشركات الكبرى كشركة السونطراك.

2- عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع

تتعلق هذه الحالة بالاشغال التي تقوم بها المؤسسات المستخدمة بصفة دورية و لكن غير مستمرة و متقطعة و و اللجوء الى هذه الحالة لا يتم الا توافر شرطين هما: - عندما يتطلب الامر من المؤسسة القيام باشغال دورية ذات مدة محدودة و تخرج عن النشاط العادي للمؤسسة. - الطابع المتقطع لتلك النشاطات و الاشغال كحالات الصيانة الدورية لوسائل و الات الانتاج و الاشغال المتعلقة بعمليات الشخن و التفريغ على مستوى الموانئ مثلا .

ثانيا : عندما يتعلق الأمر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتا

سدا لحاجة المؤسسات المستخدمة لتغطية حاجياتها من اليد العاملة نتيجة لظروف مختلفة يمر بها العمال منها الغيابات المؤقتة المتعلقة مثلا باداء الخدمة الوطنية ، القيام بمهام نيابية او نقابية ، الاستفادة من دورات تكوينية ، العطل الامومة بالنسبة للعاملات ، رخص المشرع للمستخدم اللجوء الى ابرام عقود عمل محددة المدة من أجل الحفاظ على السير الحسن لنشاط المؤسسة ، بشرط التزامه بالحفاظ على مناصب العمال المثبتين و المتغيبين عنها مؤقتا أو إلى مناصب اخرى ذات أجر مماثل و من اجل اللجوء الى هذه الحالة لا بد من توفر ثلاثة شروط اساسية :

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 199007 المؤرخ في 2000/06/06 دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية السالف الذكر ص 08

² - قرار المحكمة العليا رقم 202579 المؤرخ في 11 / 07 / 2000 المشار إليه في مرجع عبد السلام ذيب ، قانون العمل الجزائري و التحولات الاقتصادية دار القصة للنشر الجزائر 2003.

- ان يكون العامل المراد استخلافه مثبت في منصبه و بالتالي يستبعد استخلاف العمال المرتبطين بعقود عمل محددة المدة و العمال من هم تحت فترة التجربة¹.

- لا بد ان يكون سبب غياب العامل عن منصبه مؤقتا ، و يستثنى الاستخلاف في حالة الاضراب مثلا².

- ضرورة اعادة ادماجهم في مناصب عملهم او على الاقل في مناصب مماثلة³.

ثالثا : اذا تعلق الامر بتزايد العمل أو أسباب موسمية⁴ او بنشاطات و أشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها

يمكن للمستخدم في هذه الحالة اللجوء الى ابرام عقود عمل محددة المدة بتوافق احد الشرطين هما؛ اما تزايد حجم العمل او لاسباب موسمية او اذا ارتبط الامر بنشاطات و اشغال مؤقتة بحكم طبيعتها .

1- اذا تعلق الامر بتزايد العمل أو أسباب موسمية

- تزايد العمل:

قد تمر المؤسسة المستخدمة بظروف استثنائية⁵ و طارئة تجعل حجم الطلب عن منتجها يزداد الى حد تعجز اليد العاملة المتوفرة لدى المؤسسة عن تغطيته من جهة و يشكل عبء على العمال باعتباره عمل غير عادي من جهة ثانية ، الامر الذي يسمح للمؤسسة اللجوء الى تشغيل عمال مؤقتين الى غاية زوال تلك الظروف الاستثنائية بموجب عقود محددة المدة . مثاله ما تلجأ اليه المصانع و المحلات الكبرى لتشغيل عمال مؤقتين في مناسبات الدخول المدرسي و الاعياد لتغطية الطلب المتزايد على منتجها .

- الأسباب الموسمية:

قد تتعرض المؤسسات المستخدمة الى ضغوط خارجية طبيعية او اجتماعية او اقتصادية تجعل قدراتها الانتاجية لا تغطي الطلب . خاصة اذا تعلق الامر بحاجيات و سلع و مستلزمات تتعدد و تختلف

¹ - بن عزوز بن صابر، نشأة علاقة العمل الفردية في التشريع الجزائري المقارن، دار الحامد للنشر، عمان 2011 ، ص75 .

² - المادة 64 من القانون 11/90 .

³ - المادة 65 من نفس المرجع .

⁴ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1998/06/19 تحت رقم 161334 " حيث ان المدعي تم تشغيله عدة مرات من طرف صاحب العمل لكن لفترات محددة تتناسب مع موسم جني الفواكه و الخضرة و هذا بمقتضى عقود عمل محددة المدة تتخللها فترات متقاطعة في الزمن ، و بالتالي كل عقد يعتبر جديد بين الطرفين ابرم لمدة محددة ، مما يجعل مثل هذه العقود التي ابرمت بين الطرفين لفترات متقاطعة و لاشغال محددة المدة في الزمن تتمثل في جني الفواكه و الخضرة عقود عمل محددة المدة تكون قد استجابت لأحكام الحالة الرابعة من المادة 12 من القانون 11/90 مادام يتوفر شرط التقاطع في الزمن و الاسباب الموسمية."

⁵ - koriche mohamed nassareddine, droit du travail, office des publication universitaires, tome01, Alger, 2009, p138 .

باختلاف فصول و مواسم السنة¹. ففصل الصيف مثلا يفرض على اصحاب الفنادق في المدن الساحلية من اجل تغطية طلبات و حاجيات المصطافين و على اصحاب المزارع و الاراضي الفلاحية في مواسم جني المحاصيل و المنتوجات الى تشغيل عمال مؤقتين بموجب عقود عمل محددة المدة .

و قد اكدت المحكمة العليا في احدي قراراتها على ضرورة ذكر السبب المتمثل في تزايد العمل او الاسباب الموسمية في عقد العمل محدد المدة " ... يظهر من العقد المبرم بين الطرفين المرفق بعريضة انه ذكر سبب تحديد هذه المدة المتمثل في تزايد العمل في مركز ملئ قارورات الغاز ببشار لدى الطاعنة خلال هذه الفترة ، و ان هذه الحالة نصت عليها المادة 12 من قانون 11/90 و هذا وحده سبب قانوني يجعل العقد محدد المدة و مطابق للقانون بخلاف ما انتهى الحكم المطعون فيه .."² .

2- عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو أشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها

تم استحداث هذه الحالة بموجب المادة 02 من الامر 21/96³ عندما يتعلق الامر القيام بنشاطات او اشغال ذات مدة محدودة او مؤقتة بحكم طبيعتها . و قد حصرها المشرع الفرنسي في الاطعام و الفنادق ، و اصلاح السفن البحرية ، سبر الآراء ... الخ يؤخذ على هذا النص انه ورد فضفاضا، الامر الذي قد يشجع الهيئات المستخدمة على خرقه واللجوء الى ابرام عقود عمل محددة المدة رغم عدم توافر الشرط و الذي يمكن للمستخدم و استنادا على سلطته في الادارة الاقتصادية للمؤسسة من ادعاء وجوده دون مراعاة ما قد يترتب عن ذلك من تجاوزات في حق العمال ، و ان كان ذلك لا يمنع القضاء من بسط رقابته على قانونية العقد⁴ و التأكد من توفر شرط هذه الحالة فعلا .

بناء على ما تقدم و نظرا للنقص و الفراغ الذي ميز احكام التشريع الجزائري، نورد ما تضمنته بعض التشريعات المقارنة في هذا المجال.

¹ - الملاحظ ان المشرع الجزائري لم يعرف الموسم و لم يحدد مدته ايضا في حين ان قانون 06/82 الملغى في المادة 35 منه عرف الاشغال الموسمية " يقصد بعبارة الأشغال الموسميّة الأشغال التي لا تجري بسبب الظروف الطبيعيّة و المناخيّة بصفة متواصلة وأنها خلال الفترات المحدّدة بمقتضى القانون " . اما المادة 27 من نفس القانون فقد حددت مدة الموسم التي لا يجب ان تتجاوز 03 اشهر .

² - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 19/06/1998 تحت رقم 161334 .

³ - الامر 21/96 المؤرخ في 10/06/1996 المعدل و المتمم للقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل .

⁴ - حمدي باشا ، المرجع السابق الذكر ص 25 .

بالنسبة للمشرع المغربي، نظم عقود العمل محددة المدة و حصر اللجوء اليها في اربعة حالات ، ثلاثة منها خاصة اما الحالة الرابعة فقد جاءت عامة لا تكون الا بناءا على التفاوض في اطار اتفاقيات الشغل الجماعية¹ :

- إحلال اجير محل اجير اخر في حالة توقف عقد شغل هذا الأخير ، ما لم يكن التوقف ناتجا عن الاضراب.
- ازياد نشاط المقاوله بكيفية مؤقتة .
- اذا كان الشغل ذا طبيعة موسمية .

- يمكن ابرام عقود شغل محددة المدة في بعض القطاعات و الحالات الاستثنائية التي تحدد بموجب نص تنظيمي بعد استشارة المنظمات المهنية للمشغلين و المنظمات النقابية للاجراء الأكثر تمثيلا او بمقتضى اتفاقية شغل جماعية .

اما في القطاعات غير الفلاحية فقد حدد المشرع المغربي خمسة حالات² يمكن ابرام عقود عمل محددة المدة بموجبها :

- عند فتح مقاوله لأول مرة ، او مؤسسة جديدة داخل المقاوله ، او اطلاق منتج جديد لأول مرة .
- يمكن ابرام عقود عمل محددة المدة لمدة أقصاها سنة 01 واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة .
- اما العقد الذي يبرم لمدة أقصاها سنة واحدة يصبح في حالة استمرار العمل به الى ما بعد اجله عقدا غير محدد المدة .

اما في القطاع الفلاحي فيمكن ابرام عقد عمل محدد المدة لمدة 06 اشهر قابلة للتجديد على ان لا تتجاوز مدة العقود 02 سنتين و الا يصبح بعد ذلك العقد غير محدد المدة .

في حين حددها المشرع التونسي في خمسة حالات خاصة و الحالة السادسة جاءت عامة يمكن إبرام بموجبها عقود عمل محددة المدة في الحالات التالية³ :

- القيام بالأشغال الأولى لتركيز المؤسسة أو بأشغال جديدة.
- القيام بالأعمال التي تستوجبها زيادة غير عادية في حجم العمل.
- التعويض الوقتي لعامل قار متغيب أو توقف تنفيذ عقد شغله.

¹ - المادة 16 من مدونة الشغل المغربية ، الظهير الشريف رقم 1.03.194 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 المتضمن مدونة الشغل المغربية ج ر رقم 5167 الصادرة في 08 ديسمبر 2003 .

² - المادة 17 من نفس المرجع .

³ - الفصل 4.6 أضيف بالقانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996 المتضمن قانون الشغل التونسي .

- القيام بأشغال متأكدة لتفادي حوادث محققة أو لتنظيم عمليات إنقاذ أو لتصليح خلل بمعدّات أو تجهيزات أو بنايات المؤسسة.

- القيام بأعمال موسميّة أو بأنشطة أخرى لا يمكن حسب العرف أو بحكم طبيعتها اللجوء فيها إلى عقود مدّة غير معيّنة.

- كما يمكن إبرام عقد الشغل مدّة محددة في غير الحالات المذكورة في الفقرة السابقة بالاتفاق بين المستخدم و العامل على أن لا تتجاوز مدّة هذا العقد أربع سنوات بما في ذلك تجديده.

اما المشرع الفرنسي فقد حدد حالات اللجوء الى ابرام عقود العمل محددة المدة على سبيل الحصر¹

فيما يلي:

1- استخلاف عامل في حالة : غيابه ، الانتقال المؤقت الى العمل بالتوقيت الجزئي بموجب اتفاق مكتوب بين المستخدم و العامل يلحق بعقد عمله . - توقيف عقد العمل - الذهاب النهائي للعامل نتيجة الغاء منصب عمله بعد استشارة لجنة المؤسسة او مندوبي العمال في حالة وجودهم - في انتظار التحاق العمال الجدد بمناصب العمل بعد تشغيلهم بموجب عقود غير محدد المدة .

2- التزايد المؤقت لنشاط المؤسسة .

3- التشغيل ذو الطابع الموسمي : في بعض قطاعات النشاطات التي تحدد بموجب مرسوم او بواسطة اتفاقات و اتفاقيات جماعية للعمل التي لا يمكن ابرام عقود عمل غير محددة المدة بسبب طبيعة النشاط او بسبب الطابع المؤقت لمناصب العمل .

4- استخلاف صاحب مؤسسة حرفية ، صناعية ، صناعية او تجارية .

5- استخلاف صاحب في نشاطات الفلاحية .

على ان تحدد مدة العقد بانتهاء الأسباب التي حرر من اجلها ، برجوع العامل الغائب او عند انجاز و انتهاء موضوع العقد².

المبحث الثاني : التكييف القضائي لعقود العمل محددة المدة

لا يمكن رفع دعوى التكييف لعقود العمل محددة المدة الا اذا توفرت شروط معينة و ليس في كل الدعاوى يستفيد أصحابها من تكييف العقد من محدد المدة الى غير محدد المدة بل في حالات معينة .

¹ - Article 1242-2 code du travail français.

² - Article 1242-7 code du travail français.

المطلب الأول : شروط التكييف القضائي لعقود العمل محددة المدة

في ظل غياب نص صريح يحدد شروط رفع دعوى التكييف و من خلال استقراء و تحليل قرارات المحكمة العليا الصادرة عن الغرفة الاجتماعية المنشورة التي استطعنا الحصول عليها ، تمكنا من تحديد الشروط التي لا بد من توافرها حتى يمكن تكييف عقد العمل من محدد المدة الى عقد غير محدد المدة :

أولاً : رفع دعوى التكييف من صاحب المصلحة

دعوى التكييف ترفع من صاحب المصلحة و الذي عادة ما يكون العامل حيث اكدت المحكمة العليا في احدي قراراتها " كما لا يظهر من طلبات المطعون ضده بانه التمس من المحكمة اعادة تكييف علاقة العمل لمخالفة العقد للمادة 12 لعدم ذكره سبب تحديد المدة . كل هذه المعطيات التي لم يتضمنها الحكم المطعون فيه لا تسمح لقاضي الدرجة الاولى بان يقضي بما قضى به ، ذلك ان مخالفة العقد للمادة 12 مسالة تثار من طرف المدعي صاحب المصلحة و لا يمكن للقاضي ان يثيرها تلقائيا ¹ .

لكن في قرار سابق اكدت المحكمة العليا بان المادة 12 من قانون 11/90 تعتبر من النظام العام و بالتالي فان عدم احترامها و خرقها يثيره القاضي من تلقاء نفسه حيث جاء في نص القرار " ان مراقبة شرعية العقود المحددة المدة و التحقق من مدى مطابقتها للمادة 12 من القانون 11/90 من النظام العام يخضع لرقابة قاضي الموضوع الذي يعاين ما اذا كان تدخل الحالات المنصوص عليها بموجب هذا النص القانوني ، و لا مجال للاعتماد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ² .

و في قرار اخر اكدت بموجبه بان عدم اكتشاف مفتش العمل عيوب عقد العمل محدد المدة لا يمنع القاضي من ممارسة سلطته في مراقبة تلك العقود ³ . حيث جاء في القرار " ... فان قاضي الدرجة الأولى و كما فصل عن صواب في تأسيس قضائه استعمال سلطته في مراقبة شرعية عقود العمل المحددة في مدى احترامها للشروط القانونية التي فرضتها المادة 12 من القانون السالف الذكر من عدم احترامها و متى توصل في تحليلاته القانونية و التي هي من صميم اختصاصه الى مخالفة تلك العقود للشروط التي فرضتها المادة 12 من القانون 11/90 و اعتبرها عقود غير محددة المدة تاسيسا على المادة 14 من ذات القانون فقضاؤه جاء مطابقا للقانون و الزعم بتلك المخالفات التي وقف عليها القاضي لم تكن محل اكتشاف سابق من قبل

¹ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا بين المؤسسة الوطنية للأشغال و التركيب الكهربائي ضد (أ . س) تحت رقم 697035 المؤرخ في 2013/01/10 . مجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2013 .

² - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 181858 المؤرخ في 1998/10/13 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية الصادرة عن وزارة العمل و الضمان الاجتماعي ، الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الاجراء ، المديرية العامة ، خلية المنازعات نوفمبر 2013 ص 06 .

³ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 290486 المؤرخ في 16 مارس 2005 ، مجلة المحكمة العليا. العدد 01 سنة 2005 ص

مفتش العمل زعم باطل ذلك ان عدم اكتشاف أي عيب في العقود المحددة المدة من طرف مفتش العمل لا يمنع القاضي من القيام بدوره في اسناد سلطته في مراقبة هذه العقود اثناء النظر في النزاع ذي العلاقة بها لذلك فالاثارة غير سديدة و يترتب معها رفض الطعن ."

و مصطلح صاحب المصلحة إضافة الى العامل المعني و القاضي كما اشرنا أعلاه، يمكن ان يشمل مفتش العمل أيضا من خلال الصلاحيات التي يتمتع بها في مراقبة عقود العمل محددة المدة في اطار زيارته الميدانية للمؤسسات المستخدمة . فمتى اكتشف خرقا للنصوص القانونية¹ يعلم المستخدم بضرورة تصحيح الوضع و في حالة عدم الاستجابة يحزر محضر مخالفة و يحيله الى وكيل الجمهورية من اجل المتابعة الجزائية . و بالتالي يمكن التأكيد بان لمفتش العمل سلطة طلب تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المادة² طالما جاءت تلك العقود مخالفة لنص المادة 12 من قانون 11/90 .

ثانيا : رفع دعوى التكييف اثناء سريان مدة العقد او تنفيذه

اكادت المحكمة العليا في الكثير من القرارات الصادرة عن الغرفة الاجتماعية بان دعوى تكييف عقد العمل من محدد المدة الى عقد غير محدد المدة لا بد ان ترفع اثناء سريان عقد العمل و ليس بعد انتهائه . حيث جاء في احدي قراراتها " ... من جهة اخرى فان العقد المحدد المدة الرابط بين طرفي الدعوى انتهى في 2000/12/01 و لم يرفع الطاعن دعواه الا بتاريخ 2006/01/08 و لكي يأمر القاضي بتحويل العقد المحدد المدة الى غير محدد المدة يجب ان يكون العقد ساري المفعول ، و إما أن ترفع الدعوى بعد تنفيذه ، فان القضاء بتكييفه الى عقد غير محدد المدة يعد مخالفة للمادة 14 من القانون 11/90³ ."

و في قرار اخر للمحكمة العليا " حيث يتبين من الحكم المطعون فيه انه من جهة قضى بتحويل العقد المحدد المدة الرابط بين طرفي الدعوى و الممتد من 1998/07/01 الى 1999/06/30 الى غير محدد المدة طبقا للمادة 14 من قانون 11/90 التي لا تجد مجالا للتطبيق في دعوى الحال طالما ان المطالبة بتحويل

¹ - المرسوم التنفيذي 98/96 المؤرخ في 06 مارس 1996 ج . ر رقم 17 ، المحدد للدفاتر و السجلات الخاصة التي يلتزم بها المستخدمون و محتواها ، يلزم المستخدم بمسك مجموعة من السجلات منها سجل خاص بعقود العمل محددة المدة . فيمكن لمفتش العمل من خلال الاطلاع عليه و على نسخ من عقود العمل ان يكتشف المخالفات المسجلة في اطار الصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة 12 من قانون 11/90 .

² - بلمهوب عبد الناصر ، تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة على ضوء الاحكام القضائية ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق جامعة بجاية ، عدد خاص 2017 ، ص 10 .

³ - قرار الغرفة الاجتماعية القسم الاول بالمحكمة العليا تحت رقم 488196 المؤرخ في 2009/01/06 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية السالف الذكر ص 12 .

العقد المحدد المدة الى غير محدد المدة تكون اثناء سريان العقد المحدد المدة و هذا غير متوفر في دعوى الحال سيما ان المطعون ضده ، المدعي الأصلي اقام دعواه سوى بتاريخ 2008/07/08 " 1 .

و اكدت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا مرة أخرى على هذا الشرط في قرار اخر حيث جاء فيه " حيث يتبين من الحكم المطعون فيه ان علاقة العمل بين الطرفين انتهت في سنة 2003 و المطعون ضده لم يرفع دعوى الحال الا في 2006/04/22 ، و طالما ان طلب تكييف عقد العمل المحدد المدة جاء بعد تنفيذ اخر عقد و انتهاء مدته بدون تحفظ ، و بالرجوع الى احكام المادة 14 من قانون 11/90 السالف الذكر فان دعوى تكييف العقد المحدد المدة الى مدة غير محدد المدة تكون اثناء سريان العقد و لما كان المطعون ضده قد رفع دعوى الحال بعد ثلاثة سنوات من تنفيذ العقد بدون تحفظ ، فقاضي الدرجة الأولى لما استجاب لدعوى التسريح و تكييف العقد المحدد المدة الى غير محدد المدة يكون بقضائه كما فعل قد قصر في تسبيب حكمه و اخطا في تطبيق المادة 14 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل ... " 2 .

و الملاحظ ان المحكمة العليا قد استقرت على هذا الشرط و قد اكدته في الكثير من قراراتها الصادرة عن الغرفة الاجتماعية رغم ان :

- المادة 14 من قانون 11/90 لم تشترط في دعوى تكييف عقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة ان ترفع اثناء سريان عقد العمل .

- الدعاوى ترفع امام القسم الاجتماعي في اجل 06 اشهر من تاريخ تسليم محضر عدم المصالحة من بينها دعوى التكييف و بالتالي لم يشترط المشرع الجزائري ان ترفع اثناء سريان عقد العمل او بعد تنفيذه 3 .

- قضاة المحكمة العليا بهذا يكونوا قد اشترطوا شرطا لرفع دعوى التكييف لم ينص عليه قانونا و لم يحدد لها اجلا لرفعها ، الامر الذي يؤثر على المدعي الذي عادة ما يكون العامل باعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل عند رفع دعواه .

في رايانا الامر يتطلب تدخل المشرع في ظل هذا الفراغ التشريعي ، اما بادراج شرط رفع دعوى التكييف اثناء سريان مدة العقد و اما بتحديد اجال معينة ترفع فيها دعوى التكييف بعد انتهاء عقد العمل محدد المدة .

1 - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا قضية بين الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية ضد (ز . غ) تحت رقم 608809 المؤرخ في 2011/06/02 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 لسنة 2011 ص 191 .

2 - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا قضية بين شركة نفضال وحدة الكيفان تلمسان ضد (أ . ج) تحت رقم 476502 المؤرخ في 06 جانفي 2009 ، مجلة المحكمة العليا العدد 01 سنة 2009 ص 403 .

3 - المادة 504 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم تشترط ان ترفع دعوى التكييف اثناء سريان عقد العمل او بعد تنفيذه ، بل نصت على ان الدعوى ترفع امام القسم الاجتماعي في اجل 06 اشهر من تاريخ تسليم محضر عدم المصالحة .

و ان كان المشرع الجزائري يحاول تدارك الامر من خلال مسودة مشروع قانون العمل لسنة 2014 ، حيث اكدت المادة 23 منه ان دعوى تكييف عقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة لا بد ان ترفع اثناء سريان عقد العمل او اثناء تنفيذه و بهذا يكون المشرع قد اكد و تبني ما ذهب اليه الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في قراراتها . و لكن يظل الفراغ التشريعي قائما طالما لم يتم تفعيل مشروع قانون العمل .

المطلب الثاني : حالات و اثار التكييف القضائي لعقود العمل محدد المدة

لا يمكن الاستجابة لكل الدعاوى التي ترفع من اجل تكييف عقود العمل من محددة المدة الى غير محددة المدة انما يتم ذلك في حالات معينة و محددة نوردتها تبعا .

أولا : حالات التكييف القضائي لعقود العمل محدد المدة

من خلال استقراء مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا توصلنا الى تحديد أربعة حالات يمكن بواسطتها إعادة تكييف عقود العمل محددة المدة تكييفاً قضائياً .

1- في حالة ما إذا كان عقد العمل غير مكتوب

لقد اكد المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون 11/90 بان غياب عقد عمل مكتوب بين الطرفين يفترض وجود و قيام علاقة عمل غير محددة المدة¹ . و هذا ما اكدته المحكمة العليا في احدي قراراتها الصادرة عن الغرفة الاجتماعية " إن انعدام عقد عمل مكتوب و استمرارية علاقة العمل بعد انتهاء العقود المحددة المدة ، يجعل من هذه الأخيرة عقوداً غير محددة المدة الامر الذي لا يسمح للهيئة المستخدمة بتوقيف العامل "² .

و في قرار اخر للمحكمة العليا اعتبرت ان " عقود العمل المحددة المدة التي يتخللها عقد غير مكتوب يؤدي إلى إنشاء علاقة جديدة غير محددة المدة³ طبقاً للمادة 11 من قانون 11/90 " .

و في قرار اخر اعتبرت " ان استمرار علاقة العمل بعد انتهاء الاجل المتفق عليه ، لا يكون تجديداً لها ، بل مولود لعلاقة جديدة مفترضة بدون عقد مكتوب و لمدة غير محددة "⁴ .

1 - المادة 11 من قانون 11/90 " ... "

2 - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 15/09/1998 ملف رقم 164030 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية السالف الذكر ص 02 .

3 - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 10/11/1998 ملف رقم 181858 ، المرجع نفسه ص 02 .

4 - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 25/10/1994 ملف رقم 115899 .

2- في حالة إبرام عقد عمل محدد المدة خارج حالات الخمسة للمادة 12 من قانون 11/90 :

الزم المشرع الجزائري المستخدم على احترام مضمون المادة 12 من قانون 11/90 عند لجوئه الى إبرام عقود عمل محددة المدة لانها الاستثناء عن المبدأ و بالتالي لا يحق له إبرام عقود خارج الحالات الخمسة المنصوص عليها في المادة 12 و التي وردت على سبيل الحصر ، و بذلك فكل العقود التي أبرمت خرقا لنص المادة، تعتبر عقودا غير محددة المدة طبقا لنص المادة 14 من قانون 11/90 و هذا ما ذهب اليه الكثير من قرارات المحكمة العليا حيث جاء في احداها " من الثابت فقها و قضاء أن عقود العمل المبرمة لمدة محددة مخالفة لنص المادة 12 تتحول الى عقود غير محددة المدة وفقا لمضمون نص المادة 14 من قانون 11/90¹ و اكدت المحكمة العليا في قرار اخر ان صفة عون امن لا تدخل في حالة من حالات المادة 12 التي تسمح بإبرام عقود عمل محددة المدة و التي وردت على سبيل الحصر².

3- إبرام عقد عمل محدد المدة مع ذكر كل الحالات الخمسة للمادة 12 في عقد العمل :

لا تبرم عقود العمل محددة المدة الا اذا توفرت حالة من الحالات الخمسة الواردة على سبيل الحصر في المادة 12 من قانون 11/90 . لان اللجوء الى مثل هذه العقود هو الاستثناء عن القاعدة العامة التي تؤكد على ديمومة علاقة العمل و استمراريتها .

اما اذا تضمن عقد العمل و نص على كل الحالات الخمسة فانه عقد مخالف للقانون و يتحول الى عقد غير محدد المدة طبقا للمادة 14 من قانون 11/90 . و هذا ما ذهب اليه المحكمة العليا في احدي قراراتها "... ذلك ان عقود العمل المحتج بها و خاصة العقد الأخير المحرر بتاريخ 2000/10/24 ذكر فيه جميع الحالات المبينة بنص المادة 12 من قانون 11/90 و ان ذكرها جميعا يعني بالتبعية عدم تحديد سبب تشغيل المطعون ضده و الذي يعد تسريحه تعسفيا وفقا للمادة 73 من قانون 11/90 و بالتالي فان مراقبة عقد العمل المحدد المدة هي من صلاحيات قاضي الموضوع ...³.

¹ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2000/03/14 ملف رقم 188773 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية السالف الذكر ص 07 .

² - " ان صفة عون امن لا تدخل في اي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 12 من قانون 11/90 التي حددت على سبيل الحصر الحالات التي تسمح بإبرام عقود عمل محددة المدة ... " . قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2000/06/06 ملف رقم 199007 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية السالف الذكر ص 08 .

³ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا قضية بين مؤسسة نفضال ضد (ب أ) تحت رقم 329195 المؤرخ في 2006/03/08 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 لسنة 2006 ص 269 .

4- ابرام عقد عمل محدد المدة مع عدم ذكر بدايته ونهايته

أكدت الفقرة الأخيرة من المادة 12 من قانون 11/90 على الزامية ان ينص عقد العمل محدد المدة بكل دقة على مدة علاقة العمل و أسباب المدة المقررة . و هذا ما ذهب اليه المحكمة العليا " .. ان مدة العقد القائم بين الطرفين لم تحدد بصفة دقيقة و لا يكفي تحديد نهايتها بانتهاء المشروع بل القانون اوجب ان يتضمن عقد العمل تاريخ بدايته و نهايته بصفة محددة و ثابتة"¹.

و يعود الاختصاص لقاضي الموضوع في مراقبة مدة عقود العمل محددة المدة ، حيث أكدت المحكمة العليا ذلك في قراراتها " ان سلطة الوقوف على اثبات عقد العمل محدد المدة و مدته من اختصاص قاضي الموضوع و في الحالة هذه تكون قد نشأت علاقة لمدة غير محددة المدة طبقا للمادة 14 من قانون 11/90 القانون السالف الذكر"².

بل اكثر من ذلك فقاضي الموضوع مطالب بمناقشة مدى تطابق المدة المنصوص عليها في عقد العمل و سببها مع النشاط الذي سيقوم به العامل في اطار الحالات المنصوص عليها في المادة 12 من قانون 11/90 . حيث جاء في احد قرارات المحكمة العليا في هذا الخصوص " " حيث ان قاضي أول درجة لما اكتفى بذكر ان عقود العمل جاءت مطابقة للمادة 12 على اساس انها تضمنت مدة علاقة العمل و سببها دون ان يناقض و يراقب مدى تطابق النشاط الذي مارسه الطاعن مع السبب و مدته الواردين في العقد وفقا لما تفرضه المادة 12 مكرر من نفس القانون التي توجب أن تكون المدة المنصوص عليها في عقد العمل موافقة للنشاط الذي وظيف من اجله العامل..."³.

و يقع على عاتق قاضي الموضوع⁴ أيضا ان يبين بكل دقة الحالة التي جاءت مخالفة لنص المادة 12 التي تضمنها عقد العمل محدد المدة و هذا ما اشارت اليه الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا " حيث يتبين فعلا ان قاضي الدرجة الاولى ذكر في عبارة واحدة وهي خرق نص المادة 12 من قانون 11/90 ثم إن و نتيجة لذلك فان العقد يتحول الى عقد غير محدد المدة طبقا لنص المادة 14 من قانون 11/90 دون ان يوضح القاضي ما هي الحالة او الحالات التي جاءت مخالفة لنص المادة 12 مما يجعل الحكم مشوبا بعبء القصور في التسبب و من ثم يكون عرضة للنقض "⁵.

¹ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2000/03/21 ملف رقم 212573 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية السالف الذكر ص 07 .

² - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2004/12/15 ملف رقم 282794 ، نفس المرجع ص 09 .

³ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2007/07/04 ملف رقم 393760 ، نفس المرجع ص 10 .

⁴ - سلامي امال ، عقد العمل المحدد المدة في ظل التحولات الاقتصادية في الجزائر ، المرجع السابق ص 07 .

⁵ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2000/03/21 ملف رقم 212573 ، نفس المرجع ص 07 .

ثانيا : اثار التكييف القضائي لعقود العمل محددة المدة

من خلال عرض كل تلك الاجتهادات و القرارات الصادرة عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا التي انتهت الى اعتبار كل عقود العمل التي جاءت مخالفة لنص المادة 12 من قانون 11/90 تكييف و تحول الى عقود عمل غير محددة المدة طبقا لما جاء في نص المادة 14 من نفس القانون . و اكدت تلك القرارات في مجملها على ضرورة إعادة ادماج العامل في منصب عمله بموجب عقد عمل غير محدد المدة .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو الى أي مدى يمكن للمستخدم ان يلتزم بتنفيذ ما خلصت اليه دعوى التكييف عندما اعتبرت عقد العمل عقدا غير محدد المدة ؟

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتعرض الى هذه المسألة ، و لكن حسب ما ورد في مسودة مشروع قانون العمل لسنة 2014 ، فان قاضي الموضوع في دعوى التكييف يحكم ببقاء العامل في منصب عمله بموجب عقد عمل غير محدد المدة¹.

في حالة الاتفاق على إعادة ادماج العامل في منصب عمله يحكم القاضي بذلك مع احتفاظ العامل بحقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه عن المدة التي كان متوقفا فيها عن العمل .

اما في حالة عدم الاتفاق عندها يحكم القاضي بتعويض للعامل لا يقل عن 06 اشهر من الاجر في حدود 24 شهرا. إضافة الى التعويضات الأخرى المتعلقة بالتسريح او تلك المتعلقة بالاضرار التي قد تلحق العامل مستقبلا.

بالنسبة للمشرع الفرنسي متى تم اخطار المجلس العمالي le conseil de prud'hommes بطلب تكييف عقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة ، الدعوى تودع مباشرة امام مكتب الحكم le bureau de jugement الذي ينظر فيها في اجل شهر من يوم اخطاره . و في حالة ما اذا حكم لصالح العامل عندها يستفيد من تعويض لا يقل عن شهر واحد من الاجر يتحمله المستخدم².

¹ - المادة 23 من مسودة مشروع قانون العمل.

²- Article L. 1245-2 « Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine.

Lorsque le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'employeur, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire. Cette disposition s'applique sans préjudice de l'application des dispositions du titre III du présent livre relatives aux règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée».

اثبت الواقع ان المستخدم نادرا ما يستجيب و يتقبل تكييف العقد الذي كان يربطه بالعامل من محددة المدة الى غير محدد فيفضل تحمل دفع التعويضات بدل من ائقال كاهله بمصاريف مالية إضافية (الاجر ، اشتراكات الضمان الاجتماعي ، العطل المدفوعة الاجر ...) نتيجة إعادة ادماج عامل في منصب عمله بموجب عقد غير محدد المدة .

- الخاتمة

رغم اعتبار المشرع الجزائري عقود العمل محددة المدة الاستثناء عن مبدأ الديمومة والاستمرارية التي تتميز و تحكم مجال علاقات العمل و رغم محاولته تقييد اللجوء اليها بحالات وردت على سبيل الحصر . الا ان الواقع اثبت ان أصحاب العمل يفضلون التشغيل بموجب عقود محددة المدة على أساس انها اقل تكلفة من الناحية المادية و اقل التزاما من الناحية القانونية عكس عقود العمل غير محددة المدة . وهذا ما ساهم في انتشار هذا النوع من التوظيف رغم انه يصنف ضمن دائرة الاعمال غير النمطية لما قد يترتب عنها من اهدار لحقوق العمال ، سيما امام فراغ و غموض النص التشريعي . وهذا ما يدفعنا الى ادراج الاقتراحات التالية :

- ضرورة تحديد شروط رفع دعوى تكييف عقود العمل محددة المدة الى غير محددة المدة .
- النص الصريح على اعتبار المواد و الاحكام التي تنظم مسألة عقود العمل محددة المدة من النظام العام ، حتى يمكن للقاضي اثارها من تلقاء نفسه حماية للطرف الضعيف في علاقة العمل و هو العامل و تكريسا للطابع الحمائي الذي يميز قانون العمل .
- ضرورة تحديد الاجال القانونية لرفع دعوى التكييف امام القضاء .
- فتح المجال امام صاحب المصلحة و عادة ما يكون العامل من رفع دعوى التكييف اثناء سريان عقد العمل او تنفيذه او بعد انتهائه بمدة معقولة حتى لا يضيع حقه بحجة انتهاء مدة العقد .
- تحديد مدة عقود العمل محددة المدة في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة 12 من قانون 11/90 .

- قائمة المراجع :

- المؤلفات باللغة العربية :

- احمية سليمان ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الثاني ، الجزائر سنة 2002 .
- بن صاري ياسين ، ، عقد العمل محدد المدة ، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة ، دار الهومة الجزائر 2004 .

- بن عزوز بن صابر، نشأة علاقة العمل الفردية في التشريع الجزائري المقارن، دار الحامد للنشر، عمان، 2011،

- حمدي باشا، القضاء الاجتماعي، منازعات العمل، و التامينات الاجتماعية، دار الهومة الجزائر .
- جلال مصطفى القريشي، شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الجزائر 1984 .

- المؤلفات باللغة الأجنبية :

- koriche Mohamed nassareddine, droit du travail, office des publication universitaires, tome01, Alger, 2009.

- رسائل الماجستير:

- بلهور فاطمة الزهراء، الحماية القانونية للعامل في عقد العمل محدد المدة، شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق سعد حمدان جامعة يوسف بن خدة اجزائر 1، 2016/2017.

- سلامي امال، عقد العمل المحدد المدة في ظل التحولات الاقتصادية في الجزائر، ماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1 – 2012/2013 .

- المقالات :

- حرشاوي علان، عقد العمل محدد المدة بين النص و الممارسة، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد العاشر العدد الثالث .

- بلمهوب عبد الناصر، تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة على ضوء الاحكام القضائية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة بجاية، عدد خاص 2017 .

- قرارات المحكمة العليا :

- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 25/10/1994 ملف رقم 115899 .

- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 10/11/1998 ملف رقم 181858 .

- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 15/09/1998 ملف رقم 164030، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية .

- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 19/06/1998 تحت رقم 161334
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 181858 المؤرخ في 13/10/1998 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية الصادرة عن وزارة العمل و الضمان الاجتماعي ، الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الاجراء ، المديرية العامة ، خلية المنازعات نوفمبر 2013 .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 14/03/2000 ملف رقم 188773 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 06/06/2000 ملف رقم 199007 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية . .
- قرار المحكمة العليا رقم 199007 المؤرخ في 06/06/2000 دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية .
- قرار المحكمة العليا رقم 202579 المؤرخ في 11 / 07 / 2000 .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 21/03/2000 ملف رقم 212573 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية.
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 15/12/2004 ملف رقم 282794 .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 290486 المؤرخ في 16 مارس 2005 ، مجلة المحكمة العليا. العدد 01 سنة 2005 .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 329195 المؤرخ في 08/03/2006 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 لسنة 2006 ص 269 .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا المؤرخ في 04/07/2007 ملف رقم 393760 .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 476502 المؤرخ في 06 جانفي 2009 ، مجلة المحكمة العليا العدد 01 سنة 2009 ص 403 .
- قرار الغرفة الاجتماعية القسم الاول بالمحكمة العليا تحت رقم 488196 المؤرخ في 06/01/2009 ، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية .
- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 608809 المؤرخ في 02/06/2011 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 لسنة 2011 .

- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تحت رقم 697035 المؤرخ في 10/01/2013. مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة 2013.

- القوانين المقارنة :

- مدونة الشغل المغربية ، الظهير الشريف رقم 1.03.194 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 المتضمن مدونة الشغل المغربية ج رقم 5167 الصادرة في 08 ديسمبر 2003 .

- القانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996 المتضمن قانون الشغل التونسي .

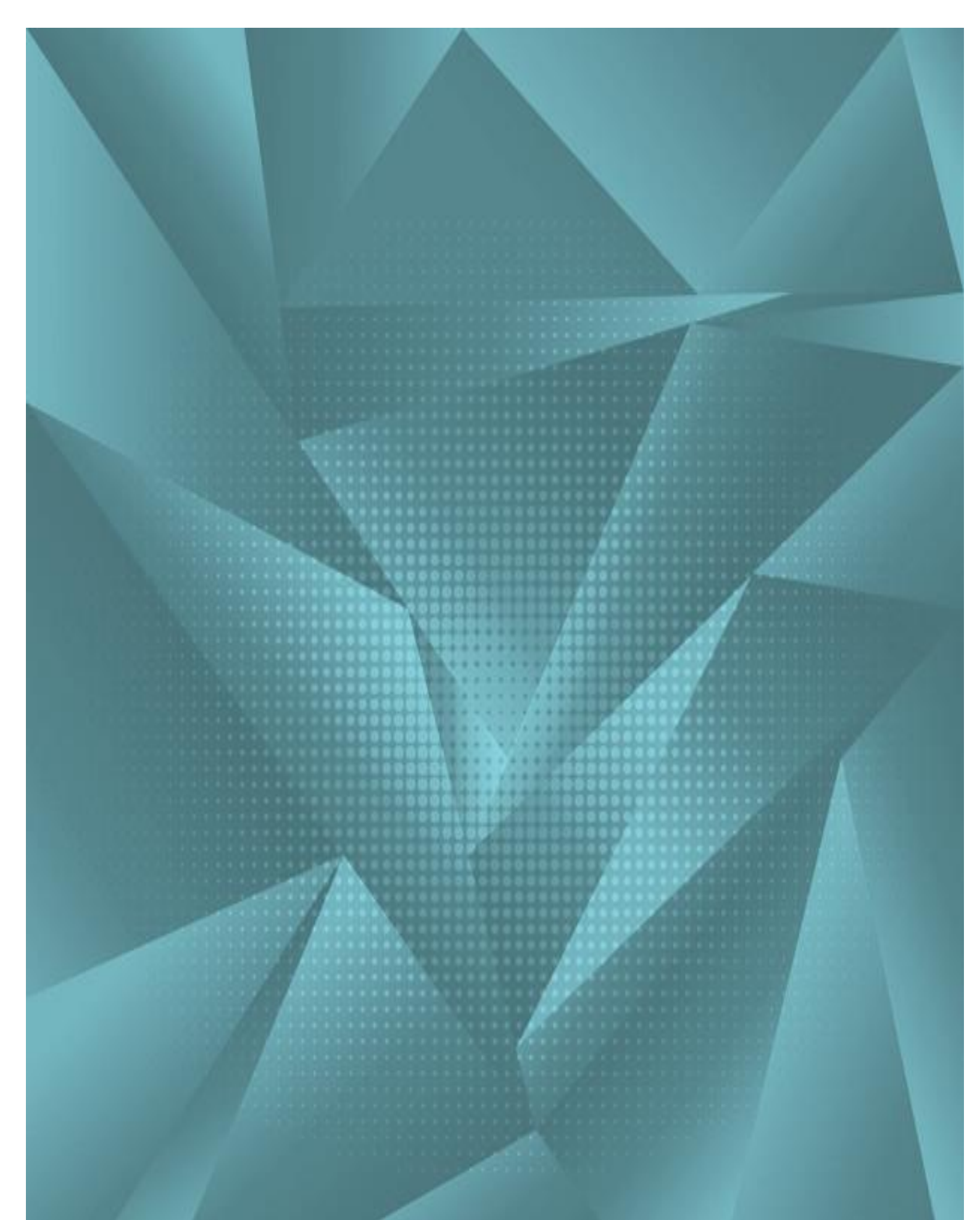
- النصوص التشريعية والقوانين :

- القانون 11/90 المؤرخ في 21 افريل 1990 المتضمن علاقات العمل ، ج رقم 86 المتضمن علاقات العمل .

- القانون رقم 29/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ج رقم 68 المتعلق بعلاقات العمل .

- الامر 21/96 المؤرخ في 10/06/1996 المعدل و المتمم للقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل ج رقم 43.

- المرسوم التنفيذي 98/96 المؤرخ في 06 مارس 1996 ، المحدد للدفاتر و السجلات الخاصة التي يلتزم بها المستخدمون و محتواها ، يلزم المستخدم بمسك مجموعة من السجلات منها سجل خاص بعقود العمل محددة المدة . ج . رقم 17 .



مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019